



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

nuova serie

22

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), a cura di Andrea Trisciunglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozzi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola, Francesco Costamagna e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.
7. *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Leonardo Lenti, Gabriella M. Racca e Alessandra Rossi, 2010.
8. GIANLUCA RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sugli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale*, 2011.
9. *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di Mario Dogliani, 2011.
10. SERGIO DELLAVALLE, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, vol. I, *I paradigmi storici*, 2011.
11. *Le autonomie territoriali e funzionali nella provincia di Cuneo in prospettiva transfrontaliera (alla luce del principio di sussidiarietà)*, in corso di stampa.
12. GIORGIO LOMBARDI, *Scritti scelti*, 2011.
13. GEO MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, 2011.
14. LUDOVICA POLI, *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali. Nuove prospettive dal continente africano*, 2011.
15. *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, a cura di Adolfo Angeletti, 2011.
16. FRANCESCO COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, 2011.
17. MARA BORRELLO, *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, 2011.
18. SIMONA NOVARETTI, *Le ragioni del pubblico: le azioni nel pubblico interesse in Cina*, 2011.
19. NADIA COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, 2011.
20. MARIO DEGANELLO, *Contributo allo studio dei termini processuali penali*, 2012.

Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto

a cura di
Chiara Besso e Sergio Chiarloni



Edizioni Scientifiche Italiane

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Il presente volume è stato sottoposto ad un Comitato scientifico nominato dalla Giunta del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e formato da qualificati rappresentanti delle discipline corrispondenti o affini a quelle oggetto del lavoro. Il Comitato ne ha approvato la pubblicazione all'interno della presente collana all'esito di una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizio.

BESSO, Chiara e CHIARLONI, Sergio (a cura di)
Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto
Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino
nuova serie, 22
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012
pp. 256; 24 cm
ISBN 978-88-495-2580-9

© 2012 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Indice

<i>Premessa</i>	p. 9
1. <i>Introduzione</i>	
ERNESTO LUPO	» 11
FEDERICO CARPI	» 17
2. SERGIO CHIARLONI	
Un ossimoro occulto: nomofilachia e garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione	» 19
3. VLADIMIRO ZAGREBELSKY	
Le corti supreme nazionali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	» 26
4. EDUARDO OTEIZA	
La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad ex officio	» 33
5. LOÏC CADIET	
Problèmes et perspectives de la Cour de cassation française	» 55
6. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS	
Un nuovo modello di Cassazione civile per il Tribunale Supremo spagnolo	» 71
7. PETER GOTTWALD	
The German Federal Court of Justice: A Supreme Court between General Principles and Individual Justice	» 89

8. NEIL ANDREWS
The United Kingdom Supreme Court:
A Final Appellate Court Created in Haste
and Without Manifest Need » 107
9. MICHELE TARUFFO
L'incerta trasformazione
della Corte di cassazione italiana » 123
10. CHIARA BESSO
Corti supreme a confronto:
analogie e differenze » 139

APPENDICE NORMATIVA

collazionata da MATTEO LUPANO

A. Corti sovranazionali:

1. Corte europea dei diritti dell'uomo » 159
 - Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo
e delle libertà fondamentali, titolo II, artt. 19-46
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos » 165
 - Convención Americana Sobre Derechos Humanos,
capítulo VIII, artt. 52-69

B. Corti nazionali:

1. Corte di cassazione italiana » 169
 - Codice di procedura civile, libro II, artt. 360-391 *ter*
 - Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento
giudiziario), art. 65
 - Regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578 (or-
dinamento delle professioni di avvocato e procura-
tore), art. 33
2. Cour de cassation francese » 179
 - Code de procédure civile, titre VII, artt. 973-995,
1009-1031/7
 - Code de l'organisation judiciaire, livre IV, artt.
411/1-441/4
 - Décret n° 91-1125, 28.10.1991 (Conditions d'accès à
la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour
de cassation), artt. 1-18

3. *Tribunal Supremo* spagnolo » 196
 - *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7.1.2000, n. 1, Libro II, Título IV, Capítulo V-VI, artt. 477-493 e *disposición final XVI*
4. *Bundesgerichtshof* tedesco » 211
 - *Zivilprozessordnung* [ZPO], *Buch III, Abschnitt 2-3*, §§ 542-577
 - *Gerichtsverfassungsgesetz* [GVG], *Neunter Titel*, § 132
 - *Bundesrechtsanwaltsordnung* [BRAO], *Achter Teil, Zweiter Abschnitt*, §§ 162-174
5. *Supreme Court* del Regno Unito » 243
 - *Constitutional Reform Act*, *part 3*, §§ 23-46

PREMESSA

Con il presente volume vengono pubblicati gli atti del convegno “Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto” che si è tenuto a Torino il 29 aprile 2011, presso l’Aula Magna del Rettorato dell’Università di Torino.

Il convegno, incentrato sul confronto tra l’attuale situazione della Corte di cassazione italiana e le linee evolutive presenti nelle omologhe corti dei più significativi ordinamenti europei, si è posto l’obiettivo di ampliare – grazie alle competenze e all’autorevolezza dei relatori (sicuramente tra i maggiori studiosi, nei propri paesi, del tema) – la conoscenza di un profilo centrale in tutti i sistemi contemporanei di amministrazione della giustizia e che negli ultimi decenni ha conosciuto sviluppi significativi. Le corti supreme nazionali, che si sono formate con il sorgere e il rafforzarsi degli stati nazionali, si trovano infatti oggi a confrontarsi e a dialogare con corti sovranazionali che si pongono a livello regionale e anche mondiale. E questo quando la complessità che caratterizza le attuali relazioni economiche e sociali, rispecchiata da una produzione normativa spesso farragিনosa, rende sempre più difficile l’esercizio da parte delle corti superiori nazionali del loro ruolo di garanti dell’uniformità della giurisprudenza e dell’evoluzione del diritto.

La giornata torinese si è articolata in due sessioni, presiedute da Ernesto Lupo, primo presidente della Corte di cassazione e da Federico Carpi, presidente dell’Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, cui si deve la parte introduttiva del volume.

Le relazioni nazionali hanno ad oggetto: la *Cour de cassation* francese (Loïc Cadiet, dopo un inquadramento dogmatico, ne illustra problemi e possibili evoluzioni future), il *Tribunal Supremo* spagnolo (Andrés de la Oliva Santos si sofferma sul modello adottato con la riforma del 2000 e le sue prospettive evolutive), il *Bundesgerichtshof* germanico (Peter Gottwald ne evidenzia i profili di funzionalità ed efficienza), la *Supreme Court* del Regno Unito (Neil

Andrews analizza criticamente la nuova corte suprema britannica, interrogandosi sulla sua stessa ragion d'essere).

La Corte di cassazione italiana, imprescindibile punto di riferimento di tutta la giornata, viene analizzata, oltre che nell'introduzione del primo presidente Lupo, nelle relazioni di Michele Taruffo, che ripercorre criticamente l'evoluzione subita dalla nostra corte, e di Sergio Chiarloni, che esamina il rapporto tra la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione e la funzione di nomofilachia.

Accanto alle relazioni nazionali, si sono avute due relazioni dedicate a due corti sovranazionali, la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo. Vladimiro Zagrebelsky, che è stato giudice della Corte di Strasburgo, riassume la posizione espressa dalla Corte europea in ordine al ruolo che deve essere esercitato e alle regole procedimentali che devono essere osservate dalle corti supreme. Eduardo Oteiza, dopo aver analizzato analogie e differenze tra la Corte americana e quella europea, focalizza la sua attenzione sul controllo del rispetto dei diritti fondamentali quale frutto del dialogo tra la Corte sovranazionale e le corti supreme dei paesi dell'America Latina.

Un breve riassunto di alcuni dei temi emersi nella giornata di studio è infine stato oggetto dell'ultima relazione, tenuta da Chiara Besso.

Completa il volume una Appendice normativa, ove, per comodità del lettore, sono state raccolte le disposizioni più significative che disciplinano l'attività delle corti oggetto di analisi nelle relazioni e quelle che a loro volta regolano la difesa tecnica davanti alle stesse.

Un ringraziamento, anzitutto, va rivolto ai colleghi e collaboratori della cattedra di Diritto processuale civile e al personale dell'Università di Torino che, con il loro prezioso aiuto, hanno reso possibile lo svolgimento e la buona riuscita del convegno. Si ringraziano inoltre l'Ordine degli Avvocati di Torino, ed in particolare il suo presidente avv. Mario Napoli, e gli editori Zanichelli e Giappichelli, che hanno contribuito all'organizzazione dell'evento e alla pubblicazione di questo volume.

1.

Introduzione

ERNESTO LUPO*

Parecchi anni or sono io ed il prof. Sergio Chiarloni lavorammo insieme al tema della Corte di cassazione nell'ambito di un piuttosto ampio gruppo di studiosi sia del settore civile che di quello penale, costituito su iniziativa del Centro per la riforma dello Stato. Il gruppo tenne a Roma numerose riunioni, sui cui risultati furono organizzati due seminari, i cui atti sono stati raccolti, nel 1992, dalla rivista *Democrazia e diritto*¹.

Il contenuto di quel volume è ancora attuale. La situazione della Cassazione civile è ulteriormente peggiorata per quanto attiene all'elemento essenziale del numero di ricorsi ad essa proposti. Come risulta dal mio intervento in quella sede², nel 1990 furono presentati n.13.131 ricorsi civili; attraverso un progressivo e costante aumento si è pervenuti, nel 2010, a 30.382 ricorsi, con un incremento, rispetto all'anno precedente, del 7 %.

Il confronto con la situazione delle corti supreme di altri paesi mi sembra utilissimo perché fa percepire l'assoluta anomalia della Cassazione italiana, che rappresenta un *unicum* nel panorama sicuramente dell'Unione europea e forse del mondo. Guardo, perciò, con molto favore ad iniziative di confronto come la presente, che fa seguito alla pubblicazione degli atti di un incontro svoltosi a Roma nel marzo 2010 su iniziativa della Cassazione italiana e del Consiglio nazionale forense, in cui sono state poste a raffronto le regole per l'accesso alle corti supreme in alcuni paesi europei³.

Il prof. Chiarloni, che ha tenuto una relazione anche nel citato incontro del 2010, ha la piena consapevolezza di questa situazione.

* Primo Presidente della Corte di Cassazione

¹ *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Democrazia e diritto*, 1992, suppl. al n. 1.

² *Il giudizio*, cit., 206, nota 19.

³ ALPA, CARBONE (a cura di), *Giurisdizioni di legittimità e regole di accesso. Esperienze europee a confronto*, Bologna, 2010.

Egli ritiene che essa renda “impossibile” la realizzazione del compito che l’ordinamento affida alla Corte di cassazione: l’uniforme interpretazione ed applicazione della legge. Attenuerei l’affermazione del prof. Chiarloni nel senso che questo compito è di difficile realizzazione e riesce perciò ad essere soddisfatto in non molti casi, che coincidono spesso (ma, purtroppo, non sempre) con le pronunzie delle Sezioni unite.

Ed invero il grande numero di ricorsi produce un circolo perverso. Poiché la decisione di ogni ricorso deve essere motivata (per la prescrizione generale dell’art. 111 Cost.), l’entità dei ricorsi da decidere impone un numero di giudici elevato: l’organico della Corte, non diviso tra il civile ed il penale (ma sono più numerosi i magistrati destinati di fatto al civile), è di 56 presidenti e di 303 consiglieri, oltre i 37 magistrati di tribunale che, addetti all’ufficio del Massimario, non svolgono funzioni giurisdizionali (l’organico, però, non è mai coperto: la scopertura attuale si aggira attorno al 25 %). Ciò fa sì che ogni sezione della Corte giudichi attraverso più collegi composti da persone diverse, onde è normale che l’un collegio non conosca le decisioni assunte dall’altro nei giorni precedenti o successivi. Solo una attenta formazione dei ruoli delle diverse udienze può evitare che la stessa questione sia sottoposta a collegi diversi, ciascuno dei quali la può decidere ignorando la decisione assunta dall’altro. Ma l’accresciuto numero dei ricorsi da inserire nel ruolo di ogni udienza rende estremamente difficile realizzare tale obiettivo idoneo a prevenire i contrasti inconsapevoli di orientamento nell’ambito della stessa sezione.

Per migliorare la situazione della Cassazione civile il legislatore, negli anni recenti, è intervenuto due volte, nel 2006 e nel 2009.

Il primo dei due interventi ha perseguito il fine dichiarato di consentire l’esercizio della funzione “nomofilattica” della Corte di cassazione (e così la “nomofilachia”, che Calamandrei, nella sua monografia del 1920, aveva introdotto nell’ambito degli studiosi e poi dei pratici, è entrata anche nel linguaggio legislativo⁴). Al fine di elevare il livello qualitativo dei ricorsi per cassazione e di facilitarne l’esame da parte della Corte, è stato introdotto il “quesito di diritto” da formulare in ogni ricorso, a pena di inammissibilità dello stesso. L’innovazione era senza precedenti nell’ordinamento italiano e quindi l’applicazione iniziale è stata difficile, con punte di esasperato formalismo da parte di alcune pronunzie della Cassazione

⁴ CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, vol. II - *Disegno generale dell’istituto*, ora in *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976.

proprio nel primo periodo, quando invece sarebbero stati necessari un minore rigore ed una maggiore elasticità nella sua applicazione.

Ma ormai la fase di rodaggio e le disarmonie e difficoltà ad essa correlate erano in via di superamento quando, nel 2009, il legislatore ha eliminato l'innovazione, sostituendola con il c.d. filtro previsto dal vigente art. 360 *bis* c.p.c.

Questo articolo, però, ha una formulazione inidonea a realizzare un filtro, sia pure solo interno alla Corte.

L'ipotesi di inammissibilità prevista nel n. 1 di tale articolo è stata interpretata dalle sezioni unite⁵, presiedute dal mio predecessore, come fattispecie di rigetto del ricorso. Possono esprimersi dubbi sulla correttezza di siffatta interpretazione, ma la sede qualificata che l'ha espressa, l'ampiezza dell'argomentazione che la sorregge e soprattutto la necessità che la giurisprudenza in materia processuale non sia soggetta a continui mutamenti impongono di tenerla ferma, anche perché essa è stata accolta in modo molto favorevole dal ceto forense, ovviamente timoroso nei confronti di pronunzie di inammissibilità del ricorso. Ed infatti si erano già prospettate questioni di legittimità costituzionale del nuovo "filtro", per contrasto con il diritto costituzionale alla proposizione del ricorso per cassazione sancito dall'art. 111 Cost.; tali questioni sono state superate dal citato orientamento delle sezioni unite.

L'altra ipotesi di inammissibilità del ricorso (prevista dal n. 2 dell'art. 360 *bis* c.p.c.) ha un contenuto oscuro perché resta problematico il suo rapporto con i motivi di ricorso previsti dal precedente art. 360 c.p.c. ed infatti detta ipotesi non sembra che abbia finora trovato applicazione nella giurisprudenza della Corte.

Rimane, quindi, come concreto risultato dell'intervento legislativo del 2009, la istituzione per legge della nuova sezione Sesta, dalla quale devono passare tutti i ricorsi che non rientrino nelle attribuzioni delle sezioni unite. Chiaro è il rischio di un appesantimento della attività della Corte, mentre sicuro è l'effetto immediato di maggiore complessità dell'organizzazione della Cassazione civile. L'innovazione potrà risultare positiva solo se, come ho già detto nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario, essa consentirà di selezionare e portare a rapida decisione i ricorsi che pongono questioni di notevole importanza sociale o economica e, altresì, di favorire l'applicazione costante (da parte della nuova sezione sesta) dei principi giuridici in precedenza enunciati dalla Cassazione.

⁵ Cass., 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, 3333, con nota di SCARSELLI.

Occorre, ancora, sottolineare un aspetto negativo della riforma del 2009. L'imposizione del quesito aveva determinato una progressiva riduzione dei ricorsi presentati negli anni 2008 e 2009, tanto che, in detti anni, il numero dei ricorsi definiti ha superato quello dei ricorsi sopravvenuti, capovolgendo il rapporto che, negli anni precedenti, era stato sempre di segno opposto (prevalenza numerica dei ricorsi sopravvenuti rispetto a quelli definiti, con conseguente aumento progressivo dei ricorsi pendenti). Tale tendenza positiva è cessata nel 2010, quando i ricorsi sopravvenuti hanno ripreso ad aumentare, superando pertanto il numero dei ricorsi definiti. Quindi, nel momento in cui la situazione delle pendenze stava sensibilmente migliorando, il legislatore è intervenuto in modo frettoloso, mentre sarebbe stato utile un lavoro di ricerca sugli aspetti insoddisfacenti di applicazione del quesito di diritto e sulla possibilità di eliminarli, anziché la radicale abolizione della innovazione ancora recente ed in fase sperimentale, che è stata sostituita da un "filtro" meramente apparente.

In questa attuale situazione, caratterizzata dal diritto costituzionale al ricorso per cassazione e ad una sua decisione motivata (art. 111 Cost.), quale può essere l'azione di un presidente della Corte? L'ambito consentito non può essere che quello organizzativo, al fine di un migliore impiego delle risorse e quindi della intensa attività richiesta ai magistrati della Corte, sommersi dalla enorme mole delle sopravvenienze e scoraggiati dalle pendenze che rimangono attorno ai quasi centomila ricorsi, non ostante il grosso impegno costituito dai circa 30 mila ricorsi civili definiti dalla Corte in ciascuno degli anni recenti.

L'indirizzo principale che ho preso sin dal mio insediamento (il 13 luglio 2010) parte dalla constatazione che il ricorso civile per cassazione, per lungo tempo riservato a casi limitati e di particolare complessità (tanto che, quando, nel 1986, sono stato assegnato alla Corte, per ogni ricorso i magistrati del massimario redigevano, di regola, il c.d. foglietto sui precedenti), è ormai divenuto una impugnazione di massa, alla quale si ricorre in casi che si presentano molto differenti per la serietà delle questioni poste e per la difficoltà di esame, analogamente a quanto è già da tempo avvenuto in materia penale, ove il ricorso per cassazione ha la funzione anche di ritardare il passaggio in giudicato della condanna e l'esecuzione della pena (quasi il 60 % dei circa 50.000 ricorsi penali annuali viene dichiarato inammissibile, e tale situazione consente alla Cassazione penale di decidere il merito degli altri ricorsi in tempi medi che sono rispettosi di quelli considerati ragionevoli dalla Corte di Strasburgo).

È necessario, allora, correlare l'impegno della Cassazione civile al tipo di ricorso da decidere. L'art. 111 Cost., se impone la motivazione di ogni decisione, non determina il contenuto della motivazione, che può e deve essere adeguato alle caratteristiche del ricorso.

Se il ricorso soddisfa soltanto quello che, recependo il linguaggio di Calamandrei, possiamo indicare come *ius litigatoris* (e tale è sempre il ricorso che deduce come motivo un vizio logico di motivazione sull'accertamento di fatto compiuto dal giudice del merito), la risposta motivazionale della Cassazione può essere molto stringata, secondo il modello francese, perché o il vizio dedotto sussiste ed allora esso va indicato nel modo più sintetico e chiaro per il giudice di rinvio, senza altre considerazioni che corrono il rischio di invadere l'accertamento e la valutazione dei fatti rientranti nel compito riservato al giudizio di merito; ovvero il vizio non viene ravvisato dalla Corte ed allora è inutile ripercorrere le argomentazioni della sentenza impugnata, che il giudice di legittimità ha ritenuto prive dei vizi logici dedotti nel ricorso.

Ben diverso deve essere il contenuto e l'impegno della motivazione a sostegno della decisione dei ricorsi che attengono allo *ius constitutionis*, che richiedono cioè l'esercizio della funzione di nomofilachia affidata istituzionalmente alla Cassazione, in quanto pongono questioni di diritto nuove o soggette a riesame o comunque ad approfondimenti dei precedenti. La decisione di questi ricorsi, che, per esperienza personale, non sono certo il maggior numero, realizza la funzione essenziale della Cassazione.

La scelta tra la prima e la seconda categoria dei ricorsi deve essere affidata non all'estensore della motivazione, bensì al collegio che decide il ricorso e che è in grado, a seguito della discussione in camera di consiglio e del contenuto della pronunzia, di sapere se la decisione presa implica o meno l'esercizio del compito di nomofilachia. La decisione collegiale sul tipo di motivazione deve anche risultare all'esterno, in guisa da liberare lo stesso estensore della motivazione dalla responsabilità individuale sulla scelta effettuata e sul correlativo impegno di lavoro impiegato nella attività motivazionale.

Per una siffatta organizzazione del lavoro relativo alla motivazione delle sentenze e delle ordinanze decisorie civili ho firmato, il 22 marzo u.s., un provvedimento⁶ che ha ricevuto il parere favore-

⁶ Il provvedimento è pubblicato, insieme alla relazione, in *Foro it.*, 2011, V, 183.

vole del Consiglio direttivo della Corte e che mi auguro possa essere seguito dai colleghi al fine di utilizzare al meglio il tempo impiegato nella stesura della motivazione, non potendo certo essere ridotto il tempo dedicato allo studio dei ricorsi ed alla decisione degli stessi. Esso, inoltre, dovrebbe facilitare anche l'attività della Quinta sezione, che si sta organizzando e che incontra le difficoltà iniziali tipiche di ogni organismo di nuova istituzione.

Ma il detto provvedimento non ha soltanto finalità organizzative. Esso ha anche lo scopo di incidere sulla mentalità dei magistrati di cassazione addetti alle sezioni civili, non pochi dei quali non gradiscono un lavoro di *routine* e di massa e quindi sono propensi a rinvenire in ogni ricorso di cui sono relatori l'occasione per dimostrare le loro capacità professionali attraverso impegnate motivazioni.

Ulteriore finalità è, infine, quella di isolare i ricorsi che deducono vizi logici di motivazione sull'accertamento del fatto, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.. Questo motivo di ricorso consente di "aprire un varco per introdurre la questione di fatto nel giudizio di cassazione" (così, con osservazione ancora attuale, Calamandrei e Furno⁷); e, purtroppo, il tentativo del ricorrente non sempre ha insuccesso.

È essenziale, invece, che il giudizio di cassazione rimanga un giudizio di legittimità, e non si trasformi in un terzo grado di merito. L'art. 111 Cost., se ha previsto un'ampia possibilità di proporre ricorso per cassazione, unificando, nell'attuale settimo comma, le diverse concezioni di Calamandrei (che considerava l'interesse generale alla nomofilachia) e di Leone (che voleva tutelare l'*habeas corpus*, e quindi la garanzia individuale del detenuto), ha pur sempre limitato l'impugnazione alla violazione di legge, e quindi ad un controllo di legittimità, i cui limiti la Corte di cassazione è tenuta ad osservare (molto utile è l'esame dei lavori della Costituente sul giudice di legittimità, sui quali mi permetto di rinviare al mio scritto su *La Corte di cassazione nella Costituzione*⁸). Il superamento di detti limiti, che non sempre vengono rispettati, costituisce una delle cause principali dell'aumento dei ricorsi per cassazione, perché accresce la speranza dei soccombenti in appello di potere ottenere una nuova valutazione dei fatti di causa ed un riesame del merito e di effettuare il conseguente tentativo, senza correre il rischio di gravi conseguenze pecuniarie nel caso in cui il tentativo non abbia successo.

⁷ CALAMANDREI, FURNO, voce "Cassazione civile", in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 1080.

⁸ LUPO, *La Corte di cassazione nella Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 4444 ss.

FEDERICO CARPI*

Un grande comparatista, Tony Jolowicz, nella bella relazione generale presentata al colloquio dell'*International Association of Procedural Law* del 1997 a Thessaloniki (Grecia) sul tema "*The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*", inizia con una considerazione che appare quasi di sconsolato pessimismo.

Egli, infatti, nota che le corti esaminate nelle relazioni nazionali "... *have really only two things in common: they are "supreme" in the sense that no recourse against their decision is available to any other court and they are, themselves, courts*".

In realtà davvero troppo poco! E forse neppure comprensivo di tutti i modelli: si pensi che ora contro le sentenze della Corte di cassazione italiana è possibile proporre la revocazione per errore di fatto.

Mi sembra che in molti paesi del mondo, che pure adottano modelli diversi di corti di ultima istanza, si debba aver presente il pendolo che oscilla – come quello ben noto di Foucault, che ancor oggi, immenso, ondeggia nella penombra del Panthéon – fra finalità contrapposte, che influenzano la struttura e la disciplina giuridica.

Le finalità sono in sostanza riconducibili a due grandi tipologie:

a) finalità pubbliche, consistenti nell'interpretazione uniforme, armonizzazione e sviluppo del diritto, attraverso la corretta applicazione dei giudici;

b) finalità private, che sono evidenziate dal fatto che – salvo casi eccezionalissimi, come in Italia il ricorso in Cassazione del Procuratore generale nell'interesse della legge o in Francia la c.d. *saisin sur avis* – il processo avanti la corte suprema si svolge su ricorso del singolo e la corte stessa non emette un parere, ma risolve la singola controversia con una sentenza, destinata a passare in giudicato.

* Presidente dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile.

Il discorso è evidentemente molto semplificato, ma non mi sembra sbagliato osservare che in tutti i modelli riscontrabili, con particolarità proprie, il pendolo oscilla fra questi due estremi, e volta a volta nei singoli paesi e nelle diverse epoche storiche investe a fondo l'una o l'altra finalità non solo a seconda delle scelte astratte delle norme, ma delle conseguenze concrete della struttura organizzativa, dell'attitudine culturale dei giudici e degli avvocati, delle regole per l'accesso alle corti.

Un altro elemento che va considerato, di più di quanto non sia fatto quando si discute di questi temi, è il numero degli avvocati abilitati a difendere avanti le corti supreme.

In Italia sono circa 40.000, anche se in realtà quelli concretamente esercenti in Cassazione sono molti meno, perché normalmente è l'anzianità di iscrizione all'albo che consente l'iscrizione nell'albo speciale della Cassazione (vi è in verità anche un esame, che però pochi sostengono).

Questo sta a significare che la gran parte degli avvocati è abituata a trattare la causa in fatto e non solamente in diritto, come dovrebbero.

Con la conseguenza che la tecnica di redazione del ricorso non sempre è corretta e che il numero degli avvocati è una concausa del sovraccarico.

Altra volta ho notato che per raggiungere sia la Corte di cassazione sia la consorella maggiore francese occorre attraversare un ponte, sotto cui scorre un fiume. Già dal punto di vista idrico qualche differenza vi è: il Tevere, che noi amiamo nella nostra latinità, non ha normalmente una gran portata e non invita alla balneazione; la Senna è percorsa costantemente da *bateaux mouches* e scorre solenne ed accattivante. A noi non interessa tanto questa differenza, quanto piuttosto l'osservazione degli avvocati che possono attraversare il ponte, vulgo difendere chi chiede giustizia.

In Italia la folla è enorme, mentre il *Palais de Justice*, che si trova sull'Ile de la Cité a partire dal XII secolo per volere dei Capetingi, può essere raggiunto da un numero di avvocati che si aggira sui novanta.

Sui numeri ristretti in Germania abbiamo avuto notizia dalla relazione di Peter Gottwald, mentre Neil Andrews affronta la questione con riferimento alla *Supreme Court of United Kingdom* (che ha sostituito la *House of Lords*).

I mondi sono assai diversi, al pari del numero delle sentenze.

Ed al proposito ha ragione Michele Taruffo quando dice che il valore dei precedenti è inversamente proporzionale al loro numero.

2.

*Un ossimoro occulto: nomofilachia
e garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione*

SERGIO CHIARLONI*

SOMMARIO: 1. I valori sottesi all'uniformità della giurisprudenza. – 2. La garanzia costituzionale dell'accesso in cassazione e il principio di uguaglianza. – 3. L'eterogenesi dei fini – 4. Nomofilachia solo in senso tendenziale o dialettico? – 5. Le preoccupazioni del legislatore per la nomofilachia in senso tradizionale e la probabile inefficienza dei rimedi.

1. Una domanda da giurista ingenuo: quali valori ha inteso perseguire il costituente quando con l'art 111, ora comma 7°, ha voluto garantire il ricorso in cassazione contro tutte le sentenze? Troviamo la risposta nell'art. 65 dell'o.g. che delinea i compiti della corte suprema, enunciando nella sua prima parte, con un po' di enfasi retorica, che "la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, (e) l'unità del diritto oggettivo nazionale".

Quanto all'esatta osservanza, formula che rimanda a tempi di giuspositivismo imperante possiamo dire tranquillamente, oggi che la funzione creativa di diritto del giudice è generalmente riconosciuta, che essa finisce con il coincidere con l'uniformità dell'interpretazione che la corte suprema è chiamata ad assicurare. Specialmente quando si tratta d'interpretazione consolidata.

Quattro sono i principali valori sottesi all'uniformità dell'interpretazione che la Corte di cassazione e in generale di tutte le corti supreme dovrebbero tendere ad assicurare. La parità di trattamento di fronte alla legge dei cittadini coinvolti in una controversia; la prevedibilità delle decisioni ad essa relative per quanto riguarda le questioni di diritto coinvolte; l'autorevolezza dell'organo situato al vertice dell'organizzazione giudiziaria; l'efficienza, nel senso della produttività e quindi della velocità nel provvedere di fronte all'affollarsi dei ricorsi.

* Università di Torino

2. Ora, sembra a me piuttosto chiaro che nel 1948 il costituente repubblicano decise di prevedere nell'art. 111, norma di esordio della sezione dedicata alla giurisdizione, la garanzia del ricorso per cassazione per violazione di legge nei confronti di tutte le sentenze soprattutto allo scopo di garantire il rispetto del principio di uguaglianza nei confronti dei cittadini coinvolti in un processo di qualunque tipo. Con riferimento al processo civile se un giudice di merito decide una controversia scostandosi dai precedenti uniformi della corte di cassazione, il soccombente vede violata la parità di trattamento nell'applicazione della legge con le parti di altri processi che hanno visto altri giudici di merito uniformarsi a quei precedenti.

In breve il fondamentale principio sancito dall'art. 3 della Costituzione esige non solo dal legislatore ordinario che non vengano introdotte norme istitutive di privilegi o discriminazioni a favore o nei confronti di chiunque, consentendo esclusivamente le disuguaglianze ispirate al principio di ragionevolezza. Esige anche la parità di trattamento dei cittadini nell'interpretazione e applicazione delle norme. Esige insomma l'uguaglianza di fronte alla giurisdizione.

Purtroppo le vie dell'inferno sono lastricate di buone intenzioni. Si è rivelata frutto di un'illusione l'idea di assicurare l'uguaglianza di trattamento (e insieme la prevedibilità delle decisioni, l'autorevolezza e l'efficienza della giurisdizione) tramite l'assicurazione alla parte soccombente dell'intervento di un organo supremo e centralizzato di giustizia, chiamato a comporre eventuali contrasti interpretativi tra i giudici di merito decentrati sul territorio.

3. Ci troviamo qui di fronte ad uno dei casi più eminenti di eterogeneità dei fini perseguiti da una norma processuale assunta al rango di garanzia costituzionale. Proprio la garanzia del ricorso contro tutte le sentenze ha determinato l'impossibilità per la Corte di cassazione di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione della legge. La ragione è semplice e può venir racchiusa in un detto della saggezza popolare: *tot capita tot sententiae*. Da molti anni troppo numerosi e in progressiva via di aumento sono i ricorsi, ormai quasi decuplicati rispetto agli anni cinquanta del secolo scorso, così che troppo numerosi sono i giudici chiamati a deciderli.

La conseguenza è sotto gli occhi di tutti. Aggiungendo disordine giurisprudenziale al disordine legislativo che caratterizza l'attività dei moderni parlamenti, la nostra corte suprema presenta con una certa frequenza e su questioni importanti un panorama di pronunce contrastanti tra sezione e sezione, tra sezioni semplici e sezioni unite e spesso addirittura anche all'interno della medesima sezione, ivi comprese le stesse sezioni unite, sul filo di ambiti di (quasi) con-

temporaneità, che nulla hanno a che vedere con le esigenze di una maturazione consapevole e di una evoluzione naturale della giurisprudenza, anche perché sovente si tratta di contrasti riguardanti l'interpretazione e l'applicazione di norme non recenti. Basterà qui ricordare la raccolta dei contrasti operata in articoli e anche grossi volumi da un meritevole studioso che ne ha individuati più di 800 nel corso di un quinquennio.

Per quanto riguarda la procedura civile vi sono i casi recenti dei contrasti in materia di ammissibilità del ricorso incidentale condizionato e di clausola abusiva regolante la competenza per territorio nei contratti del consumatore.

Siamo di fronte ad un circolo vizioso. Quanto più aumentano i ricorsi, tanto più aumentano i contrasti sia per la difficoltà, per i giudici chiamati a decidere, di venir a conoscenza dei precedenti più recenti a causa delle difficoltà organizzative che assillano la corte, sia per le incompressibili divergenze sui valori sottesi all'interpretazione giuridica, che si verificano nelle valutazioni dei differenti collegi che ruotano entro le sezioni. Ma quanto più la giurisprudenza della corte assomiglia ad un supermercato dove il soccombente nel giudizio di merito trova precedenti anche favorevoli, tanto più aumentano i ricorsi.

4. L'esperienza insegna che è sempre dato di cogliere posizioni culturali indirizzate a razionalizzare e giustificare l'esistente. Secondo alcuni studiosi della cassazione, che sono anche magistrati addetti alla corte, il modo tradizionale di descrivere la nomofilachia sarebbe eccessivamente rigido, e i rimedi proposti per recuperarla comporterebbero il pericolo di esiti di autoritarismo istituzionale al vertice del potere giudiziario.

L'attuazione del compito di nomofilachia, come viene tradizionalmente inteso, da un lato oggi non sarebbe possibile e, dall'altro, non sarebbe neppure desiderabile.

Sarebbe oggi indispensabile orientarsi verso una nomofilachia in senso solo tendenziale o dialettico, sottolineando la "libertà" dei singoli giudici di cassazione, soggetti soltanto alla legge, e magari così sottintendendo che una società pluralista esigerebbe che anche la Corte di cassazione sia capace di dar prova di "pluralismo".

Sarebbe questa una soluzione obbligata, secondo questi studiosi, anche di fronte ai lineamenti più inquietanti che contrassegnano la produzione contemporanea del diritto, dalla pluralità e mobilità delle fonti; agli interventi legislativi a getto continuo; alla loro cattiva fattura; alle difficoltà connesse all'individuazione della *ratio* o *intentio legis* a seguito di compromessi che ne presiedono l'emanazione.

zione; alle oscurità, contraddittorietà, obliquità degli scopi perseguiti; alle incertezze in ordine alla ricostruzione dello stato della normativa vigente, dovute al succedersi alluvionale di regole riguardanti una medesima materia. E così via elencando.

Certo, in questa situazione un contributo prezioso può venire dall'opera interpretativa dei giudici di merito, primi a subire l'impatto delle novità, anche se a tal proposito appare fuorviante parlare di nomofilachia dal basso. Presso questi giudici il pluralismo interpretativo va difeso. Abbiamo visto in passato che alcuni di questi giudici, spesso contro orientamenti fino a quel momento consolidati della cassazione, hanno messo in moto o assecondato il progresso del diritto in settori molto delicati utilizzando gli strumenti della rimessione alla corte costituzionale, ovvero dell'interpretazione evolutiva, ovvero ancora applicando correttamente riforme che toccavano in maniera incisiva l'assetto degli interessi stabilizzato fino al momento della loro emanazione.

Ma una "teoria dei cento fiori", applicabile ai giudici di merito in funzione della incoercibile pluralità dei giudizi di valore nell'interpretazione, non può venir applicata alla cassazione. Gli organi giurisdizionali di merito sono molti. La Corte di cassazione è una. I giudici di merito dicono molte parole. La Corte di cassazione dovrebbe dire una sola parola. L'ultima.

Ho molto insistito sulla necessità di assicurare un coerente esercizio del compito di nomofilachia della cassazione, perché penso che questo sia il principale problema che assilla il suo funzionamento. Più che non il problema, pur connesso, della ragionevole durata dei suoi processi.

Connesso, dico, perché un sistema coerente di precedenti della corte suprema costituisce certamente un forte incentivo alla durata ragionevole dei processi non solo di fronte alla stessa Corte, ma in generale. Per più di una ragione. Orientamenti di vertice consolidati fanno diminuire il carico di lavoro anche dei giudici di merito. Il contrasto tra le parti sull'interpretazione delle norme applicabili in un contesto di fatti pacifici non darà facilmente vita ad una lite. Se poi anche i fatti sono controversi è ben probabile che la sentenza di primo grado definisca il giudizio, viste le restrizioni all'istruttoria in appello.

Comunque, mi sembra di poter dire che il problema della ragionevole durata del processo di cassazione, già risolto per il penale, è in via di soluzione anche per il civile. Da qualche tempo, infatti, grazie ad una produttività dei giudici che è al primo posto in Europa, come è stato messo in rilievo nella relazione del primo presidente presentata all'inaugurazione dell'anno giudiziario, il numero

dei procedimenti conclusi supera quello dei ricorsi proposti. È vero che l'arretrato sfiora i 100.000 ricorsi e che il filtro di ammissibilità "nuovo" si dovrebbe applicare solo ai ricorsi proposti dopo l'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009. Ma una rigorosa applicazione della previgente disciplina della declaratoria in camera di consiglio dovrebbe consentirne uno smaltimento abbastanza veloce.

5. Il problema più difficile da risolvere rimane quello del pieno assolvimento della funzione nomofilattica, così da superare l'odierna frammentazione di tanta giurisprudenza di legittimità secondo linee interpretative contrapposte. Se ne è preoccupato lo stesso legislatore delle ultime riforme. Il capo I del d.lgs. n. 40 del 2006 è, infatti, intitolato "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica".

Ma sia gli interventi del 2006 che quelli del 2009 ben difficilmente riusciranno nell'intento. Di fronte ad alcuni interventi indirizzati a deflazionare il numero dei ricorsi introducendo l'appellabilità di sentenze di primo grado prima immediatamente ricorribili in cassazione, ne troviamo altri indirizzati ad aumentarli, c'è da prevedere, per cifre superiori. Mi riferisco alla modifica dell'art. 360, n. 3, c.p.c. che ha introdotto la ricorribilità per violazione o falsa applicazione di tutti i contratti collettivi e all'art. 420 *bis* c.p.c. che ha introdotto la ricorribilità immediata delle sentenze di primo grado che risolvono questioni pregiudiziali sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi, con sospensione automatica del processo a seguito del deposito del ricorso. C'è da aspettarsi un notevole aumento dei ricorsi assegnati alla sezione lavoro.

Con il comma 3° dell'art. 374 c.p.c. introdotto nel 2006 il legislatore si propone di ottenere l'uniformazione sincronica della giurisprudenza della corte suprema, indipendentemente dall'apposizione di filtri al flusso dei ricorsi.

Una norma questa certamente ben accetta dagli avvocati. Un ceto professionale che a causa della dimensione quantitativa che ha assunto (solo i patrocinatori in cassazione sono decine di migliaia) forse non è portata a vedere di buon occhio ipotesi di diminuzione del contenzioso, ma dovrebbe essere portata a favorirne la razionalizzazione.

Viene istituito una sorta di vincolo delle sezioni semplici ai precedenti delle sezioni unite. Qualora la sezione semplice non intenda aderire al precedente delle sezioni unite, deve rimetterle il ricorso con ordinanza motivata. Autorevoli studiosi della cassazione civile hanno avanzato da tempo suggerimenti in tal senso. Da Andrea Proto Pisani, il quale ha addirittura sostenuto che il vincolo era già

ricavabile ieri dall'interpretazione del diritto positivo, ad un compianto e grande giudice della corte suprema, come Giuseppe Borrè. Suggestivo che d'altra parte, come fautore della nomofilachia in senso tradizionale, avevo condiviso.

Devo confessare che riflessioni ulteriori mi fanno oggi esitare. Ho il timore di un contrasto della nuova norma con l'art. 102 della Costituzione che, stabilendo il principio per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, ha costituzionalizzato, secondo le interpretazioni più accreditate, l'indipendenza interna di quella che si potrebbe chiamare la minima unità giurisdizionale.

Certo, bisogna riconoscere che non siamo in presenza di un vero e proprio vincolo al precedente, perché non siamo in tema di rapporti tra organi giurisdizionali diversi. Qui siamo in tema d'organizzazione del lavoro all'interno di un medesimo ufficio.

Tuttavia mi sembra che la questione dell'indipendenza rimanga in piedi con qualche serietà. Il problema di assicurare l'uniformità della giurisprudenza esiste anche all'interno dei tribunali divisi in sezioni, e il legislatore lo ha recentemente affrontato, ma senza introdurre vincoli. Ha inserito nella disciplina dell'ordinamento giudiziario un articolo, il 47 *quater*, che prevede tra i compiti dei presidenti di sezione quello di "curare lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali". Ebbene, credo che sarebbe percepita come lesiva dell'indipendenza una norma che stabilisse, invece, il dovere dei singoli giudici di uniformarsi ai precedenti di un organo formato dai presidenti o da componenti delle singole sezioni o di rimmettergli la decisione se vorrebbero discostarsene.

Mi rendo conto che il paragone è un po' forzato.

Comunque potrebbero aprirsi discussioni, in ordine ai rapporti tra assolvimento del compito nomofilattico e assicurazione dell'indipendenza interna dei singoli collegi in cassazione. Non sono sufficienti gli argomenti addotti da Francesco Luiso per tranquillizzare i dubbiosi. L'accento al vincolo del giudice al giudicato non prova nulla, è anzi poco più di una battuta, in quanto al giudicato è in linea di principio vincolato anche il legislatore. Né va contro il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge il vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto. Qui siamo in presenza di un fenomeno di formazione progressiva del giudicato tipico della disciplina delle impugnazioni e che si verifica anche in altre ipotesi (basti pensare al vincolo per il giudice di appello a confinare l'area della propria cognizione entro l'ambito disegnato dai motivi *ex art. 342 c.p.c.* e dalla riproposizione delle domande e delle eccezioni non accolte *ex art. 346 c.p.c.*). Un fenomeno che non ha nulla a che fare con il ben diverso fenomeno della sottoposizione del giudice

ad un vincolo derivante da quanto deciso da altri giudici non già nello stesso, bensì in altri processi.

Né va dimenticato che la proposta di legare le sezioni semplici al precedente delle sezioni unite era già contenuta per la cassazione penale nel progetto definitivo del codice di procedura penale del 1988 all'art. 610 *bis* c.p.p., ma non superò il vaglio della commissione parlamentare, tanto che l'attuale art. 618 c.p.p. che lo sostituì prevede ora la facoltà e non l'obbligo della sezione semplice di rimettere il ricorso alle sezioni unite, quando rilevi che "la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale".

Chiediamoci poi se l'intervento proposto sarebbe davvero efficace nell'assicurare l'assolvimento del compito di nomofilachia. Direi solo parzialmente. Intanto va ricordato che i contrasti tra sezioni semplici possono rimanere in piedi anche per lungo tempo, prima che intervengano le sezioni unite. E non va neppure passato sotto silenzio il fatto che non sono ignoti i contrasti di giurisprudenza tra le medesime sezioni unite, credo dovuti al variare dei membri del collegio che le compongono.

Ancora, teniamo conto che l'aver cercato di trasformare le sezioni semplici in organi di bassa cucina, sottoposte alla scomoda alternativa tra autoescludersi o rendere ossequio al precedente delle sezioni unite le può facilmente indurre alla ribellione. Potrebbero semplicemente disobbedire all'indicazione del legislatore, visto che il relativo comando è privo di sanzione. Oppure, più ragionevolmente, potrebbero cercare di specializzarsi nell'arte del *distinguishing* e cioè di quelle inaudite acrobazie di cui sono maestri i giudici anglosassoni nell'eludere il vincolo, cercando nel caso sottoposto al loro esame differenze rispetto a quello già deciso, contrabbandate come capaci di influire sulla *ratio decidendi*. Senza contare il pericolo che nel costruire due corpi di magistrati di cassazione investiti di funzioni diverse, si ottenga la mortificazione professionale di molti e un potere eccessivamente concentrato su pochi.

Infine, la proposta non soddisfa il principio di economia processuale. Perde da una parte ciò che si propone di guadagnare dall'altra in termini di ragionevole durata. La sezione semplice, per stabilire se rendere ossequio al precedente oppure no dovrà ovviamente studiare e discutere approfonditamente il caso sottoposto al suo esame. Se poi la decisione va nel senso dell'ordinanza motivata di remissione alle sezioni unite, analogo impiego di tempo e d'energie intellettuali dovrà essere speso dall'istanza più alta per scegliere se attenersi al proprio precedente o discostarsene, accogliendo gli argomenti sviluppati nell'ordinanza di remissione.

Non mi intrattengo sul filtro introdotto con la legge n. 69 del 2009, in quanto potrà forse contribuire allo sveltimento dei giudizi, a patto che l'esperienza applicativa faccia superare i complicati problemi interpretativi cui dà luogo la normativa, ma non credo che sarà utile per garantire il raggiungimento di una pervasiva coerenza precedenziale nella giurisprudenza della Corte.

In conclusione, sono fermamente convinto che l'unico rimedio sicuro sarebbe costituito da una riforma costituzionale che togliesse di mezzo la garanzia del ricorso in cassazione per tutte le sentenze dei giudici di merito, così da consentire una fortissima riduzione del numero dei ricorsi. Sulla linea ad esempio della disciplina tedesca che ha sostituito l'antico limite di valore dei 60.000 marchi, con una sorta di *leave of appeal* ad opera del giudice di secondo grado, con eventuale controllo ad opera del *Bundesgerichtshof* per il caso di provvedimento negativo.

Purtroppo, anche in un periodo in cui molto si parla di importanti riforme costituzionali ritengo improbabile un intervento del genere, a causa della potenza degli interessi corporativi che si metterebbero di traverso. Anche se, nei lavori della commissione bicamerale per le riforme costituzionali del 2002, troviamo, sepolta nel testo base sul sistema delle garanzie, la proposta di una norma che ammette il ricorso in cassazione per le sentenze nei soli casi previsti dalla legge.

3.

Le corti supreme nazionali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

VLADIMIRO ZAGREBELSKY*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le corti supreme nel sistema disegnato dalla Convenzione europea. – 3. Specificità delle procedure di fronte alle corti supreme alla luce del loro ruolo di garanti della nomofilachia. – 4. Deflazione dei ricorsi alle corti supreme ed effettività della tutela giurisdizionale.

1. La mia recente esperienza di giudice della Corte europea dei diritti umani mi spinge naturalmente ad affrontare il tema del ruolo e delle prospettive delle corti supreme nel quadro dei principi che si traggono dalla giurisprudenza della Corte europea e delle esigenze proprie del sistema della Convenzione.

Mi soffermerò così su tre punti:

- il ruolo delle corti supreme nel sistema della Convenzione;
- la specificità delle corti supreme e delle loro procedure in vista del ruolo che svolgono e devono poter svolgere;
- i limiti degli strumenti di deflazione dei ricorsi alle corti supreme in relazione all'esaurimento delle vie interne prima del ricorso alla Corte europea.

2. Il ruolo che la giurisprudenza della Corte europea riconosce alle corti supreme (in ciò in linea con quanto emerge dall'ordinamento italiano) è legato alla nozione di legge / diritto / legalità che ha sviluppato, ai fini dell'applicazione della Convenzione. La preminenza della legge e la necessaria previsione per legge di ogni limitazione o interferenza nei diritti e nelle libertà garantiti dalla Convenzione sono pilastri del sistema, a partire da ciò che è enunciato nel suo Preambolo. Ma la nozione di legge / diritto / legalità (nelle varie disposizioni convenzionali e nelle due lingue ufficiali) non è dalla Corte ricavata dai sistemi nazionali. Si tratta invece di una "nozione autonoma" elaborata ai fini dell'applicazione della Convenzione e utilizzabile nello stesso modo nei confronti di tutti

* Già Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo

i quarantasette sistemi giuridici presenti nell'area del Consiglio d'Europa. La nozione adottata dalla Corte non rinvia a criteri formali procedurali, ma alla qualità delle norme, che per essere assunte come "legge" ai fini della Convenzione devono essere ragionevolmente conoscibili e prevedibili nella loro applicazione. Solo se tali qualità sono riscontrabili nelle disposizioni applicate nei confronti del ricorrente, la Corte assume che l'interferenza statale è "prevista per legge"¹. Da una simile nozione deriva la rilevanza che ha la giurisprudenza, anche nei sistemi continentali di *civil law* e l'affermazione della Corte secondo la quale sotto il profilo qui considerato non esiste una radicale differenza rispetto alla *common law*².

È infatti dalla coerenza e stabilità della giurisprudenza che la Corte europea ricava che le norme scritte hanno un contenuto conoscibile e prevedibile ed hanno così qualità di legge (incoerenza e contrasti giurisprudenziali dimostrano la non sufficiente conoscibilità e prevedibilità della norma applicata e sono fonte di inconoscibilità e imprevedibilità). Tanto più che la Corte dichiara di dover assicurare "diritti concreti ed effettivi" e non "teorici ed illusori"³. In concreto dunque, con riferimento all'applicazione che vien fatta delle norme, piuttosto che al loro testo letterale. Il ruolo delle corti supreme di assicurare stabilità interpretativa e generale omogenea applicazione delle norme (frutto anche della riconosciuta autorità del precedente), è dunque, agli occhi della Corte europea, condizione essenziale della "legalità convenzionale" e della stessa riconoscibilità di uno stato di diritto.

In proposito ricordo qui le ripetute sentenze della Corte europea, pronunciate principalmente nei confronti della Romania (ma che ben si adattano alla situazione italiana), che ha negato la legalità dell'intervento statale che si assumeva previsto dalla legge, in casi in cui la giurisprudenza della Corte di cassazione era incoerente e contrastata all'interno stesso di tale corte e quindi imprevedibile⁴.

Prima di passare al secondo punto della mia esposizione, vorrei qui far menzione di una prassi instaurata dalla Corte di cassazione francese, nel periodo della presidenza di Guy Canivet. All'entrata in vigore di una nuova legge suscettibile di provocare discordanti interpretazioni, le corti di appello erano invitate a rapidamente fissare e decidere uno o più casi in modo che la Corte di cassazione

¹ Giurisprudenza consolidata a partire da *Sunday Times c. Regno Unito (1)* del 26.4.1979.

² *V. Kruslin c. Francia* del 24.4.1990.

³ Tra le tante v. *Partito comunista unificato di Turchia c. Turchia* del 30.1.1998.

⁴ Tra le altre v. *Beian c. Romania* del 6.12.2007.

con precedenza assoluta si pronunciasse, così fissando la interpretazione che tutta la giurisdizione avrebbe poi seguito. In vista evidentemente dell'obiettivo di prevenire i contrasti e comunque non lasciarli vivere a lungo.

3. E vengo al secondo punto. Perché sia assicurata la “preminenza del diritto” e l'azione dello Stato sia “prevista per legge”, le corti supreme devono poter efficacemente svolgere il loro ruolo e assicurare stabilità e uniforme applicazione delle leggi nazionali. È da tempo evidente che l'enorme numero di ricorsi impedisce a una corte suprema (e qui il richiamo alla situazione italiana è d'obbligo) di svolgere il suo ruolo. Coerenza di giurisprudenza, meditata evoluzione e qualità dell'elaborazione giurisprudenziale sono funzione della quantità di produzione di decisioni (la questione è nota anche per quanto riguarda la Corte europea dei diritti umani) ed anche del numero dei magistrati addetti alla corte suprema.

Con riferimento alle esigenze funzionali delle corti supreme, in casi riguardanti la Francia, la Corte europea ha affermato che non contrasta con le regole dell'equo processo il monopolio della rappresentanza del ricorrente davanti la Corte di cassazione riservato ad un ristrettissimo numero di avvocati (*avocats aux conseils*)⁵. La questione era evidentemente delicata (anche per i riflessi sulle aspettative degli ordini professionali), ma la Corte ha affermato che la qualità della giurisprudenza della Corte di cassazione e l'autorità che ne consegue dipendono dal numero dei ricorsi (selezionati a monte dagli stessi avvocati abilitati ad accedere alla Corte di cassazione e al Consiglio di Stato) e dalla elevata specifica professionalità degli avvocati (e quindi anche al loro numero limitato). Aggiungo in proposito che la Corte europea ha tenuto conto anche del fatto che il gratuito patrocinio è assicurato anche nelle procedure che richiedono l'assistenza degli avvocati di cui si è detto.

Con altra decisione, sempre emessa in un caso introdotto contro la Francia⁶, la Corte ha affermato che la motivazione di una declaratoria d'inammissibilità del ricorso alla Corte di cassazione può ridursi alla sola menzione dell'articolo di procedura che la consente. In sostanza, ha ritenuto la Corte, se un ricorso è evidentemente inammissibile è sufficiente dire che è evidentemente inammissibile. Non sfugge che una simile riduzione al minimo della motivazione è ragionevole solo se si ammette che all'organo giudiziario che

⁵ V. *Meftha c. Francia* del 26.7.2002

⁶ V. la decisione di irricevibilità nella causa *Burg c. Francia* del 28.1.2003

adotta il provvedimento sia riconosciuta autorevolezza sufficiente. Si sa a questo proposito che la non ammissione di una impugnazione, dal giudice *a quo* come dal giudice *ad quem*, nel Regno Unito è comunicata con lettera di cancelleria priva di motivazione alcuna.

Ho citato il contenuto di due decisioni della Corte europea, adottate con riferimento ad un sistema simile a quello italiano. Da esse si ricava l'attenzione che la Corte riserva alle corti supreme nazionali e la consapevolezza che occorre difendere condizioni che consentono a tali corti di svolgere efficacemente il ruolo che è loro specificamente proprio.

4. Non tutti gli strumenti ipotizzabili per “difendere” le corti supreme dai troppi e ingiustificati ricorsi sono però valutabili solo alla luce della loro efficacia deflattiva. Vengo ora al terzo e ultimo punto che desidero trattare, con considerazioni che in qualche misura possono apparire in controtendenza rispetto a quanto fino ad ora esposto.

Certi “formalismi eccessivi”, come li qualifica la Corte europea, possono rendere troppo difficilmente accessibile il ricorso⁷, con la conseguenza che l'obbligo di esaurire le vie interne non opera con riferimento al ricorso interno di cui si tratta.

Ma soprattutto intendo far riferimento alle tendenze dirette a restringere i motivi di ricorso alla Corte suprema. La Convenzione non richiede la previsione di un terzo grado di giurisdizione piena (nemmeno nel campo penale), cosicché la limitazione del ricorso alla Corte di cassazione ai soli motivi di diritto non pone in sé alcun problema. A condizione però che ci s'intenda sulla nozione di motivo di diritto. Come la Corte costituzionale ha chiarito con le sentenze 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, e con le successive in materia, l'obbligo internazionale dell'Italia riguarda la Convenzione europea dei diritti umani “come interpretata dalla Corte per ciò istituita”, cioè la Corte europea. Ora tutta la giurisprudenza della Corte europea indica che l'attenzione è rivolta alla tutela “concreta ed effettiva” dei diritti convenzionali e che canone fondamentale in materia è la proporzione⁸ tra le limitazioni imposte ai diritti e gli scopi legittimi che le giustificano. Così ad esempio in tema di durata delle misure cautelari personali, non è sufficiente la sola con-

⁷ V. la recente sentenza nella causa *Poirot c. Francia* del 15.12.2011 e, in una causa contro l'Italia, *Kaufmann c. Italia* del 19.5.2005.

⁸ V. *Soering c. Regno Unito* del 7.7.1989.

siderazione aritmetica dei periodi massimi previsti dalla legge per ogni fase processuale. Ai fini dell'art. 5/4 della Convenzione, è necessario invece accertare, oltre alla permanenza delle ragioni cautelari, anche la "speciale diligenza" richiesta alle autorità responsabili della conduzione della procedura che vede una persona ristretta nella sua libertà personale⁹. E in altro campo, quello della libertà di espressione, una condanna del giornalista per un articolo ritenuto diffamatorio (sia essa ad un risarcimento del danno non patrimoniale o ad una sanzione penale) può essere considerata compatibile con l'art.10 della Convenzione solo se sia mantenuta in una misura proporzionata tale da escludere un effetto inibitorio rispetto all'esercizio del diritto di espressione in generale da parte della stampa¹⁰.

Tale è il diritto della Convenzione e si tratta, dopo le sentenze della Corte costituzionale, di diritto interno da tenere in conto nell'interpretazione e applicazione della legge nazionale. La conseguenza è, a mio modo di vedere, che la Corte di cassazione ben potrebbe valutare, nel primo caso, la diligenza degli organi della indagine penale e, nel secondo caso, la proporzionalità della reazione sanzionatoria, nel merito rispetto alle esigenze del diritto della Convenzione. Se così non fosse e se la giurisprudenza fosse restrittivamente limitata al solo calcolo aritmetico dei limiti massimi consentiti per la misura cautelare, oppure ad un formalistico esame della compiutezza della motivazione addotta dal giudice del merito, il rischio che potrebbe venire in luce sarebbe quello di vedere la Corte europea dichiarare che il ricorso alla Corte di cassazione non è ricorso efficace perché non idoneo a riparare la possibile violazione della Convenzione. La conseguenza sarebbe che il ricorso per cassazione non sarebbe più una via interna da esaurire prima di ricorrere alla Corte europea. L'effetto sarebbe negativo sia sul flusso di ricorsi alla Corte europea, sia sulla posizione centrale della Corte di cassazione nel sistema italiano.

⁹ V. tra le tante *Labita c. Italia* del 6.4.2000.

¹⁰ V. *Goodwin c. Regno Unito* del 27.3.1996.

4.

*La doctrina de la Corte Interamericana
referida al control difuso de convencionalidad ex officio*

EDUARDO OTEIZA*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El control difuso de convencionalidad ex officio. – 3. Breve referencia al control de constitucionalidad. Circunstancias, contexto y derecho. – 4. Las Convenciones de Derechos Humanos en Europa y en AL. – 5. Tendencia constitucional de reforzamiento de la protección internacional. – 6. Progresiva aceptación del valor persuasivo de las decisiones de la Corte IDH para decidir casos futuros. – 7. Aproximación final al control de convencionalidad como diálogo entre la Corte IDH y las Cortes Superiores.

1. La finalidad del presente trabajo consiste en presentar el control de convencionalidad propuesto por la Corte IDH como línea de interpretación de la CADH desde la óptica del diálogo judicial entre ella y las Cortes Superiores de AL¹.

La noción diálogo judicial posibilita plantear el grado de efectividad y trascendencia de una interpretación que abarque el alcance de normas convencionales, constitucionales y de derecho derivado con una perspectiva que toma en cuenta la progresión y evolución de los criterios según las sucesivas resoluciones de los conflictos en los cuales se los utiliza. Se puntualiza de ese modo el grado de persuasión más que el de obligatoriedad directa de las decisiones judiciales en los planos horizontal y vertical. Ha sido usada para examinar la relación entre tribunales internacionales y estatales desde una posición cercana a la de la teoría de la democracia deliberativa, dejando en claro las competencias propias de los ámbitos nacionales e internacionales y el margen de interpretación nacional².

* Universidad de La Plata

¹ Utilizaré las siguientes abreviaturas: América Latina (AL), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Declaración Americana de los Derechos Humanos (DADH), Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y Organización de Estados Americanos (OEA).

² Formulan un aporte muy interesante sobre la noción de diálogo referida a la interpretación en éste campo TORRES PÉREZ, A. *Conflicts of Rights in the European*

El clásico interrogante sobre la obligatoriedad del precedente o de la jurisprudencia, entendidas como nociones disímiles no ha dado una respuesta nítida y precisa sobre el grado de seguimiento horizontal o vertical por los jueces de las decisiones anteriores y tampoco ha brindado soluciones eficientes para en cuanto a las necesidades de seguridad y de cambio en la aplicación del derecho, entendido éste último en forma amplia comprensiva del fenómeno de las fuentes jurídicas múltiples en un escenario caracterizado por la globalización.

La idea de diálogo judicial, con su nítida referencia a la dialéctica, o arte del diálogo como búsqueda superadora, asume la existencia de un proceso de deliberación racional e imparcial en el cual las nociones progresan a medida que son contrastadas con nuevos argumentos y con la aplicación concreta de los contenidos normativos a los hechos de los casos sucesivos. Sin prescindir de determinadas relaciones jerárquicas entre los órganos encargados de aplicar la Convención u otra normativa, la referencia al diálogo judicial permite observar un determinado eje evolutivo, consolidado o sujeto a cambios por ausencia de consenso o de buenas razones que sostengan una interpretación específica.

Aludiré a las Cortes Superiores, entendidas estas en un sentido amplio comprensivo de las Cortes Supremas, Superiores Tribunales, Cortes Constitucionales y Cortes de Casación, dado que los ordenamientos jurídicos adoptan distintas formas institucionales y estructuras judiciales pero mantienen la idea de vértice en la lectura del alcance o hermenéutica correcta de los contenidos normativos. Con distintas integraciones, mayor o menor representatividad social, diversidad en los mecanismos de acceso, grados de revisión, disimilitud en la carga de trabajo los Estados de AL depositan en Tribunales de última instancia la determinación del alcance de los derechos y organizan poderes judiciales en forma jerárquica. La noción de Corte Superior identifica el Tribunal que posee la última

Union. A Theory of Supranational Adjudication, Oxford University Press, 2009 y de VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, 2010. La revista: *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*. que editan desde el 2006 la Corte IDH, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, como lo destaca su título, es una muestra de la importancia asignada a la interrelación en la difusión y consolidación de los criterios jurídicos en materia de derechos humanos entre la Corte IDH y las Cortes Superiores.

palabra en materia de interpretación de un determinado tipo de derecho, constitucional, sustantivo o procesal, que de diversos modos se vincula con el alcance de los derechos contenidos en la CADH. Las Cortes Superiores se encuentran en una particular y compleja situación de verticalidad con respecto a la Corte IDH. A su vez las Cortes Superiores también condicionan de distintos modos las decisiones de sus tribunales inferiores. Todos ellos: Corte IDH, Cortes Superiores y tribunales inferiores deben aplicar la CADH y hacer interpretaciones preceptivas. La doctrina sobre el control de convencionalidad asigna un papel relevante a la Corte IDH y subordina a las Cortes Superiores a las líneas de interpretación de la CADH definidas en sus fallos. La Corte IDH y las Cortes Superiores participan de un diálogo sobre el alcance de los derechos protegidos por la CADH. Las lecturas que se realizan en ambos planos se interrelacionan con los desafíos interpretativos que presentan los hechos y las violaciones a los derechos protegidos por la CADH, en el ámbito interno y en el internacional. La protección de los derechos humanos es un objetivo común de ambos escenarios lo cual plantea el problema de desarrollar una interpretación armónica y evolutiva de un mismo texto en su relación con los dos ámbitos de actuación.

En una serie de sentencias dictadas por la Corte IDH se ha sostenido que todos los jueces deben garantizar la vigencia de los derechos previstos en la CADH. En el supuesto que disposiciones internas violen esos derechos deben declarar su invalidez mediante el control de convencionalidad, realizado aún sin pedido de parte. Al materializar dicho control, los jueces nacionales están obligados no solamente a aplicar la CADH sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

El control de convencionalidad tiene dos consecuencias significativas en la lectura de la CADH. La primera es que la Corte IDH destaca una supremacía implícita de las obligaciones de la CADH sobre el derecho interno y la obligación de todos los niveles de las jurisdicciones del Estado de aplicarla en forma directa, incluso *contra legem* y sin petición expresa de las partes. La segunda consiste en que la Corte IDH funda su carácter de intérprete final de la CADH lo cual supone cierto grado de vinculación vertical con las Cortes Superiores.

La doctrina del control de convencionalidad ha sido desarrollada al resolver casos en los cuales se examinó la responsabilidad de los Estados por violaciones a los derechos humanos vinculadas al terrorismo de Estado y a las leyes de amnistía o perdón. También una de las últimas decisiones de la Corte IDH sobre control de con-

vencionalidad trata los graves y violentos sucesos que enlutan a México. Los hechos a los cuales se aplica la CADH son parte de un pasado cuyas heridas todavía no han cicatrizado y un presente tan dramático como complejo.

Los hechos han tenido una importancia capital en el desarrollo de la doctrina sobre el control de convencionalidad. Me propongo recorrer algunas de sus decisiones más significativas y describir los sucesos que determinaron la confirmación del control de convencionalidad.

2. La Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*³ inaugura la doctrina sobre el control de convencionalidad. Los antecedentes de la decisión se vinculan con el homicidio de Almonacid Arellano por el régimen militar que gobernó Chile desde el 11 de septiembre de 1973, ocurrido el 17 de septiembre de 1976 y la denegación de justicia provocada por la no investigación del referido delito, que fue limitada por el Decreto-Ley 2191 (1978)⁴ por el cual el gobierno de facto concedió una amnistía general a las Fuerzas Armadas⁵.

Chile al momento del depositar su ratificación de la CADH y reconocer la competencia de la Corte IDH manifestó que tal reconocimiento de competencia se refiere a hechos posteriores al 11 de marzo de 1990. No obstante, en lo que se refiere a la vigencia de la amnistía general de 1978, la Corte IDH entendió al decidir *Almonacid Arellano contra Chile* que el incumplimiento del art. 2 de la CADH era posterior a la ratificación ya que consistía en la omisión del Estado de adecuar la legislación a la CADH. Entendió que si bien la Corte IDH no tiene competencia para declarar una violación al art. 2 de la CADH desde la promulgación del Decreto Ley 2191ni respecto a su vigencia y aplicación anterior a agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la CADH, a partir de

³ Sentencia del 26.9.2006, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

⁴ En cuanto a la doctrina de la Corte IDH sobre las leyes de auto amnistía y el control de convencionalidad ver el fundado trabajo de BINDER, CH. *The Prohibition of Amnesties by the Inter American Court of Human Rights*, *German Law Journal*, Vol. 12 No. 05, pág. 1201 y ss.

⁵ Los datos varían con respecto al número de desapariciones forzadas ocurrido en Chile durante la dictadura militar. Según la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación fueron 957; para la Vicaría de la Solidaridad de la Iglesia Católica 984 y para la Agrupación de Familiares de Detenidos-desaparecidos 1.192.

esa fecha rige para Chile tal obligación y la Corte IDH es competente para declarar si la ha cumplido o no.

En cuanto al control de convencionalidad la Corte IDH sostuvo que el artículo 2 de la CADH: ... *tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana*⁶.

*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*⁷.

La Corte IDH se pronuncia sobre dos cuestiones trascendentes. La primera es que los jueces deben aplicar la CADH a los efectos de controlar si las normas internas son compatibles con ella. Denomina expresamente a esa acción “control de convencionalidad”. La obligación internacional de los Estados de adoptar disposicio-

⁶ Párr. 123.

⁷ Párr. 124.

nes de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos (art. 2), íntimamente relacionada con la de respetar los derechos (art. 1.1), debe ser controlada por los jueces por intermedio del control de convencionalidad, con fundamento en el principio de buena fe y la restricción de no invocar el incumplimiento por disposiciones de derecho interno (arts. 26 y 17 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969). La segunda es que al hacerlo deben seguir tanto la CADH como la interpretación que la Corte IDH realiza de sus disposiciones. Sin mayores desarrollos se pronuncia sobre la obligatoriedad vertical de sus precedentes.

Cabe agregar en cuanto a lo decidido con respecto al Decreto Ley No. 2.191 de auto amnistía que la competencia de la Corte IDH según el art. 62.3 consiste en interpretar y aplicar la CADH. Según el art. 63.1 de la CADH cuando la Corte IDH decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos, dispondrá que se garantice a la víctima en el goce de su derecho o libertad conculcados⁸. La derogación de efectos de una norma jurídica interna se realiza de acuerdo a una interpretación extensiva de la propia competencia de la Corte IDH lo cual puede ser entendido como un exceso de sus atribuciones específicas derivadas de las normas convencionales.

Sobre el fondo del conflicto la Corte IDH resolvió que Chile debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo ni para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano ni de otras de violaciones similares acontecidas en Chile y, en su caso, el castigo de los responsables. La Corte IDH apoyó su decisión en el art. 2 de la CADH que impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención. Chile no cumplió con la condena de la Corte IDH al dejar vigente hasta ahora la ley de auto amnistía.

Poco tiempo después, la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*⁹ profundiza lo decidido en *Almonacid Arellano contra Chile*, al agregar que el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH debe ser realizado por todos los órganos del Poder Judi-

⁸ Plantea una visión crítica en cuanto a la extensión de competencias de la Corte IDH DRNAS DE CLÉMENT, Z. *Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos*, XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, pág. 2190 y ss.

⁹ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

cial *ex officio*, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

El control de convencionalidad, de acuerdo con *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*, impone la obligación de velar por el cumplimiento de la CADH, descrita como un deber, que corresponde a todos los jueces, lo cual determina que en lugar de estar concentrado en las Cortes Superiores se expanda a todas las instancias judiciales. Además, el precedente añade que debe efectuarse de oficio, lo cual significa que no es imprescindible el pedido de parte, doctrina que según las legislaciones internas puede afectar el principio del contradictorio y la imparcialidad del juez al actuar sin petición de parte.

El carácter difuso y *ex officio* del control de convencionalidad puede encontrar limitaciones de derecho interno. En ese sentido, la Corte IDH añade que el mismo debe ejercerse de conformidad con las competencias establecidas localmente y según las regulaciones procesales establecidas por los respectivos ordenamientos.

En sucesivas sentencias posteriores¹⁰, durante el período 2006-2010 la Corte IDH ha ratificado la doctrina sobre el control de convencionalidad de oficio.

Destaco que a fines del año 2010 pronunció dos sentencias de fuerte impacto debido a los hechos analizados y a la confirmación de la Corte IDH como intérprete final de la CADH. En el primer caso, *Gomez Lund* (2010), se investigaba la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 víctimas, campesinos y miem-

¹⁰ Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180, Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339. Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311, Caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234, Caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219, Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

bro del Partido Comunista, con motivo de las operaciones realizadas por el Ejército, entre 1972 y 1975, con el objeto de erradicar a la *Guerrilha do Araguaia*, cuando gobernaba Brasil la dictadura militar (1964–1985)¹¹.

El Supremo Tribunal Federal había declarado improcedente, por siete votos a dos, la acción de incumplimiento planteada con la finalidad de investigar los hechos al considerar que la Ley de Amnistía 6683 *representó, en su momento, una etapa necesaria en el proceso de reconciliación y redemocratización del país y que no se trató de una autoamnistía*. La Corte IDH entendió que era competente para realizar el control de convencionalidad entre la ley de amnistía y la CADH, en forma contraria a lo sostenido previamente por el Supremo Tribunal Federal. Dado que Brasil ha sido renuente a reconocer la fuerza supraconstitucional de la CADH¹² y el valor fuertemente persuasivo de la jurisprudencia de la Corte IDH, resulta difícil prever qué posición asumirá con respecto a la sustancia de lo decidido en *Gomez Lund* (“*Guerrilha do Araguaia*”) *contra Brasil*, especialmente si se tiene en cuenta que la Corte IDH (párr. 49) condenó a Brasil a conducir eficazmente ante la jurisdicción ordinaria la investigación esclarecer los hechos antes referidos y determinar las correspondientes responsabilidades penales.

En noviembre del 2011 Brasil creó por ley una Comisión de la Verdad encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidos por durante la dictadura militar (1964–1985) que no cuenta con facultades para aplicar penas, lo cual significa un cumplimiento parcial de la sentencia dictada en *Gomez Lund*.

En el segundo caso, *Cabrera García y Montiel Flores contra México* (2010)¹³ la Corte IDH volvió a defender el efecto fuertemente persuasivo de su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad. Los hechos tratados por la Corte IDH tienen relación con la situación extremadamente delicada de México desde la declaración

¹¹ Según informaciones de la Iglesia Católica se produjeron en dicho período 125 desapariciones forzadas.

¹² El 3 de diciembre de 2008 el Superior Tribunal Federal de Brasil dictó la decisión HC 87.585/TO y RE 466.343/SP, por la cual reconoció que los tratados de derechos humanos valen más que la ley ordinaria. Sobre el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad en Brasil ver: MAZZUOLI DE OLIVEIRA, V., *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Lei*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, en el cual formula un cuidadoso análisis constitucional sobre los distintos efectos sobre la legislación interna de los tratados sobre derechos humanos y el resto de las convenciones internacionales.

¹³ La sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas fue dictada por la Corte IDH el 26 de noviembre de 2010.

de guerra contra la delincuencia organizada en el año 2007, que según datos del gobierno generó casi 35.000 muertes en los últimos cinco años y la abierta crítica sobre los métodos utilizados por organizaciones de derechos humanos¹⁴.

Los hechos del caso se produjeron en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero, como respuesta estatal al narcotráfico y a grupos armados como el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el Ejército Popular Revolucionario. En una acción del Ejército, que tuvo lugar el 2 de mayo de 1999, Cabrera García y Montiel Flores fueron sometidos a torturas mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército. El proceso penal que se realizó en contra de Cabrera García y Montiel Flores fue irregular y el Estado mexicano no fue diligente en sancionar a los responsables de los hechos por lo cual la Corte IDH lo consideró responsable de violar la CADH.

La Corte IDH entendió que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a derecho y respetuosos de los derechos fundamentales a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción (párr.87). La Corte IDH ha enfatizado el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común¹⁵.

La Corte IDH volvió a sostener en su decisión en el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México* que los jueces y órganos judiciales vinculados a la Administración de Justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH.

Es preciso recordar que el pleno de la Suprema Corte de México también ha sido reticente en cuanto a la supraconstitucionalidad de la CADH.

Desde el punto de vista normativo, el control de convencionalidad tiene sustento en la asunción del compromiso internacional por

¹⁴ Ver Human Rights Watch, informe *México, Ni seguridad ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" de México*, <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico111spwebwcover.pdf>

¹⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, al producir su voto razonado como juez ad hoc, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, brinda una detallada explicación sobre el control difuso de convencionalidad *ex officio*.

los Estados parte de la CADH de cumplir con las decisiones de la Corte IDH (Arts., 68 y 63.1) Además, como la propia jurisprudencia comentada lo ha subrayado, los Estados se han obligado a respetar los derechos establecidos por la CADH (art. 1) y comprometido a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2).

La CADH expresamente establece que el fallo de la Corte IDH será notificado a las partes y transmitido a los Estados parte, de allí que pueda sostenerse que lo decidido en el caso concreto tiene efectos de pauta persuasiva para las Cortes Superiores y para los jueces de las diversas instancias nacionales. Lo cual también se sustenta en una interpretación de buena fe, de acuerdo con el *pacta sunt servanda* del art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969. Las disposiciones internas según el art. 27 de la citada Convención de Viena no pueden invocarse para incumplir el compromiso internacional.

Si bien las razones normativas derivadas de la CADH y el Tratado de Viena sustentan, no sin hacer una interpretación amplia de los arts. 62.3 y 63.1 de la CADH, la posición asumida por la Corte IDH, pueden surgir diversas objeciones tales como el reclamo de libertad interpretativa de las Cortes Superiores, denominado margen de interpretación nacional sobre las normas constitucionales que entran en tensión con las de la CADH. Se trata de los primeros pasos de un camino cuyo desarrollo dependerá en gran medida del acierto de las decisiones de la Corte IDH y de la aceptación por parte de las Cortes Superiores de las ventajas de la unificación de la lectura sobre el alcance de los derechos humanos en AL.

Resulta indispensable para que la doctrina del control de convencionalidad se consolide es necesario que en primer lugar, como apunta Sagüés¹⁶ (2009), que la Corte IDH haga un uso adecuado y ponderado de su potestad de control y que las Cortes Superiores, y las estructuras judiciales nacionales, hagan un efectivo seguimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH. Asimismo es imprescindible también que la Corte IDH, como destaca Bazán¹⁷,

¹⁶ SAGÜES, N, *El "control de convencionalidad"*, La Ley 2009-B-761.

¹⁷ BAZÁN, V., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes Nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Constituciones y Principios, México 6/10 de diciembre de 2010.

tenga presente los criterios de las Cortes Superiores, fomentando en ambos planos un diálogo de consolidación y vigencia efectiva de la CADH.

El uso prudente por parte de la Corte IDH de la doctrina del “margen de apreciación nacional”¹⁸, desarrollada por la Corte Europea a partir del caso *Handyside contra United Kindom* (1976)¹⁹, es una de las válvulas de descompresión que permite flexibilizar la relación de la Corte IDH con las Cortes Superiores al reconocer que en los casos en que se encuentre comprometido el interés público de un Estado y no existan criterios uniformes de interpretación, las jurisdicciones nacionales conservan autoridad para determinar el alcance de la protección en materia de derechos humanos.

3. La cultura angloamericana ha sido muy activa en la discusión sobre el las facultades interpretativas de los jueces. Tribe²⁰ recuerda que se debate sobre el poder del juez de avanzar sobre el texto de la ley desde que el obispo Benjamín Hoadly le comentó al Rey de Inglaterra en 1717 que quienquiera que posea una absoluta autoridad para interpretar una ley escrita es el verdadero legislador y no quien primero la redactó. En Estados Unidos la Corte Suprema inauguró en 1803 el control de constitucionalidad en el famoso caso *Marbury vs. Madison*²¹. Allí Marshall, ante las difíciles circunstancias políticas que enfrentaba, decidió que el último interprete constitucional era la Corte Suprema; ella debía analizar la correspondencia de los actos de los otros poderes con la Constitución. Los argumentos de Marshall, al justificar las razones que dotaban a la Corte Suprema del poder de fijar la lectura de la Constitución, deben ser leídos junto con la aceptación que los actores políticos y la sociedad de los Estados Unidos desarrolló sobre el respeto al papel de la Corte Suprema como máximo intérprete constitucional.

El prestigio de la Corte Suprema constituyó el soporte necesario para la consolidación del judicial review. Holmes²² sostenía que

¹⁸ La Corte IDH en la *Opinión Consultiva 4/84 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización* reconoció el margen de apreciación reservado al Estado (pár. 62).

¹⁹ <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1976/5.html>.

²⁰ TRIBE, L. H., *God save this Honorable Court*, Cambridge, 1985, pág. 41.

²¹ 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60.

²² HOLMES, O. W., *The common law*, [1881], consultada la edición de Littel, Brown & Company, Boston, 1963, pág. 5. Además de sostener que la vida de la ley no ha sido lógica sino experiencia, agrega que: *consiste en la necesidades sentidas de un tiempo, la moral prevaleciente y las teorías políticas, reconocidas o in-*

la vida de la ley no ha sido lógica sino experiencia... *consiste en la necesidades sentidas de un tiempo, la moral prevaleciente y las teorías políticas, reconocidas o inconscientes, así también los prejuicios que los jueces comparten con otros hombres han tenido mucho más influencia que el silogismo en la determinación de las reglas sobre las cuales los hombres deben ser gobernados. La ley representa el desarrollo histórico de una Nación por muchos siglos y no puede ser tratada sólo como axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber qué es debemos saber qué ha sido y qué intenta ser.* Esa posición se inscribe en una cultura jurídica como la angloamericana que deposita una gran confianza en sus jueces.

La referencia al nacimiento del control de convencionalidad permite sostener que además de las lecturas estrictamente normativas debe examinarse el contexto político y social en el que se desarrolla, en el cual tiene gran incidencia el grado de confianza depositada en los jueces para acompañar los cambios sociales. La respuesta de Marshall desde una posición de debilidad política por la fuerza de sus argumentos al fijar la lectura de la Constitución le permitió fundar la capacidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos para dar la última lectura de correspondencia entre la ley y los derechos constitucionales.

Es posible trazar un paralelo entre aquel delicado momento político de los Estados Unidos en el cual Marshall construyó las bases para el control de convencionalidad y las dificultades de AL para lograr dotar de efectividad a la CADH. La Corte IDH frente a problemas tan trascendentes como las leyes de auto amnistía o las violaciones de los derechos humanos como consecuencia de la guerra planteada por México contra el narcotráfico se pronuncia en favor del control de convencionalidad; lo cual supone tanto la primacía de la CADH como el efecto directo de sus disposiciones, además de adjudicarse el papel de interprete final de la CADH. La consolidación de esos objetivos dependerá de un gran número de factores que exigirían un estudio que no puede ser desarrollado en el presente ensayo. Sin embargo es posible describir algunos factores que diferencian al sistema interamericano de protección de derechos humanos del europeo y dar cuenta de los desarrollos en materia de reforza-

conscientes, así también los prejuicios que los jueces comparten con otros hombres han tenido mucho más influencia que el silogismo en la determinación de las reglas sobre las cuales los hombres deben ser gobernados. La ley representa el desarrollo histórico de una Nación por muchos siglos y no puede ser tratada sólo como axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber qué es debemos saber qué ha sido y qué intenta ser.

miento constitucional de la protección y de las muestras reconocimiento de papel de la Corte IDH por las Cortes Superiores de AL.

4. La CADH (1969-1978)²³ fue elaborada sobre el modelo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950-1953)²⁴. Si bien puede afirmarse que los Estados de AL²⁵ adoptaron un tratado de protección de los derechos humanos similar al elaborado por los Estados del Consejo de Europa, la diversidad del contexto político, económico, social y cultural de AL durante los últimos cuarenta años determinó que su desarrollo fuera disímil.

No intentaré describir en forma exhaustiva la experiencia de Europa y de AL en materia de protección de los derechos humanos. Me limitaré a marcar algunos contrastes entre la vida de uno y otro sistema.

El primer aspecto que señalo es la diferente evolución institucional, política y económica de Europa con respecto a AL durante la segunda mitad del siglo pasado. Los países de Europa, con dificultades y asimetrías, lograron consistencia en la vida institucional y democrática entre la gran mayoría de los 47 Estados que actualmente forman el Consejo de Europa²⁶.

AL, entre los años cincuenta y ochenta, vivió una etapa de gobiernos autoritarios, de múltiples efectos negativos para sus sociedades. Los derechos fundamentales a la vida y la libertad fueron sistemáticamente violados, durante esos años por la práctica estatal de desaparición forzada de personas. Una vez que AL logró iniciar un proceso marcado por el intento de consolidar gobiernos democráticos, enfrentó serios problemas económicos, de desigualdad entre su población y debilidad institucional, lo cual incidió negativa-

²³ La CADH fue adoptada por la II Conferencia Especializada de la OEA reunida en San José de Costa Rica en el año 1969. Recién en julio de 1978 entró en vigor con el depósito del undécimo instrumento de ratificación. Actualmente 25 Estados son adherentes a la CADH.

²⁴ En mayo de 1949 se firmó en Londres el Estatuto del Consejo de Europa y el 4 de noviembre de 1950 se aprobó en Roma el Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, cuya entrada en vigor se produjo el 3 de setiembre de 1953, tras depositarse los primeros diez instrumentos de ratificación.

²⁵ Si bien la CADH fue adoptada por los Estados que integran la OEA para caracterizar el sistema de protección de los derechos humanos entiendo apropiado referirme solamente a AL. Una razón determinante consiste en que ni Estados Unidos ni Canadá han suscripto la CADH.

²⁶ Con incidencia hoy sobre unos 813.000.000 de habitantes.

mente sobre la consolidación del modelo de protección de los derechos humanos.

En una Europa entonces dividida por las relaciones Este-Oeste, el Convenio de Derechos Humanos fue la respuesta ante el horror por lo vivido durante la Segunda Guerra Mundial en un contexto que fue evolucionando con Estados que lograban estándares aceptables de institucionalidad democrática, igualdad y progreso económico. La Europa unificada realizó significativos esfuerzos por elevar el respeto de los derechos humanos según estándares satisfactorios en comparación con otras latitudes.

Los Estados de AL adoptaron la CADH²⁷, en un escenario marcado por las violaciones a los derechos humanos y por los primeros atisbos de intentar consolidar gobiernos democráticos. Si bien la CADH demostró ser un instrumento importantísimo de protección, los problemas que padecía AL no se asemejaban a los que enfrentaba Europa.

La historia de Europa y AL durante la segunda mitad del siglo pasado es infinitamente más compleja²⁸. Hablar de Europa y de AL es una forma de simplificación sólo justificada por la necesidad de encontrar parámetros de referencia para explicar fenómenos particulares. La diversidad de contextos planteada sólo desde sus rasgos más evidentes permite ver cómo textos positivos similares se encuentran afectados por la evolución en circunstancias sociales, institucionales, culturales, económicas y políticas, nítidamente diversas. Esquemas normativos parecidos en sus inicios sufren evoluciones diversas, producto del ambiente en el cual se desarrollan.

El segundo elemento que debe destacarse es la diversidad de carga de trabajo entre ambas Cortes Supranacionales. La adopción del Protocolo nro. 11, que permitió el acceso directo de los individuos al sistema de protección, determinó que entre 1998 y 2008 se pidiera la intervención de la Corte Europea en aproximadamente 280.000 casos, de los cuales cerca de 180.000 lograron superar los controles de admisibilidad²⁹. En el sistema interamericano sólo los

²⁷ 21 de los 25 Estados que adhirieron a la CADH reconocieron la competencia contenciosa de la Corte IDH. La población actual de esos 21 Estados es de unos 500.000.000 de habitantes.

²⁸ La perspectiva utilizada omite hacer referencia a fenómenos de singular trascendencia como la guerra fría que dividió a Europa y tuvo múltiples repercusiones en AL, con la finalidad de poner de relieve las notas singulares de cada sistema de protección de los derechos humanos y sus proyecciones.

²⁹ Ver la evolución en la carga de trabajo de la Corte Europea luego de la aprobación del Protocolo nro. 11 en *European Court of Human Rights*, (2008). *Ten*

Estados y la Comisión IDH tienen acceso a la Corte IDH. La Comisión IDH recibió entre 2000-2010 unas 13.300 denuncias y solicitó la intervención de la Corte IDH en 116 casos³⁰.

Mientras el sistema europeo permite un acceso directo de los individuos, en AL el filtro de la Comisión lo limita. Superar en AL el actual estadio exigiría dotar a la Corte IDH de una estructura acorde con el desafío. Mantener la actual organización de la Corte IDH supone una importante restricción en cuanto a la eficiencia del mecanismo de protección.

La Corte Europea cuenta con un número de jueces equivalente al número de Estados que integran el Consejo Europeo. Integran la Corte IDH siete jueces nombrados por la Asamblea de la OEA (Arts. 52 a 56 de la CADH).

La tercera distinción que formulo se refiere a la diversidad en la dinámica de uno y otro sistema. La Corte Europea dictó su primera sentencia en el año 1961 en el caso *Lawless contra Irlanda*³¹ vinculada con la responsabilidad del Estado al actuar sobre actos de terrorismo. Se examinó allí la detención sin proceso judicial de un miembro del IRA, problema relevante en Europa en el momento en que fue decidido.

En cambio, la Corte IDH pronunció su primera decisión sobre el fondo en 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*³². Velásquez Rodríguez era un estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras que fue apresado en forma violenta (1981), sin mediar orden judicial de captura, en Tegucigalpa por miembros de la Dirección Nacional de Investigaciones y de las Fuerzas Armadas. La sentencia de la Corte IDH debió examinar en ese caso la política de desaparición forzada de personas, implementada por Honduras.

Los casos *Lawless* y *Velásquez Rodríguez* tienen en común que en ellos se decidieron cuestiones sobre derechos humanos cruciales en cada uno de sus respectivos contextos institucionales y políticos.

years of the "new" European Court of Human Rights 1998-2008. Recuperado de <http://www.echr.coe.int>. Son interesantes los comentarios a los controles de admisibilidad del sistema europeo formuladas por SAROLÉA, S. *A critical look at direct access to the single court: a practitioner's perspective*, en el citado seminario, pp. 23-33.

³⁰ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm>.

³¹ Ver el comentario a la decisión y su relación con otras decisiones referidas a terrorismo JANIS, M., KAY, R. Y BRADLEY, A.(1995). *European Human Rights Law*. (pp. 358-361), Oxford: Oxford University Press.

³² En: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc.

La trascendencia de ambos casos puede ser analizada desde la repercusión para el conjunto del sistema de protección. Los dos tribunales supranacionales en sus primeras sentencias abordaron temas cruciales que afectaban derechos vinculados a temas claramente sensibles para los Estados. En *Lawless* como en *Velásquez Rodríguez* las cortes de derechos humanos reafirmaron su autoridad al pronunciarse sobre prácticas de los Estados que despertaban una profunda preocupación.

Entre 1961 y 1998 la Corte Europea dictó 837 sentencias. El número de decisiones creció notablemente luego de la entrada en vigencia del Protocolo nro. 11. En el período 1998-2008 la Corte Europea decidió unos 10.000 casos³³.

La Corte IDH entre 1989 y 2009 se pronunció en 211 casos.

El cuarto factor al que me referiré es el respaldo económico de uno y otro sistema. El presupuesto de la Corte Europea para el 2011 es de €58.960.100, el cual contrasta con el de la Corte IDH, que para el 2011, es de US\$ 2.058.100.

El respaldo económico de los Estados por intermedio de la OEA a la Corte IDH muestra el relativo apoyo a su desarrollo como órgano jurisdiccional de control. El éxito de la Corte IDH en la protección de los derechos humanos requiere superar problemas estructurales y de recursos. El tema del presupuesto de la Corte IDH debería ser analizado con atención, debido a la particular relevancia del sistema de protección en AL.

El texto de ambas convenciones es muy similar. Desde el punto de vista normativo las semejanzas entre el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la CADH son muy fuertes. No obstante la dinámica de uno y otro presenta diferencias notorias producto de los ambientes culturales, políticos, sociales y culturales en que cada uno se ha desarrollado. Cada uno responde a las características particulares de cada momento histórico. El balance sobre los sistemas debe hacerse de acuerdo con la propia dinámica de su evolución. La AL de hoy es muy distinta de aquella de los años setenta y ochenta. El contexto de la primer década del nuevo siglo presenta una AL con problemas institucionales en un buen número de sus Estados pero con democracias representativas consolidadas además de con un progreso destacable en el campo económico. La doctrina del control de convencionalidad se produce en un escenario difícil pero que muestra algunas señales positivas. Me re-

³³ Las estadísticas de la Corte Europea pueden consultarse en *The European Court of Human rights in facts and figures 2010*. Recuperado de <http://www.echr.coe.int>.

feriré a dos de ellas. La primera es el progresivo remozamiento de las cartas constitucionales y el segundo la paulatina recepción por parte de las Cortes Superiores de la doctrina de la Corte IDH.

5. Algunos países de AL incorporaron reformas a sus Constituciones que fortalecieron el deber de los Estados de respetar los derechos humanos y resolvieron la prelación normativa a favor de los instrumentos supranacionales de protección.

A principios de los años noventa las reformas a las Constituciones de Colombia (Constitución de 1991, Art. 94) y Perú (Constitución de 1993, disposición final y transitoria cuarta) establecieron que la interpretación del alcance de los derechos debe tener en cuenta las convenciones internacionales firmadas por los Estados y particularmente la DUDH. La reforma a la Constitución Argentina de 1994 le otorgó a través del Art. 75 inc. 22 jerarquía constitucional a la DADH, la DUDH y la CADH, entre otros tratados de derechos humanos. La Constitución de Venezuela de 1999, mediante los Arts. 23 y 256, estableció que los pactos y convenciones sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables. La enmienda constitucional 45 de 2004 en Brasil (Art. 5º, § 3º) dispuso que los tratados y convenciones sobre derechos humanos son considerados equivalentes a las reformas constitucionales. La Constitución de Ecuador de 2008 consagró en el Art. 417 el principio *pro homine* (Carpizo, 2009) y la aplicación directa e inmediata de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El referido principio puede ser entendido como el criterio de interpretación consistente en acudir a la norma más amplia de interpretación con la finalidad de reconocer los derechos protegidos. El principio *favor libertatis* supone entender la norma en el sentido más favorable a la libertad en juego. La Constitución de Bolivia de 2009 reconoció (Art. 13, IV) la prevalencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

Las reformas constitucionales reseñadas indican una línea progresiva de tendencia de los Estados de AL que reconoce la importancia de adecuar el orden interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

La influencia de los tribunales de derechos humanos fue destacada por Fix Zamudio (1998)³⁴ al comentar que *si bien tienen carácter in-*

³⁴ FIX ZAMUDIO, HÉCTOR (1998). *Trans-National Aspects of Procedural Law. Actas del Congreso Mundial de Taormina de 1995* (p. 185). Milán: Giuffrè Editore.

ternacional y sus decisiones, aun cuando obligatorias no son ejecutivas en forma directa en el ámbito interno, asumen una considerable influencia, en virtud de que son cada vez más numerosos los ordenamientos nacionales que no sólo otorgan jerarquía superior a los tratados ratificados por los Estados respectivos, sino inclusive brindan naturaleza constitucional o equivalente, por lo que los jueces y tribunales internos aplican cada vez con más frecuencia, algunos incluso por mandato constitucional, tanto los derechos consagrados en dichos instrumentos supranacionales como la interpretación que de los preceptos de dichos tratados realizan los citados tribunales de derechos humanos.

6. Las Cortes superiores de AL³⁵ paulatinamente han ido reconociendo tanto la jerarquía normativa de la CADH como el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Voto 2313-1995, Considerando VII) sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar la CADH tiene – *en principio* – *el mismo valor de la norma interpretada*.

La Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-010/2000, párr. 6ha.) adoptó una posición similar al entender que debido a que la Constitución señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

La Suprema Corte de Justicia de República Dominicana (Resolución 1920-2003) formuló una adhesión a los precedentes de la Corte IDH sin reservas. Sostuvo que es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la CADH sino las interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección.

El Tribunal Constitucional del Perú (21.07.2006, fundamento 12) siguió un criterio similar al de la Suprema Corte de Justicia de Re-

³⁵ Han establecido Cortes Constitucionales que integran el Poder Judicial, en Colombia y Bolivia. Chile, Ecuador, Guatemala y Perú las han creado fuera del Poder Judicial. Las Cortes Supremas de Costa Rica, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela adoptaron salas constitucionales. Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay han mantenido Cortes Supremas o Tribunales Supremos que priorizan la defensa del orden constitucional.

pública Dominicana al concluir que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH no se agota en su parte resolutive, la cual alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi* incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la CADH que tiene la Corte IDH, reconocida en el Art. 62.3 de dicho tratado, sumada al mandato constitucional de la Cuarta Disposición Final Transitoria, hace que la interpretación de la normativa de la CADH que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional.

El mismo Tribunal Constitucional en el caso *Colegio de Abogados del Callao contra Congreso de la República* (2007) ratificó la anterior decisión al entender que hay una vinculación directa entre la Corte IDH y el Tribunal Constitucional; ... *vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano* (Fundamento 26).

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, con líneas de interpretación no siempre uniformes, cuyas variaciones y contradicciones aquí no puedo desarrollar, ha reiterado en diversas sentencias que la interpretación de la CADH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH (Caso *Ekmekdjian*, 1992) y recientemente en el caso *Mazzeo* (2007)³⁶, adhirió a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad desarrollado en el caso *Almonacid Arellano contra Chile* (2006).

³⁶ Los antecedentes del caso Mazzeo se vinculan con el debate sobre la constitucionalidad del Decreto N° 1002/89 mediante el cual el Presidente Menem indultó a Riveros, quien junto con a otras personas se encontraba sometido a un proceso penal acusado de homicidios, privaciones de la libertad, tortura y otros delitos cuya comisión se habría producido durante el gobierno militar (1976-1983) como parte del plan sistemático de desaparición forzada de personas. La Corte Suprema de Argentina al decidir el caso, aplicó la doctrina de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos*, que sostiene que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos

Sostuvo allí la Corte Suprema argentina que la Corte IDH ha señalado que: *... es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención América (Considerando 22).

El Tribunal Constitucional de Bolivia (10.05.2010, apartado III.3), con similar orientación que los precedentes antes citados, entendió que la jurisprudencia de la Corte IDH integra el bloque de constitucionalidad y debe ser respetada en razón de la competencia que le asignó la CADH y la doctrina del efecto útil de las sentencias sobre derechos humanos.

Los fallos citados muestran sólo una cierta tendencia de algunas Cortes Superiores sobre la jerarquía de la CADH y el valor al persuasivo de las sentencias de la Corte IDH. Se trata de una línea de interpretación en la cual no están ausentes las disidencias. En ese sentido, cabe mencionar que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de México (Tesis IX/2007) no adhirió a la línea jurisprudencial que he comentado al interpretar que el art. 133 de la Constitución Política impone considerar que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por debajo del texto constitucional y por encima de las leyes generales.

³⁷ La Corte IDH, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM– y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos han coincidido sobre la importancia de difundir las sentencias de las Cortes Superiores de AL que siguen la jurisprudencia de la Corte IDH. El título de la revista es *Diálogo Jurisprudencial* (http://www.catalogoderevistas.unam.mx/interiores/d/d_juris.html) lo cual coloca a la Corte IDH y a las Cortes Superiores en una suerte de intercambio de interpretaciones sobre el alcance de los derechos previstos en la CADH. Desde el año 2006 en que salió el primer número se han publicado ocho revistas que contienen sentencias de Cortes Superiores que citan la jurisprudencia de la Corte IDH.

7. La tendencia evidenciada por las decisiones citadas permite observar que hay una tendencia de las Cortes Superiores a reconocer cierta relación vertical con respecto a la Corte IDH debido a su carácter de intérprete final del sentido de la CADH, en el marco de un diálogo entre ellas y la Corte IDH. Desde luego hay diferencias entre las Cortes Superiores sobre el alcance de la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, y más allá de los matices, resulta relevante que tanto la Corte IDH como las Cortes Superiores de AL intenten darle cierta homogeneidad a la lectura de la CADH³⁷.

Las ideas del dualismo han sido superadas por la visión monista que integra la interpretación internacional y nacional del derecho en una apertura hacia la diversidad de fuentes y al multinivel de ellas. Las decisiones en los distintos grados de las jurisdicciones nacionales como en las instancias supranacionales tienden a influenciarse recíprocamente en una lectura evolutiva del derecho convencional y constitucional.

La Corte IDH con su doctrina sobre el control de convencionalidad intenta, en palabras de Ferrajoli (1999), “*constitucionalizar el derecho internacional*” (p. 152), al destacar la relevancia directa de la CADH como derecho interno de jerarquía equivalente al constitucional y llamar la atención de las Cortes Superiores sobre su rol de intérprete final del alcance de los derechos humanos.

La doctrina sobre el control de convencionalidad difuso *ex officio* se encuentra fundada en un movimiento constitucional que ha aceptado la importancia de la CADH en el orden interno y en decisiones de las cortes superiores que han seguido las interpretaciones de la Corte IDH. Las normas de la CADH y el derecho internacional brindan argumentos que dan sustento a la posición elaborada por la Corte IDH.

Sin embargo, la Corte IDH no obstante sus más de dos décadas de funcionamiento efectivo, tratando casos contenciosos, ha dictado sólo unas 200 sentencias debido a los límites previstos en la CADH al acceso a los individuos y a la prudencia de la Comisión IDH en denunciar a los Estados. Una expansión de la Corte IDH requerirá repensar el soporte de presupuestario que los Estados, por intermedio de la OEA, deben aportar y el número de jueces requeridos para afrontar una tarea mayor.

La doctrina del control difuso de convencionalidad coloca a la Corte IDH en el vértice de interpretación del contenido de los derechos humanos en AL. Resta, no obstante, ver la lectura que en particular las Cortes Superiores y en general los jueces de AL realicen del control de convencionalidad en un diálogo con la Corte

IDH a los efectos de determinar en los casos concretos la efectiva vigencia de la CADH. Es también necesario observar si los Estados se allanan a cumplir efectivamente con las obligaciones impuestas por la CADH.

5.

Problèmes et perspectives de la Cour de cassation française

LOÏC CADIET*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – I. *L'évolution des missions de la Cour de cassation*: 2. Définition des missions du juge de cassation. – 3. Identification de l'office juridictionnel de la Cour. – II. *Le juge de cassation à l'épreuve de ses méthodes*: 4. Méthodes de fonctionnement. – 4.1. L'accès au juge de cassation. – 4.2. Le jugement des pourvois. – 5. Méthodes d'organisation. – 5.1. L'organisation interne. – 5.2. L'organisation externe.

1. Le Code français de l'organisation judiciaire contient un article aux termes duquel: « *Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation* » (art. L. 411-1 du Code de l'organisation judiciaire). Un autre article précise de son côté que: « *La Cour de cassation a son siège à Paris* » (art. L. 411-1 du Code de l'organisation judiciaire)¹.

Comme beaucoup d'autres systèmes judiciaires, la justice civile française se présente sous la forme d'une pyramide comportant trois niveaux: le premier niveau est celui des juridictions de première instance, qui accueillent l'ensemble des litiges civils n'ayant pas fait l'objet d'un règlement extrajudiciaire; le deuxième niveau est celui des juridictions d'appel, qui peuvent être saisies des jugements de première instance prononcés en premier ressort et à charge d'appel, c'est-à-dire au-delà de 4000 €. Ces juridictions de première et de deuxième instances sont appelées les juridictions du fond, parce qu'elles connaissent du fond des affaires et tranchent donc le litige qui leur est soumis². Le troisième et dernier niveau est celui de la Cour de cassation qui est donc la plus haute juridiction en matière civile et en matière pénale³. Sur son site officiel, la Cour de cassation se présente d'ailleurs comme « *la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français* »⁴.

* Université La Sorbonne – Paris 1

¹ Sur l'île de la Cité, au 5 quai de l'Horloge, dans le 1^{er} arrondissement de Paris.

² Voir par exemple l'article L. 311-1, alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire: « *La cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires* ».

³ Articles L. 411-1 à L. 451-2 du Code de l'organisation judiciaire.

⁴ <http://www.courdecassation.fr>.

Traditionnellement, la Cour de cassation n'a, en revanche, aucune compétence en matière constitutionnelle, qui relève du Conseil constitutionnel ⁵, ni en matière administrative, qui relève du Conseil d'Etat ⁶. N'ayant pas de compétence constitutionnelle et n'étant pas la seule juridiction supérieure de l'ordre juridictionnel, la Cour de cassation n'est donc pas, à proprement parler, une *cour suprême*⁷; ne méritent vraiment cette appellation que les juridictions de dernière instance qui, à l'instar de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, ont le monopole du pouvoir de juger en qualité de juge ordinaire et de juge constitutionnel; il est donc plus exact de dire que la Cour française de cassation est juridiction suprême dans son ordre, juridiction judiciaire suprême⁸. Mais elle n'est pas davantage une *juridiction ordinaire* puisqu'elle ne tranche pas les litiges et ne connaît pas, en principe, du fond des affaires comme peuvent en connaître les juridictions de première instance et d'appel. Telle est la singularité historique de la Cour de cassation en France.

De nombreux facteurs sont cependant à l'origine, depuis quelques années, d'une évolution importante dont il est difficile de mesurer encore l'exacte ampleur. Ces facteurs, qui ne sont pas propres à la France, sont hétérogènes et complexes. Les uns sont de nature économique, ou quantitative, et résultent, pour l'essentiel, du nombre très important de recours en cassation auxquels la Cour de cassation doit faire face. L'augmentation des recours formés devant les juridictions judiciaires suprêmes a engendré la même nécessité d'endiguer le flot afin de permettre à la plus haute juridiction d'accomplir sa mission dans un délai raisonnable de juge-

⁵ Voir G. CARCASSONNE, *V° Conseil constitutionnel*, in L. Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

⁶ Voir D. TRUCHET, *V° Conseil d'Etat*, in L. Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, précité. Par conséquent, la loi a prévu une juridiction *ad hoc* pour trancher les conflits de compétence entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives. Cette juridiction est le *Tribunal des conflits*: voir articles R. 771-1 et R. 771-2 Code de la justice administrative (CJA) et, sur les problèmes particuliers soulevés par cette juridiction atypique, voir P. GONOD ET L. CADJET (sous la direction de), *Le Tribunal des conflits*, Paris, Dalloz, 2009.

⁷ Voir, là-dessus, L. CADJET, J. NORMAND ET S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, spécialement n° 33: «Théorie politique» et n° 293: «Théorie juridique». – Comp. L. FAVOREU, *V° Cour suprême*, in L. Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, précité.

⁸ Ce que dit expressément le Code de la justice administrative pour le Conseil d'Etat, à l'article L. 111-1 du Code de la justice administrative: «*Le Conseil d'Etat est la juridiction administrative suprême*».

ment. Les autres facteurs sont de nature plus qualitative, ou politique, au sens de la politique juridique et institutionnelle, et tiennent principalement au développement de la protection des droits fondamentaux. Cette protection est assurée au moyen d'un double contrôle de conventionalité et de constitutionnalité des lois auxquels la Cour de cassation est associée dans un jeu complexe d'interactions juridictionnelles impliquant d'autres juridictions nationales (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat) et européennes (Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne). D'autres pays, comme l'Allemagne et l'Italie, ont été confrontés à cette situation qu'ils connaissent bien et auxquels ils ont apporté des réponses que la France a tout intérêt à examiner de près. En quelque sorte, la Cour de cassation n'est plus aussi suprême dans son ordre car l'ordre des juridictions judiciaires est inséré dans un espace juridictionnel qui le dépasse.

Pour prendre la mesure de ces défis, il n'est pas inutile de savoir que le personnel ordinaire de la Cour de cassation se compose de magistrats du siège, de magistrats du Parquet, de greffiers et d'auditeurs. Les magistrats du siège sont le premier président, les présidents de chambre (au nombre de sept), les conseillers (au nombre de 88) et les conseillers référendaires (au nombre de 65), soit 160 magistrats du siège exerçant des fonctions juridictionnelles. Cette composition est bien sûr à mettre en relation avec le nombre de décisions que rend la Cour de cassation en une année. Il n'est pas possible, autrement, de comprendre la place et le rôle de la Cour de cassation dans le système de justice. Ainsi, en 2009, la Cour de cassation a prononcé 20.402 décisions en matière civile et 8.192 en matière pénale, soit environ un nombre moyen de 178 décisions par an et par magistrat, ce qui est un chiffre élevé pour une juridiction située au sommet de la hiérarchie judiciaire, même si toutes ces décisions n'ont pas la même valeur, ni la même portée.

Les problèmes auxquels est confrontée la Cour française de cassation touchent bien sûr d'autres systèmes judiciaires. La question est d'une grande actualité comme en témoigne la création, en 2004, du *Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne*. Le mois dernier, à l'occasion du 20^{ème} anniversaire de l'*Association européenne des barreaux des cours suprêmes*, la Cour française de cassation accueillait un colloque sur le juge de cassation en Europe, organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avec le concours de la Société de législation comparée et l'Association Henri Capitant. Et, ici même en Italie, la première livraison de l'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* pour l'année 2011 porte, dans une perspective com-

parative, sur « Le nouveau rôle des cours suprêmes dans leur environnement politique et institutionnel », auquel j'ai contribué avec un article intitulé: « Le rôle institutionnel et politique de la Cour de cassation en France: tradition, transition, mutation ? », ce qui m'évitera d'avoir à faire certains développements dans mon exposé d'aujourd'hui⁹.

En cette année 2011, le moment est donc bien choisi pour faire le point sur les missions du juge de cassation et les méthodes qu'il met en œuvre pour les accomplir: les missions influencent les méthodes; les méthodes peuvent contrarier ou, au contraire, favoriser les missions. Ces jeux de miroir autorisent quelques observations sur ce que disent aujourd'hui de la Cour française de cassation l'évolution de ses missions (I) comme celle de ses méthodes (II).

I – L'évolution des missions de la Cour de cassation

2. Deux questions doivent être abordées ici: d'abord, celle de la définition des missions de la Cour de cassation; ensuite, celle de l'identification de son office juridictionnel.

L'habitude a été prise de distinguer deux missions différentes du juge de cassation: une mission dite *disciplinaire*, qui consiste à veiller au respect de la loi, et une mission dite *normative*, qui a pour objet d'assurer l'unité du droit. La loi française met explicitement en avant la première mission à l'article 604 du Code de procédure civile qui dispose: « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». Mais la Cour française de cassation n'a jamais méconnu la seconde mission qu'implique sa position au sommet de la justice judiciaire, ce qui postule une fonction d'harmonisation de l'application du droit sur l'ensemble du territoire national.

A priori, ces deux missions ne sont pas discutables dans leur principe, pas plus la mission d'assurer l'unité du droit que celle d'assurer le respect de la loi, même si la Cour de cassation, qui s'appelait alors le Tribunal de cassation, a été instituée, en 1791, pour censurer la violation des lois. A partir du moment où, en 1804, le Code civil a fait obligation au juge de statuer en toute hypothèse,

⁹ L. CADIET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de cassation en France: tradition, transition, mutation?*, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, vol. 1.

y compris dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi¹⁰, il ne pouvait qu'exercer un rôle créateur de droit, d'abord par voie d'interprétation, puis par affirmation de principes et il est normal que cette création ait pris en compte les nécessités économiques, sociales et techniques du temps présent, ce qui, dans la mission normative, renvoie plus précisément à la fonction de développement ou de modernisation du droit. C'est ainsi qu'à la fin du 19^{ème} siècle, la Cour de cassation a pu poser un principe de responsabilité général du fait des choses, à partir de l'article 1384, al. 1^{er} du Code civil qui n'avait pas été conçu pour cela. Cette mission est plus ou moins admise dans tous nos pays, avec une mention toute particulière pour l'Allemagne; le juge français de cassation s'y est également engagé. Dans une recommandation du 7 février 1995, le Conseil de l'Europe a du reste recommandé qu'en matière civile et commerciale, les décisions de justice puissent faire l'objet d'un recours réservé aux affaires « *qui contribueraient au développement du droit ou à l'uniformisation de l'interprétation de la loi* ».

Les difficultés sont ailleurs.

Une *première difficulté* tient à la *manière dont ces missions ont été qualifiées*, disciplinaire d'un côté et normative de l'autre. Ces qualifications, en effet, ne sont pas aussi fermes et limpides qu'il y paraît de prime abord. La mission disciplinaire est souvent assimilée au contrôle de légalité. Mais ce contrôle peut tout aussi bien être référé à la *protection* de la légalité, qui est tournée vers le passé, qu'à la *promotion* de la légalité, qui est tournée vers le futur, ce qui évoque déjà la mission normative. C'est du reste les arrêts de cassation *pour violation de la loi* qui sont les supports privilégiés de la mission normative de la Cour de cassation. Quant à cette mission normative, elle vise certes la formulation d'une norme générale et abstraite dans les *motifs* de la décision du juge de cassation, soit par voie d'interprétation, soit par définition d'un principe: en cela, le juge de cassation exerce une fonction *jurisprudentielle* qui en fait une source de droit, mais elle peut tout aussi bien se référer au jugement qui se prononce dans son *dispositif* sur la pertinence du pourvoi soumis en l'espèce au juge de cassation: en cela, si sa fonction n'est que *juridictionnelle*, le juge de cassation n'en est pas moins le législateur du cas particulier; il édicte une norme catégorique, particulière et concrète, pour le litige qui lui est soumis.

¹⁰ Art. 4 du Code civil: «*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*».

A quoi s'ajoute une *deuxième difficulté*, qui tient au *principe même de la distinction* des deux missions. Cette distinction est une construction doctrinale, à visée didactique. En pratique, ces deux missions sont indissociables: c'est en exerçant son rôle de censeur que la Cour de cassation crée du droit; le contrôle passe nécessairement avant la régulation. La Cour de cassation doit toujours prendre appui sur une affaire particulière pour poser une règle à vocation générale; c'est toujours à l'occasion d'un litige en particulier que le juge de cassation dit le droit tel qu'il aurait dû être appliqué et, parfois, tel qu'il aurait dû être préalablement interprété; c'est de cette contrainte processuelle que naît l'unité de ses missions, sinon l'unicité de sa mission, rétrospective et réactive quand il s'agit de sanctionner l'application incorrecte du droit (mission disciplinaire), prospective et proactive quand, au surplus, il s'agit de dire ce droit incorrectement appliqué (mission normative)¹¹.

Le lien est donc très étroit entre ces deux facettes de la mission du juge de cassation, même si leur importance respective peut varier: par exemple, la mission disciplinaire est quantitativement plus importante en France qu'en Allemagne, au moins depuis que le système allemand a été réformé en 2002. Mais ce lien est plus ou moins étroit. En France, un relâchement s'observe ainsi lorsque la Cour de cassation n'est pas requise de se prononcer sur les mérites d'un pourvoi. Tel est le cas quand elle est incidemment saisie de la transmission éventuelle d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel¹² et, plus encore, quand elle est saisie d'une demande d'avis de droit formulée par une juridiction du fond en dehors de tout pourvoi en cassation¹³. Dans cette dernière hy-

¹¹ Rapprocher M. TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, vol. 1.

¹² Art. 61-1 de la Constitution française: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé», mis en œuvre par Art. LO 462-1 et LO 461-2 du Code de l'organisation judiciaire et Art. 126-1 à 126-13 du Code de procédure civile. Voir L. CADJET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de cassation en France: tradition, transition, mutation?*, précité.

¹³ Art. L. 441-1 à 441-3 du Code de l'organisation judiciaire, spécialement art. L. 441-1: «Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation». Voir L. CADJET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de cassation en France: tradition, transition, mutation?*, précité.

pothèse, la mission est purement normative; elle l'est même préventivement, afin d'éviter le développement d'un contentieux inutile d'interprétation du droit, comme une sorte de rescrit jurisprudentiel, qui exprime la conquête de la Cour française de cassation sur le terrain de la création du droit, au rebours du référé législatif du temps de la Révolution française.

Derrière cette distinction de la mission disciplinaire et de la mission normative se profile la question de l'identification de l'office du juge de cassation.

3. Le juge de cassation fait-il vraiment office de juridiction? L'office du juge est en effet de trancher les litiges conformément aux règles de droit qui leur sont applicables, ainsi qu'en dispose l'article 12, al. 1 du Code de procédure civile. Or, le juge de cassation ne tranche pas les litiges, il juge les jugements (art. 604 du Code de procédure civile). Il n'a du reste pas toujours été une juridiction. Dans sa conception originaire, sous l'ancien Régime, la cassation par le Roi des arrêts des parlements (qui étaient les ancêtres des cours d'appel) était une prérogative royale qui apparaissait comme « *le complément naturel de son droit de légiférer* »; elle constituait « *moins un acte de juridiction que de puissance* » et, au 18^{ème} siècle encore, le Parlement de Paris reprochait au Conseil des parties, juge de cassation, de vouloir s'ériger en juridiction. L'opinion n'est plus guère soutenue de nos jours. Le juge de cassation est bien une juridiction, composée de juges, qui prononce des décisions de justice à l'issue d'une procédure de type juridictionnel. La question est simplement celle de savoir de quel type de juridiction il s'agit.

L'enseignement ordinaire est que la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction dans la mesure où elle n'a pas pour fonction de juger le litige une troisième fois, dans la totalité de ses éléments de fait et de droit. L'affirmation n'est pas fausse: « *La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires* » dispose l'article L. 411-2, al. 2 du Code de l'organisation judiciaire¹⁴. Elle n'est pas fausse, mais il serait plus exact de dire que « *la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de pleine juridiction* ».

¹⁴ Et, comme lui, la plupart des autres droits nationaux, qui précisent que le juge de cassation ne procède pas à sa propre constatation des faits, que les faits constatés par le juge du fond ne sont plus matière à discussion et que, en conséquence, s'il censure le jugement querellé, le juge de cassation ne donne pas au litige sa solution définitive mais renvoie l'affaire devant un juge inférieur afin que soient tirées sur le fond du litige les conséquences de la cassation intervenue.

Le principe connaît d'ailleurs des limites, en France comme à l'étranger. Pour ce qui est de la France, l'instance devant la Cour de cassation peut exceptionnellement devenir une voie d'achèvement du procès « *lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond* » ou « *lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée* » (art. L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire). Or, il semble, en pratique, que la Cour de cassation met de plus en plus souvent un terme au litige, totalement ou partiellement, en se comportant alors plus ou moins comme un juge du fond, à ceci près qu'elle ne peut pas débattre des faits ni ordonner de mesures d'instruction.

Il ne faut donc pas se fier à l'apparence des qualifications officielles qui sont, en vérité, le siège de paradoxes considérables. Certains recours en cassation qualifiés d'extraordinaires sont, en pratique, plus largement ouverts aux justiciables, que les recours en cassation qualifiés d'ordinaires. Ainsi, la Cour française de cassation n'est certes pas un troisième degré de pleine juridiction et le pourvoi en cassation est bien défini officiellement comme une voie de recours extraordinaire, mais, en pratique, le pourvoi en cassation est vécu par les justiciables comme un recours assez naturel qu'ils voudront spontanément exercer si les juges du fond ne leur donnent pas gain de cause. A l'inverse, le système allemand voit un recours ordinaire dans le recours en révision mais, dans le même temps, il limite substantiellement l'accès à la Cour fédérale de justice. Ici, un système de filtrage a été organisé pour valoriser la mission normative du juge de cassation au détriment de sa mission disciplinaire. A travers ses missions, le juge de cassation est alors mis à l'épreuve de ses méthodes.

II – *Le juge de cassation à l'épreuve de ses méthodes*

4. Les méthodes de la Cour de cassation française ont évolué pour lui permettre de faire face efficacement aux défis auxquels elle s'est trouvée confrontée. Cette évolution a concerné tant ses méthodes de fonctionnement que ses méthodes d'organisation.

Les termes du problème posé à la Cour de cassation sont simples: il lui faut combiner le souci d'asseoir son autorité avec les contraintes de la gestion des flux et un équilibre doit ainsi être trouvé entre ce qu'impose la mission disciplinaire et ce qu'exige la mission normative. Cet équilibre a été recherché aussi bien sur le terrain de l'accès au juge de cassation, que sur celui du jugement des pourvois en cassation.

4.1. Il n'y a pas lieu de s'attarder trop longtemps sur la question de l'accès au juge car la situation en France peut apparaître aujourd'hui globalement stabilisée grâce à l'introduction d'une procédure de non-admission des pourvois par une loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001¹⁵. Aux termes de l'article 1014 du Code de procédure civile, la chambre saisie du pourvoi peut, dans une formation restreinte¹⁶, déclarer « *non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation* ». Cette procédure n'est pas, à proprement parler, une procédure de sélection des pourvois. Il s'agit plutôt d'une *procédure simplifiée* qui se traduit par un *allègement de la formation juridictionnelle* (trois magistrats au lieu de cinq) et un *allègement des formes procédurales*: notamment, la décision de non-admission n'est pas motivée, en ce sens qu'elle ne répond pas aux critiques du jugement frappé de pourvoi et n'expose pas les raisons qui justifient la non-admission du pourvoi.

Cette mesure est assurément d'une grande efficacité. Au lendemain de l'introduction de la procédure de filtrage, entre 2002 et 2004, le taux moyen de non-admission était de 37 %¹⁷; il allait de 27 % à 40 %, selon les chambres, en 2007. Depuis lors, la part des décisions de non-admission a diminué pour se stabiliser à hauteur de 20 % environ des décisions que rend la Cour de cassation. En 2009, les décisions de non-admission ne représentaient plus que 19 % de la totalité des dossiers jugés (soit 3955 décisions), alors que les arrêts de rejet représentaient 26 % des dossiers jugés (soit 5137 décisions) et les arrêts de cassation 21 % (soit 4349)¹⁸.

¹⁵ Voir L. CADIET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de cassation en France: tradition, transition, mutation?*, précité et, pour une vue plus approfondie, S. AMRANI-MEKKI ET L. CADIET (sous la direction de), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005.

¹⁶ C'est-à-dire la « *la formation restreinte de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée* » (article 1013 du Code de procédure civile) qui est une formation de trois magistrats, chargée de statuer « *lorsque la solution du pourvoi s'impose* » (article L. 431-1 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006), la formation ordinaire (audience de la chambre) comprenant au moins cinq magistrats ayant voix délibérative (article R. 431-5 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction issue du décret n° 2008-522 du 2 juin 2008).

¹⁷ Voir S. AMRANI-MEKKI ET L. CADIET (sous la direction de), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, précité, Annexe 5.

¹⁸ Les autres décisions correspondent à des désistements (17 %), des déchéances (9 %), des irrecevabilités (1%) et des décisions diverses (7%), dont une majorité de décisions constatant d'office la péremption de l'instance (article 1009-2 du Code de procédure civile).

Lorsque cette procédure a été introduite, la crainte avait été exprimée qu'elle ne fasse passer la Cour de cassation d'une conception démocratique à une conception aristocratique de son rôle. À la lumière de l'expérience, cette crainte n'était pas fondée car, avec l'irrecevabilité et le caractère sérieux du moyen de cassation invoqué, le filtrage des pourvois demeure fondé sur un critère de légalité et il est mis en œuvre au terme d'une instruction dont le caractère contradictoire et respectueux du procès équitable, validé par la Cour européenne des droits de l'homme, s'est amélioré depuis sa création, ce qui préserve la conception démocratique de l'office du juge de cassation.

En tout cas, le droit d'accès au juge doit être apprécié, non seulement par rapport à cette mission essentielle de la Cour de cassation, mais également par rapport au droit du justiciable d'être jugé dans un délai raisonnable. À bien y regarder, l'évolution contemporaine du fonctionnement du juge de cassation a justifié un nombre important de réformes qui s'expliquent moins au regard des missions qui lui incombent que par la nécessité gestionnaire toute pragmatique d'assurer une procédure de jugement plus rapide. Il a fallu que la Cour de cassation adapte son mode de fonctionnement pour faire face à cette masse d'affaires dans des délais raisonnables et elle y a globalement réussi. Les pourvois en cassation sont aujourd'hui traités sans délai d'attente. La procédure de non-admission, certes, mais aussi la fixation de délais stricts de procédure¹⁹, le retrait du rôle des pourvois en cassation frappant des jugements qui n'ont pas été exécutés²⁰, le recours massif aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, avec la dématérialisation, la communication électronique et les bases de

¹⁹ Le demandeur en cassation doit, au plus tard dans le délai de quatre mois à compter du pourvoi, remettre au greffe de la Cour de cassation un mémoire contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée (art. 978 du Code de procédure civile) et le défendeur au pourvoi dispose alors d'un délai de deux mois à compter de la signification du mémoire du demandeur pour remettre au greffe de la Cour de cassation un mémoire en réponse signé d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation et le notifier à l'avocat du demandeur (art. 982 du Code de procédure civile).

²⁰ Art. 1009-1 à 1009-3 du Code de procédure civile, spécialement art. 1009-1, al. 1^{er}: «*Hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l'avis du procureur général et les observations des parties, la radiation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans l'impossibilité d'exécuter la décision*».

données²¹, ont permis à la Cour de cassation d'exercer sa mission dans un délai raisonnable. Pour 2010, ce délai a été de 378 jours en matière civile. Ce bon résultat doit aussi beaucoup à l'amélioration des méthodes de fonctionnement de la Cour de cassation sur le terrain du jugement des pourvois en cassation.

4.2. Cette question est d'une grande richesse. Il faudrait parler des cas d'ouverture du pourvoi en cassation et de la rédaction des moyens de cassation, des critères et des circuits d'orientation des pourvois, de la place de l'oralité dans la procédure de cassation et, à l'évidence, de l'élaboration tant intellectuelle que matérielle de la décision, de la nature et de l'étendue de sa diffusion ainsi que de ses effets, ce qui couvre tout à la fois son autorité et son éventuelle remise en cause. Il y a trop à dire. Je me contenterai donc de faire ici une observation relative à la manière de rédiger les arrêts de la Cour de cassation. Cette méthode de rédaction des décisions, qui est issue des usages, n'oppose pas seulement tradition anglo-américaine et tradition romano-germanique. En vérité, à l'intérieur même de ce qu'on nomme aujourd'hui le droit continental, les styles diffèrent fortement entre, par exemple, la méthode française et la méthode allemande. On a beaucoup écrit sur la question. Je n'y reviendrai pas, sauf à me demander si le style concis, qui passe pour être consubstantiel à la tradition à la technique française de cassation, convient aussi bien à sa mission normative qu'à sa mission disciplinaire.

Quand il s'agit de sanctionner l'application incorrecte de la règle de droit, « *sans aucune valeur juridique ajoutée* », mission disciplinaire, la sentence du juge de cassation peut bien tomber lapidairement, comme tombe le couperet de la guillotine que n'est pas sans évoquer l'article 12 du Code de procédure civile: « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Quand il s'agit, en revanche, d'éclairer le contenu de la règle, d'en interpréter le sens, voire d'en combler les lacunes tout en assurant l'unité du droit par l'unité de la jurisprudence, *a fortiori* de manière prospective, il faut s'en expliquer clairement et précisément afin d'en convaincre les destinataires de la parole jurisprudentielle, avocats et justiciables, car la jurisprudence n'est pas une source de droit à l'égal de la loi, elle ne s'impose pas par raison d'autorité mais par l'autorité de ses raisons, *non ratione auctoritatis, sed auctoritate rationis*. C'est « *la force conviction de l'arrêt* » qui compte.

²¹ http://www.courdecassation.fr/institution_1/dematerialisation_procedures_cour_cassation_3368/.

La technique de cassation porte sans doute trop l'empreinte de la mission disciplinaire de la Cour de cassation; elle n'est pas sans introduire de la rigidité dans le débat. La connaissance des rapports des conseillers rapporteurs, celle des conclusions des avocats généraux et le recours aux communiqués officiels ne suffisent pas à atténuer les inconvénients de cette technique traditionnelle au regard de la mission normative du juge de cassation. On peut se demander si le temps n'est pas venu de réfléchir à la manière dont la rédaction des arrêts pourrait mieux répondre à ce que requiert l'accomplissement par le juge de cassation de sa mission normative. Les Pays-Bas montrent l'exemple d'une évolution possible de la rédaction des décisions du juge de cassation à partir du modèle originaire de la cassation française. Mais s'agit-il encore de méthode de fonctionnement ? En vérité, les questions d'organisation ne sont pas loin car, de la même manière que la Cour de cassation a diversifié le traitement des pourvois en adaptant le périmètre de sa formation juridictionnelle à l'objectif normatif ou disciplinaire de sa mission, de même la rédaction des jugements pourrait être l'objet d'une adaptation similaire. Encore faut-il que les acteurs de la cassation en aient le temps, ce qui est pleinement une question d'organisation.

5. Ce n'est pas seulement son mode de fonctionnement que le juge de cassation a dû adapter pour faire face au flot montant des affaires. C'est aussi son organisation. Il faut bien sûr avoir égard, de ce point de vue, à son organisation interne, mais on négligerait un aspect important de l'évolution contemporaine de la Cour de cassation si l'on n'envisageait pas aussi la question de ce que nous appellerons par commodité son organisation externe.

5.1. Les observateurs attentifs de la Cour de cassation n'ont pas manqué de souligner que le juge de cassation, en France comme à l'étranger, a dû adapter son organisation pour faire face efficacement au flot des recours qui lui étaient soumis. L'inventaire a été dressé de ces mesures d'adaptation. Citons ici à titre d'exemples: la multiplication et la spécialisation des chambres et des juges; la modulation du périmètre de la formation juridictionnelle, depuis la formation restreinte à trois juges jusqu'à l'Assemblée plénière à dix-neuf juges, en passant par la section de chambre, la plénière de chambre et la chambre mixte; l'augmentation du nombre des conseillers à la Cour de cassation, l'introduction de conseillers et d'avocats généraux référendaires, de conseillers et d'avocats généraux en service extraordinaire; la création et le renforcement du service de documentation et d'étude.

Ces questions d'organisation ont une influence certaine sur l'accomplissement par le juge de cassation de sa mission, à laquelle contribue aussi, très certainement, l'existence d'un corps limité d'avocats spécialisés devant la Cour de cassation: 97 pour 52 000 avocats. Cette spécialisation, qui a passé le test du droit de l'Union européenne, est à l'œuvre en France, comme en Allemagne et en Belgique, demain peut-être aux Pays-Bas, où elle contribue assurément à la régulation de l'activité des juges de cassation, grâce au filtre de leur consultations préalables, et à la qualité de leur activité tant juridictionnelle que jurisprudentielle, par leur maîtrise de la technique de cassation. En France, l'idée est même défendue depuis un certain temps, déjà, de l'extension en matière pénale de la représentation obligatoire par avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

L'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a un pied dedans et un pied dehors la Cour de cassation, ce qui nous conduit pour finir à l'organisation externe de la Cour de cassation.

5.2. La référence à l'organisation externe traduit l'idée qu'installée au sommet de la hiérarchie judiciaire la Cour de cassation n'est pas isolée, tant s'en faut. Elle est un élément du système de justice, elle est un maillon d'une chaîne procédurale qui a commencé avec elle et qui, de moins en moins, est appelée à se terminer avec elle. L'image contemporaine du réseau se substitue à la métaphore traditionnelle de la pyramide kelsénienne.

Ce n'est pas lorsque la décision des juges du fond est cassée sans renvoi ou lorsque le pourvoi est rejeté que cette solidarité de système s'observe. C'est, traditionnellement, à travers les *arrêts de cassation*, dont l'effet est d'annuler la décision contestée et de renvoyer l'affaire devant le juge du fond (art. 627 du Code de procédure civile) qui, en principe, n'est pas obligé d'appliquer la solution du juge de cassation, sauf en ce qui concerne les points de droit quand la Cour de cassation s'est prononcée en assemblée plénière²². Ce mécanisme n'est pas le meilleur pour asseoir l'autorité de la Cour de cassation et favoriser un règlement rapide du procès. Mais il favorise le dialogue des juges, ce qui peut être fécond pour le développement du droit²³. On pourrait concevoir de développer la cas-

²² Art. L. 431-4 du Code de l'organisation judiciaire: «Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci».

²³ Dans 42 % des cas, l'assemblée plénière de la Cour de cassation favorise la solution des juges du fond, au détriment de la position qu'avait pu adopter la chambre de la Cour de cassation saisie du premier pourvoi.

sation voie d'achèvement du litige, en permettant à la Cour de cassation, en cas de cassation du jugement frappé de recours, de régler définitivement pas le litige, ce que peut faire de son côté le Conseil d'Etat en matière administrative²⁴, mais ce serait alors un autre modèle de cassation dans lequel le juge de cassation judiciaire risquerait de perdre, sinon son âme, du moins ce qui fait sa singularité.

On pourrait, au contraire, reconsidérer l'ensemble du processus judiciaire et revaloriser la fonction disciplinaire des cours d'appel à l'égard de l'ensemble des décisions de première instance afin de renforcer la mission normative de la Cour de cassation, qui ne serait donc plus saisie que des arrêts des cours d'appel. L'évolution du droit français de la procédure civile depuis 1998 contient bien des éléments de nature à favoriser, sinon accréditer cette perspective, qu'il s'agisse de la revalorisation du rôle de la première instance ou de la rationalisation de la procédure d'appel qui, à bien des égards, s'est inspirée de la procédure devant la Cour de cassation. Il y a quand même quelque chose de curieux à ce que les litiges dont l'enjeu financier est le plus faible, ceux qui sont inférieurs à 4000 €, se voient offrir pour seul recours celui du contrôle de la Cour de cassation. Si le critère financier ne doit pas être un obstacle au recours en cassation, il ne saurait être non plus un critère de compétence de la Cour de cassation car il n'a pas plus de pertinence à l'égard de la mission normative qu'à l'égard de la mission disciplinaire de la juridiction suprême.

Mais l'organisation externe du juge de cassation ne se limite pas aux relations du juge de cassation avec les juridictions de son ordre. La protection contemporaine des droits fondamentaux insère le juge de cassation dans un maillage juridictionnel plus large faisant place à des juridictions de type constitutionnel ou de type international. Par des voies variées, l'Allemagne, la Belgique, l'Italie ont aussi été confrontées à cette situation. Sur le terrain de la protection *européenne* des droits de l'homme, les relations de la Cour de cassation avec la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas été un long fleuve tranquille, la Cour européenne des droits de l'homme ayant même jugé que, sur certains points, la procédure applicable devant la Cour de cassation n'était pas conforme aux exi-

²⁴ Art. L. 821-2 du Code de la justice administrative: «S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie».

gences du procès équitable, ce à quoi il a bien sûr été remédié²⁵. Sur celui de la protection *constitutionnelle* des droits fondamentaux, l'introduction récente de la question prioritaire de constitutionnalité, qui met en œuvre un contrôle de constitutionnalité incident et *a posteriori*²⁶, est à l'origine d'un climat de très forte tension entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation craignant de passer sous le contrôle du Conseil constitutionnel qui a déjà décidé que son contrôle de constitutionnalité pouvait porter sur l'interprétation jurisprudentielle de la loi contestée²⁷. Aujourd'hui encore, l'avenir apparaît trouble. Mais il l'a aussi été à l'étranger où les relations semblent avoir fini par se normaliser dans le cadre d'un dialogue des juges et, en vérité, il n'y a pas d'autre solution viable. Il faut simplement en baliser les contours. A cet égard, mon sentiment est que les juridictions constitutionnelles ou internationales n'ont pas vocation à être au dessus, mais à côté des juridictions judiciaires ou administratives suprêmes. Quand bien même les décisions de ces dernières peuvent être ou pourraient être l'objet d'un recours, ce recours doit être limité à la seule question de constitutionnalité ou de conventionalité, c'est-à-dire de conformité aux droits fondamentaux, sans pouvoir porter sur l'objet même du litige. L'objet du litige relève en effet de l'office du seul juge de cassation, qui doit rester suprême dans son ordre de juridiction au sein d'un pluralisme juridictionnel ordonné. Il ne doit pas y avoir de « *juge plus suprême* ». L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Je pense que la séparation des pouvoirs juridictionnels participe aussi de la garantie des droits.

²⁵ Voir L. CADIET, *Les conflits de légalité procédurale*, in *Mélanges Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 57-78.

²⁶ Voir *supra* n° 6.

²⁷ Cons. const. 6 octobre 2010, décision n° 2010-39 QPC, *Gazette du Palais* 20-21 octobre 2010, 12, note Rousseau; *Dalloz* 2010, 2744, note Chénédé, posant que tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative en cause. – Complété par Cons. const. 8 avril 2011, décision QPC n° 2011-120, précisant que seule une interprétation jurisprudentielle tranchée par une juridiction suprême peut faire l'objet d'une QPC. Voir B. MATHIEU, *La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC*, *Semaine Juridique (JCP)* 2010, 1071.

6.

Un nuovo modello di Cassazione civile per il Tribunale Supremo spagnolo

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS*

SOMMARIO: 1. Una Cassazione ridisegnata: la funzione del Tribunale Supremo spagnolo. – 2. Il mantenimento del modello doppia istanza. – 3. Il secondo grado di giudizio e le esigenze dell'immediatezza. – 4. I due punti principali nel nuovo disegno della Cassazione. – 5. Propedeutica della ripianificazione cassazionale. – 6. Abbreviare il percorso della giustizia. – 7. Riduzione dell'ambito oggettivo del giudizio di cassazione. – 7.1. *Segue*: Esclusione della revisione dei giudizi sui fatti. – 7.2. *Segue*: Impiego del giudizio di cassazione per riformare le sentenze viziate nell'applicazione di norme sostanziali. – 7.3. *Segue*: L'interesse pubblico o generale come filtro di accesso. – 8. Caratteri dell'interesse "cassazionale". – 8.1. *Segue*: Una proposta per la configurazione oggettiva dell'interesse "cassazionale". – 9. Conclusioni.

1. Attualmente l'organo situato al vertice della giustizia civile spagnola, la sezione civile del Tribunale Supremo¹, svolge la funzione di terzo grado di giudizio per le liti civili; più precisamente decide due tipi di ricorsi contro le sentenze pronunciate in seconda istanza: i ricorsi per cassazione fondati sulla violazione di leggi so-

* Università Complutense di Madrid

¹ Nonostante qui mi stia occupando del vertice della giustizia civile in Spagna, la Corte Suprema in Spagna è composta anche da altre sezioni (*Salas*), come quella penale (la numero 2), quella del contenzioso amministrativo (la numero 3) e quella che si occupa del diritto del lavoro (numero 4). Vi è, inoltre, una sezione di giustizia militare che si dedica a integrare la giurisdizione militare, che è chiaramente una giurisdizione speciale, nella giurisdizione ordinaria. Lasciando da parte la sezione dedicata al diritto militare, voglio sottolineare che tutto quello da me verrà proposto in questo testo sarebbe valido, in linea generale, per le funzioni della sezione penale, per quelle della sezione del diritto del lavoro e anche per quella del contenzioso amministrativo. Nel caso di questa ultima sezione, è abbastanza ragionevole e per nulla illogico che, oltre alle funzioni di cassazione, si occupi della prima e ultima istanza riguardo a certi temi (atti e disposizioni del Consiglio dei Ministri e delle Commissioni delegate del Governo, atti e disposizioni del Consiglio superiore della magistratura e degli atti e le disposizioni in materia di personale, amministrazione e gestione patrimoniale adottati dagli organi competenti del Congresso dei Deputati, del Senato, della Corte costituzionale, della Corte dei conti e del Difensore civico: art 12 della legge del 13 luglio 1998, n 29, giurisdizione del contenzioso amministrativo).

stanziali e i ricorsi straordinari per violazione di leggi processuali. Questi ultimi possono essere legati a ricorsi ordinari per cassazione, in questo caso il Tribunale dovrà pronunciarsi sul ricorso straordinario preliminarmente rispetto all'esame del ricorso propriamente per cassazione.

Non posso soffermarmi oltre nella spiegazione del regime attuale, che si può trovare descritto in altra sede in lingua italiana² poiché, visto il ragionevole limite di spazio, mi risulterebbe impossibile esporre anche la mia proposta per il futuro o *lege ferenda*. Nel formulare questa proposta farò in modo che si profilino, per contrasto, gli aspetti più importanti delle funzioni che svolge oggi, *lege lata*, il suddetto Tribunale.

Detto questo, ritengo opportuno anticipare, a grandi linee, il mio pensiero riguardo la funzione più utile che potrebbe svolgere l'organo situato al vertice della giustizia civile in Spagna. Questa funzione consisterebbe nel risolvere esclusivamente ricorsi per cassazione, però in un ambito molto più ridotto e caratterizzato da un chiaro ed intenso interesse pubblico, che verrebbe determinato dalla particolare necessità di stabilire una dottrina giuridica interpretativa autorevole e stabile.

Giudico conveniente mantenere il giudizio di cassazione per due motivi di natura diversa, sebbene convergenti e molto legati tra loro.

Il primo motivo è una considerazione di tipo prudenziale, di politica legislativa. La Cassazione civile possiede una lunga tradizione in Spagna e, pertanto, la scelta di sostituirla con una nuova istituzione processuale dovrebbe fondarsi su forti ragioni: per esempio, un indiscutibile fallimento della cassazione e una previsione di successo, ben fondata, dell'istituzione che la sostituirebbe, l'esistenza di una istituzione analoga già sperimentata altrove ovvero il frutto di una genuina invenzione. Contemporaneamente dovrebbero darsi certe condizioni umane nei "prelegislatori" e legislatori che garantiscano un certo successo, sostanziale e formale, al loro compito di innovatori.

Ebbene: da un lato, mancano assolutamente queste condizioni nei nostri legislatori e, dall'altro, anche se l'esperienza spagnola della Cassazione non è stata esente, nell'ultimo mezzo secolo, da riforme sfortunate, che ho illustrato nel mio scritto appena menzionato, non è mai esistita una corrente di opinione significativa che affermasse o suggerisse il radicale fallimento della Cassazione. Lo-

² Si veda il mio articolo *L'esperienza spagnola della cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 107-125.

gicamente, non si è neppure mai proposto di assegnare al vertice della nostra giustizia civile funzioni diverse da quelle cassazionali.

La prudenza³ non consiglia di sopprimere la Cassazione in Spagna. Di conseguenza è opportuno che la sezione civile del Tribunale Supremo continui a svolgere la funzione propria di una corte

³ La diretta conoscenza e le intense esperienze personali mi obbligano di nuovo a sottolineare il bisogno di una cautela estrema quando si pongono in essere delle riforme e di seguire il cammino della serietà, della razionalità e della prudenza: tanto della *prudencia iuris* come della prudenza legislativa.

Sono oltremodo dispiaciuto che, oggi più che mai, la mia opinione sul legislatore spagnolo attuale sia negativa a tutti i livelli. L'ho esposto recentemente in altri lavori, come per esempio «Il nuovo Codice di procedura civile spagnolo (Ley 1/2000), a dieci anni dalla sua approvazione» (lezione svolta presso l'Università degli Studi di Firenze, Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, venerdì 23 aprile 2010), pubblicata nella *Rivista di diritto civile*, 2011, 437-455. Inoltre, tratto la situazione per nulla incoraggiante delle riforme legislative in Spagna nel mio lavoro intitolato *Sobre la calidad de la Justicia en España*, in *International Journal of Procedural Law*, 2011, 19-49.

Per quanto riguarda la situazione attuale in Spagna in relazione alle possibili innovazioni legislative, mi prendo la libertà di riscrivere qui ciò che, solo quattro anni fa, avevo affermato con la massima decisione di cui ero capace: «Negli ultimi 40 anni – dicevo – ho riflettuto e scritto molto sulle numerose riforme del sistema processuale, ma anche su quel fenomeno noioso e antipatico, che (...) è l'incessante predica di quell'inutile luogo comune conosciuto come “la riforma della Giustizia”, “la riforma del processo penale”, “la riforma del processo civile”, sempre con l'immane articolo determinativo, sempre con l'enfasi sulla totalità e con un'aria di grandezza, sempre disprezzando i piccoli miglioramenti possibili. Ho visto e subito molte, innumerevoli riforme che avrebbero dovuto essere “la riforma”, ma che alla fine avevano solo fatto qualche ritocco ed avevano messo qualche pezza qua e là, spesso *reformationes in peius* quindi non miglioramenti, bensì peggioramenti». Ed aggiungevo che: «non mi sorprende che nell'opera di Juan Rico y Amat intitolata “Dizionario dei politici o del senso reale delle voci e delle frasi più usate dai politici”, pubblicato a Madrid nel 1885, la parola “riforma” sia definita così: ‘Riforma: *bandiera di ogni colpo di Stato, fantasmagoria per distrarre e abbindolare i popoli, annuncio di una situazione difficile, cantilena della pubblica amministrazione, il nostro pane quotidiano, recitato da ogni nuovo ministero*’. Ripeto lo sfogo passato che ho appena trascritto e che si basa sulle ultime iniziative di riforma. Si è anche detto che: «Quando non si sa come risolvere un problema, si promuove una riforma legale». Dimenticando Socrate, Platone e Aristotele, non poche persone pensano (o agiscono come se lo pensassero) che si può ottenere la felicità di tutti gli uomini e le nazioni semplicemente grazie a nuove leggi. Grave, gravissimo errore. Povera società, povera nazione quella in cui i dirigenti soffrono d'incontinenza legislativa, in cui le leggi vengono approvate non per essere rispettate, bensì per essere riformate! Povero il paese il cui si approvano nuove leggi per segnare un punto in politica dove, quando non si possono inaugurare porti o autostrade, si inaugurano nuove leggi che a volte, troppe volte sono leggi affrettate e quindi dannose ed inefficaci! Sulla serietà delle leggi ed il rispetto del legislatore verso il concetto di legge vedi il mio vecchio intervento *Respetar la Ley*, in *Revista de derecho procesal iberoamericana*, I, 1974.

di cassazione e tratti cause civili già esaminate in due precedenti gradi di giudizio, secondo l'impostazione tradizionale del nostro modello processuale ed in totale coerenza con l'assetto consolidato dell'ordinamento giudiziario.

Questo punto di partenza non implica un modello determinato di secondo grado di giudizio e neanche che, come è stato finora, il secondo grado debba svolgersi sempre prima del giudizio di cassazione senza eccezioni (o con pochissime eccezioni). Tuttavia esige, a mio avviso, di tenere in considerazione che il modello di Cassazione civile è il modello del tetto del sistema processuale civile e il modello del *tetto* deve tenere in considerazione la struttura di ciò che sta *sotto il tetto*. Per questo dedicherò alcuni momenti all'edificio della giustizia civile in Spagna.

2. Se in una nazione la giustizia civile si è impartita nel tempo tramite due gradi di giudizio di merito, questi ultimi potranno essere riformati e, in concreto, si potrà migliorare la seconda istanza (come, appunto, è stato fatto in Spagna, con la legge 1/2000 sul processo civile a cui ci riferiremo d'ora in avanti come LEC⁴). Il passo da due ad un unico grado di giudizio di merito è invece un passo di dimensioni e importanza ancora più grandi rispetto a quello di una nuova Cassazione e sarebbe insensato compierlo alla leggera, senza soffermarsi a riflettere a lungo sulla tradizione giuridica del paese, sull'atteggiamento delle parti in causa e degli avvocati, sull'esistenza molto risalente dei giudici di seconda istanza e su altri fattori.

Fatta questa riflessione, per parte mia, continuo a supporre che ciò che conviene al vertice della giustizia civile spagnola, è, di regola, una funzione cassazionale successiva ad una tutela giurisdizionale strutturata su due gradi di merito.

3. A questo punto mi sembra opportuno fare delle brevi considerazioni riguardo alla seconda istanza. È vero che l'immediatezza, intesa come diretto contatto del giudice che pronuncia una sentenza con gli strumenti probatori, si verifica pienamente solo in prima istanza. Tuttavia ciò non suppone che non sia possibile ed accettabile una certa revisione delle *quaestiones facti*, in modo che la seconda istanza debba limitarsi a rettificare il giudizio di diritto e, pertanto, si tratti di una sorta di piccola cassazione anticipata⁵.

⁴ LEC è la sigla derivante dal nome originale della legge in spagnolo: *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

⁵ La revisione nel giudizio d'appello dei processi può e deve essere limitata. Ciononostante, deve permettere di correggere alcuni gravi errori di questi processi.

Che una seconda istanza sia utile e sia compatibile con le esigenze dell'oralità, immediatezza e pubblicità, nell'assunzione e nella valutazione di molte prove, credo di averlo dimostrato sufficientemente in altra sede e non mi è possibile tornare ora sulla questione.

Permettetemi di insistere su una delle mie più forti convinzioni riguardo alla Cassazione: l'effettività della giustizia si misura nei diversi gradi di giudizio e, in maniera particolare, in quello di prima istanza. Sebbene, in teoria, la funzione del vertice della giustizia civile possa delinarsi indipendentemente dal fatto che, prima di ar-

In questo modo, il tribunale d'appello può, esaminandole direttamente, valutare diversamente le prove documentali (bisogna ricordare la classica distinzione tra interpretazione e valutazione della prova) e gli è ugualmente permesso ascoltare e vedere registrazioni di suoni ed immagini come quelle ascoltate e viste dal tribunale del giudizio di primo grado, oppure esaminare il contenuto di dati già esaminati nel giudizio di primo grado. Le opinioni scritte dei consulenti prese in considerazione nel giudizio di primo grado possono essere esaminate e valutate nel processo d'appello. Tuttavia non sarà esattamente uguale esaminare le registrazioni dei testimoni e delle parti, oltre agli eventuali interventi orali dei consulenti, per completare e giustificare le loro opinioni che, spesso, non sono conformi o addirittura sono opposte. Questa mia opinione è tale nonostante il grande entusiasmo per l'utilizzo, ad esempio, delle videoconferenze nel processo. Penso che questi strumenti molto spesso (direi sempre) non abbiano lo stesso impatto della presenza fisica e la mia riflessione è applicabile *a fortiori* alle registrazioni delle dichiarazioni delle parti, dei testimoni o dei consulenti. Infatti, a differenza delle videoconferenze, in questo caso non è neppure possibile fare domande per chiarificare eventuali dubbi.

D'altro canto, il giudice d'appello può rilevare la carenza delle prove sulle quali si fonda il giudizio di fatto contenuto nella sentenza di primo grado, senza con ciò ledere i principi della pubblicità dell'udienza, dell'immediatezza e del contraddittorio. Inoltre è assolutamente possibile distinguere una violazione delle norme sull'onere della prova, così come gli eventuali precetti che assegnano uno specifico valore probatorio a certi mezzi o fonti di prova. Per queste possibili operazioni il giudice d'appello non deve mutare, senza averla assunta direttamente, la valutazione della prova formatasi, secondo il principio dell'immediatezza, nel processo di primo grado. In ogni caso, la revisione del giudizio in diritto reso in primo grado è di per sé un'attività sufficiente per conferire un grande rilievo al processo d'appello.

A tutto ciò che si è detto fino ad ora bisogna aggiungere che la LEC – che sancisce le funzioni ed i limiti del giudizio d'appello e stabilisce precetti conformi con questa normazione ed ha posto rimedio ad una deplorabile confusione nella disciplina del processo d'appello causata dalla vecchia legge del 1881 – ha assegnato espressamente e chiaramente al processo d'appello la funzione primaria di controllo dell'osservanza delle norme processuali. In questo modo l'appello, che è un giudizio di secondo grado, diviene innanzi tutto uno strumento per denunciare la violazione delle norme o delle garanzie processuali avvenute nel processo di primo grado (articolo 459 della LEC) e, nel caso queste ultime siano ravvisate, il giudice di secondo grado può porvi rimedio (articolo 465 della LEC). Credo che sia rilevante menzionare qui questa funzione del processo d'appello, vista la sua importanza per un'ulteriore proposta nell'ambito di una nuova Cassazione.

rivare a questo vertice, le dispute passino solo per un'istanza o, al contrario, siano già state istruite e risolte in due successivi gradi, tale delineaazione teorica peccherebbe di scarsa saggezza e prudenza legislativa.

Non ci si aspetta infatti dal legislatore che agisca come seguace di questa o quella teoria o di questa o quella moda e, di conseguenza, che detti norme conformi al "modello" che, tra tutti quelli conosciuti, sia più conforme alla sua teoria preferita o di suo gusto⁶. Affrontando un nuovo modello processuale civile, il legislatore ha la possibilità (o addirittura si potrebbe affermare che ha il dovere) di decidere con prudenza. Se il vecchio modello presentava due istanze, e in alcuni casi, la cassazione, il legislatore può optare per un nuovo modello, in quanto consentire o meno l'accesso ad un secondo grado di giudizio rientra nell'ambito della sua discrezionalità ed ancor più discrezionale è la scelta di consentire il riesame in sede di cassazione. Tuttavia, è opportuno non trascurare la tradizione, il senso della storia e le elaborazioni dottrinali⁷, dal mo-

⁶ Nonostante appaia molto democratica nella forma, una decisione legislativa come questa potrebbe sembrare veramente dispotica o arbitraria se fosse basata su una preferenza svincolata da una analisi razionale della realtà sociale e giuridica del paese in questione. Questa analisi ci porta necessariamente, a mio avviso, a creare delle leggi che possano migliorare la realtà in un modo effettivo. Le leggi che possono essere rispettate *immediatamente* da tutti le parti realmente in causa, non da parte di ipotetici e ideali giudici, magistrati, avvocati e cancellieri (del futuro). Leggi, quelle processuali, che implicano, tanto per il singolo cittadino quanto per l'insieme dei cittadini, una migliore tutela giurisdizionale dei loro diritti e interessi legittimi. Da questo punto di partenza, così semplice nella sua razionalità quanto inoppugnabile, il ruolo del Tribunale Supremo deve essere stabilito senza tralasciare ciò che corrisponde legalmente agli altri tribunali inferiori e alle funzioni che questi realizzano. Nel nostro caso, riaffermiamo la nostra idea del Tribunale Supremo come vertice del sistema giudiziale di cassazione, con il presupposto, che crediamo di aver sufficientemente giustificato, di mantenere, come regola, un sistema processuale con due gradi di giudizio, con l'entrata in scena del Tribunale Supremo.

⁷ Mentre scrivo questa relazione, è stato presentato in Spagna un disegno di legge, la «Legge sui provvedimenti per semplificare il sistema giudiziale» (Ley de Medidas de Agilización Procesal, per maggiori informazioni: <http://contencioso.es/files/2011/01/Anteproyecto-Agilizacion.pdf>). Nonostante l'opposizione degli avvocati, del sindacato dei lavoratori dell'amministrazione della giustizia e della grande maggioranza dei professori di diritto processuale, il Governo sembra deciso a far approvare il disegno di legge, che eliminerebbe il processo d'appello nei confronti delle sentenze emesse nei *juicios verbales*, il cui valore non supera i 6000 euro e dei provvedimenti privi dell'efficacia di giudicato (resi nei processi c.d. somari). Si tratterebbe di una notevole diminuzione dei processi d'appello, anche se non si arriverebbe ad un processo civile composto solo dal giudizio di primo grado. Non ci sono molte probabilità che il decreto legge possa essere approvato

mento che la prudenza del legislatore opera in varie direzioni e deve fare riferimento alle elaborazioni dottrinali di cui si impregna l'analisi razionale dei problemi ma, allo stesso tempo, rapportarle con un senso storico che si basi non solo sull'analisi del passato, ma anche del presente e del futuro prevedibile. In questo modo, il legislatore avrà a disposizione tutti gli elementi necessari per intervenire sul presente.

In Spagna, prudenza vuole che si mantengano le linee fondamentali del modello di doppia istanza e si ridisegni invece a fondo il giudizio di cassazione.

4. Circa l'opzione di ridisegnare il giudizio di cassazione, ho tenuto in considerazione questi due punti: 1°) la natura della cassazione⁸; 2°) la classica polemica dello *ius constitutionis*, o interesse generale, contrapposto allo *ius ligatoris*, o interesse individuale dei litiganti.

In quanto al primo punto, è impossibile e non è necessario soffermarvisi ora. Sarà sufficiente dire che siamo arrivati a questo mil-

prima delle elezioni politiche del 2012, nonostante il fortissimo appoggio di influenti settori del Tribunale Supremo e del Consiglio Superiore della Magistratura.

⁸ Manca d'originalità, sebbene sia generalmente accettata, l'idea che storicamente nella Cassazione prevalga decisamente un interesse politico e, quindi, un interesse pubblico o generale. Lasciando da parte i controversi sforzi di collegare la Cassazione con istituti giuridici di vecchia data, valorizzando la *demande en cassation* che già esisteva in Francia nel *Conseil des parties*, la vera Cassazione è nata in Francia nel 1790 con l'ingenua convinzione rivoluzionaria della pienezza della legge positiva e con il proposito risoluto di evitare che i giudici potessero inventare, modificare o non applicare le leggi. Perciò essa originariamente era uno strumento politico, non giurisdizionale, di certi dogmi politici, tra i quali spiccava, oltre alla pienezza e alla perfezione della legge, anche il ruolo legislativo esclusivo dell'Assemblea Nazionale come incarnazione della sovranità popolare. Su quest'origine non dovrebbe esserci nessuna discussione, poiché si basa su fatti storici che considero assolutamente incontestabili. Non dovrebbe neanche essere messo in discussione, dato che si tratta ugualmente di dati storici verificabili, il fatto che nella stessa Francia il rivoluzionario Tribunale di cassazione tardò poco a fallire nel proprio compito, con la sua funzione e giurisdizione puramente negativa dovuta al timore che i magistrati andassero oltre il loro ruolo di *bouche de la loi*. Subito quindi si gettarono le basi della Cassazione che ha come scopo la correzione degli errori di diritto e la creazione di interpretazioni specialmente persuasive del contenuto e del senso delle norme. In poco tempo si passa dal proibire ai giudici di allontanarsi anche poco dal testo letterale della legge a proibirgli di astenersi dal pronunciare un verdetto *so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley* (reato presente nell'articolo 448 del codice penale spagnolo, che ha ripreso la formula dall'antico articolo 6 del *Título Preliminar* del codice civile, prima della sua riforma nel 1974).

lennio con un'istituzione, che denominiamo Cassazione in molti paesi (*Revision*, in Germania), che presenta certi tratti definitivi comuni: 1°) non costituisce una terza (o una seconda) istanza; 2°) si configura processualmente come un ricorso straordinario, cioè fondato su motivi tassativamente stabiliti dalla legge e non su una qualsiasi infrazione o errore; 3°) è affidata generalmente alla Corte o Tribunale Supremo; 4°) è finalizzata alla revisione e correzione, per i profili di diritto, dei provvedimenti resi dai tribunali inferiori; 5°) costituisce, tramite le sue sentenze, una fonte giurisprudenziale di particolare autorevolezza.

Per quanto riguarda la maggiore o minore influenza dello *ius constitutionis*, personalmente non ho alcun dubbio sul fatto che un istituto denominato "ricorso" – la cui efficacia concreta dipende, dati i presupposti e i requisiti legali, dalla volontà di una parte di proporre il gravame – si fondi sullo *ius litigatoris*. Comunque, ritengo altrettanto indubbio che, sin dalla sua origine, nella Cassazione sia presente con notevole rilevanza un interesse pubblico o generale, inizialmente unico e, in seguito, coesistente con lo *ius litigatoris*. Ebbene, a mio avviso deve prevalere in modo decisivo l'interesse pubblico nella funzione della Corte o Tribunale Supremo. E questo interesse pubblico non è altro che l'esistenza di una dottrina applicativa uniforme delle fonti del diritto⁹ affermata da un solo organo dotato di una speciale autorità. A questo *ius constitutionis*, o interesse pubblico o generale, deve subordinarsi chiaramente lo *ius litigatoris*, fino al limite per cui quest'ultimo risulti secondario.

5. Do per scontato che l'auspicio di una riforma del giudizio di cassazione si fondi sul mancato o insoddisfacente funzionamento di quello attuale. Se si vuole – e sarebbe la cosa meno difficile – continuare a fare affidamento su di un organo cassazionale preesistente, come la sezione civile del Tribunale Supremo spagnolo, con pochi magistrati, e se oggi questi pochi devono affrontare un carico ec-

⁹ Sulla giurisprudenza quale fonte del diritto, si veda l'articolo 1.6 del codice civile spagnolo, contenuto nel suo titolo preliminare e considerato dalla *communis opinio* come una legge quasi costituzionale: «La giurisprudenza completa l'ordinamento giuridico con il proprio insegnamento che, in modo reiterato, è stabilita dal Tribunale Supremo quando interpreta e applica la legge, la consuetudine ed i principi generali del diritto». Bisogna evidenziare che nel comma 1 dell'articolo 1 si definiscono fonti del diritto la legge, la consuetudine ed i principi generali del diritto. Pertanto in Spagna non si considera l'insegnamento della giurisprudenza come fonte autonoma del diritto, nonostante ne sia riconosciuto l'importante ruolo complementare dell'interpretazione giurisprudenziale.

cessivo di lavoro, per cui diventa molto lungo il percorso dalla pretesa di tutela giurisdizionale fino alla risposta ultima con la sentenza di Cassazione, ci sono pochi dubbi sulla necessità di diminuire drasticamente il carico di lavoro del Tribunale Supremo.

Si dirà che il risultato di una significativa diminuzione del carico di lavoro del Tribunale Supremo sarà una cassazione ed un Tribunale Supremo con meno funzioni, privata di alcune tra quelle attualmente esistenti, estremamente interessanti ed importanti di per sé stesse. Certamente sarebbe così. Tuttavia, riformare la cassazione come compito del Tribunale Supremo e lasciarla con le stesse o simili funzioni attuali sarebbe incompatibile con l'esigenza che l'opera di cassazione sia veramente compiuta con la qualità e nei tempi auspicabili e per il fine di interesse generale già menzionato. O una cassazione ampia, inutile e persino dannosa, o una cassazione di ambito molto ridotto. *Tertium non datur*.

6. Dedichiamo qualche parola alla questione della lunghezza e durata dell'intero percorso giurisdizionale delle controversie civili.

Il *tempo* delle nostre vite in questo secolo XXI dista molto dal ritmo vitale sottostante le leggi del secolo XIX e anche dell'inizio del XX, che era un ritmo notevolmente più lento. Questa realtà deve riflettersi sulla giustizia.

Inoltre oggi non accedono alla giustizia solamente alcuni, per lo più persone altolocate e benestanti. Ora ci sono più cause, non solo perché ci sono più persone fisiche e giuridiche o perché nella società si sta manifestando un'epidemia di insensata litigiosità. Si instaurano più cause soprattutto perché è molto superiore il numero di relazioni e situazioni giuridiche e perché c'è una cultura del ricorso alla giustizia distinta e migliore di quella esistente in epoche passate¹⁰. Stando così le cose, l'intero modello di giustizia civile, al-

¹⁰ Sotto questo profilo, a mio avviso, vi è differenza tra il modo in cui si vedono i problemi della giustizia in Spagna e negli altri paesi. In Spagna siamo principalmente interessati (sebbene sia differente il risultato di questo interesse) alla giustizia in relazione ai problemi quotidiani delle persone fisiche e giuridiche. Negli altri paesi, considerati i temi più frequentemente trattati dagli esperti di diritto processuale, si può affermare che l'interesse da un lato si è focalizzato sulle istituzioni che rappresentano una alternativa alla giustizia dello Stato (metodi alternativi di risoluzione delle controversie, arbitrato), come se la giustizia non avesse nulla da offrire; e dall'altro lato l'interesse si è focalizzato sui problemi speciali che riguardano le liti di particolare importanza che, di solito, coinvolgono grandi aziende o grandi gruppi industriali come attori o come convenuti. Evito in ogni caso di emettere qualsiasi giudizio, giacché i dati sulle cause del fenomeno che osservo, e che è stato studiato da altri colleghi per coincidenza, non sono completi.

l'interno del quale risulta imprescindibile situare il modello di cassazione, deve fornire un orizzonte temporale di risposta effettiva alle richieste di tutela giurisdizionale molto più breve di quello del secolo XIX e delle sette prime decadi del secolo XX.

Ciò porta a due conclusioni, che presenterò provvisoriamente: la prima che, come ho già detto, il giudizio di cassazione non può essere concepito a prescindere da un preciso progetto di giudizio di prima e seconda istanza. Si deve pensare ad un giudizio di cassazione, se mi permettete l'immagine, non che si collochi al vertice per guardarsi *intorno*, ai confini del vertice stesso, bensì per guardare anche – e direi prima e soprattutto – *verso il basso*. Di conseguenza, suggerirò che certi problemi o questioni devono essere risolti (ben risolti) nelle istanze precedenti, in modo che non sorga l'esigenza di accedere alla cassazione.

La seconda conclusione è questa: non è più ragionevole, ai nostri tempi, che il sistema di tutela giurisdizionale civile dei diritti, pensato per soddisfare il bisogno di tutela effettiva dei soggetti giuridici, un bisogno di massa, comprenda in tutti o in molti casi tre gradi distinti di giudizio o revisione giurisdizionale. Per cui si può dedurre, di conseguenza, che non si deve temere l'introduzione di una Cassazione notevolmente limitata nelle sue funzioni e nel suo ambito applicativo o, in altri termini, una Cassazione *eccezionale*. Ciò che è da temere è il contrario¹¹.

¹¹ Se il giudizio di primo grado si realizza in modo che vi siano risultati soddisfacenti, si raggiunge quello che dovrebbe essere il primo e principale obiettivo di una riforma del processo civile. Quando l'appello ed il conseguente processo di secondo grado sono strutturati in modo adeguato, non solo ne traggono grande beneficio le parti, bensì si apre un rapido cammino per la creazione di una nuova cassazione, con compiti importanti ma gradualmente ridotti che possono essere affrontati ed eseguiti con un organico limitato. Sarebbe un errore estremamente grave, ci tengo a sottolinearlo, considerare la cassazione come *il* momento chiave, o anche *un* momento chiave per impartire giustizia alla maggioranza dei soggetti giuridici. Non può né deve esserlo. Sarebbe veramente negativo se, per i difetti del giudizio in primo grado e del processo d'appello, la principale speranza per i contendenti in un paese fosse riposta nella cassazione. Le parti devono sapere (in realtà credo che in Spagna aumenti la consapevolezza e di conseguenza la mentalità e l'attitudine) che la cassazione non è, né in teoria né in pratica, un terzo grado di giudizio, un grado in più di revisione giudiziale, sicuramente speciale, ma in fin dei conti un ultimo tragitto abituale o comunque frequente per tutelare diritti e interessi legittimi. Devono sapere che ci sono due gradi di giudizio e che solo in casi molto speciali, che difficilmente saranno quelli in cui concretamente si trovano le parti, potranno ricorrere in cassazione. Devono sapere che il giudizio di cassazione non è al servizio principale e *diretto* dei loro interessi.

7. Il legislatore è libero, all'interno del suo potere di dettare prudenti norme positive che configurino le istituzioni giuridiche, di condizionare – come abbiamo già detto – la proponibilità del ricorso per cassazione alla presenza di un forte interesse generale, attribuendo a quest'ultimo (il classico *ius constitutionis*) una completa prevalenza sullo *ius litigatoris*, subordinato ed accessorio. Una nuova cassazione condizionata ad un innegabile interesse generale non smetterà di essere cassazione ogni qualvolta che: 1) ci troviamo di fronte ad un ricorso straordinario (non di fronte ad una terza istanza); 2) il ricorso venga affidato alla Corte Suprema o al Tribunale Supremo; 3) la funzione del ricorso sia riesaminare ed eventualmente correggere giudizi in diritto di corti inferiori e 4) si pretenda di stabilire, quando ce ne sia più bisogno, una interpretazione giuridica uniforme di speciale autorevolezza.

Riprendiamo l'idea di base: se si pensa ad una cassazione civile nuova è perché si pensa che possa risultare notevolmente migliore di quella che già esiste. Più concretamente, perché si vogliono eliminare i più grandi problemi ed i peggiori risultati.

Spesso uno dei più grandi problemi del giudizio di cassazione esistente è che la qualità delle sentenze o delle risoluzioni della Corte che chiudono il procedimento non è quella ottimale, bensì una qualità addirittura inferiore a quella di molte sentenze di prima e seconda istanza. L'ingente mole del lavoro cassazionale può essere la *causa* di questa bassa qualità; talvolta però è, piuttosto, una deplorabile scusa. L'una cosa e l'altra sono tuttavia identiche nell'ottica della riforma processuale, perché sarà necessario eliminare tanto la *causa* quanto la scusante¹². È quindi necessario alleggerire l'*onus laboris* del Tribunale Supremo.

¹² Mi permetto qui di proporre di nuovo ai lettori due «quasi assiomi» (dico quasi perché non sono assolutamente inesorabili), frutto di una lunga esperienza propria e altrui. Sono delle caricature ma, come tutte le buone caricature, corrispondono alla realtà.

Primo «quasi assioma»: maggiore è la protezione che teoricamente offre una legge poco prudente, minore sarà la protezione che sarà realmente data. Applichiamo il concetto alle tematiche che stiamo trattando: maggiore è la generosità di una legge che regoli il giudizio di cassazione in modo poco avveduto, per quello che riguarda le sentenze ricorribili ed i motivi o le «causali» del ricorso, minore sarà la protezione effettiva del ricorrente. Il giudizio di ammissibilità, con la relativa, discutibile, giurisprudenza, con le sue decisioni sommarie che sono deludenti sotto ogni punto di vista, restringe nella realtà ciò che in teoria sarebbe molto ampio.

Secondo «quasi assioma»: più è grande la mole di lavoro di un tribunale, meno lavora. La quantità di lavoro tende non a stimolare l'impegno dell'ufficio, bensì a fomentare la sua pigrizia, che il tribunale crede giustificata grazie alla grande mole di lavoro.

7.1. Progettando una nuova cassazione in cui il numero dei ricorsi da decidere sia molto inferiore a quello attuale, dovremmo evitare completamente che la Corte riesamini ed eventualmente cambi il giudizio sui fatti raggiunto nei precedenti gradi di giudizio.

Elimineremo, anzitutto, una revisione dei fatti in sede di cassazione, non tanto perché questo compito sia poco adatto ad una cassazione classica, bensì perché dobbiamo aver ottenuto, già in prima istanza, un buon *accertamento dei fatti* (*Tatsachenfeststellung*), con un'accurata applicazione di alcune buone regole sull'onere della prova circa i fatti rilevanti la cui esistenza permane incerta¹³. E, in ogni caso, la prospettiva dello *ius constitutionis* come principale e quella dello *ius litigatoris*, già stabilita come chiaramente secondaria, impediscono di gravare il tribunale cassazionale con la funzione di revisione del giudizio di fatto.

7.2. Tuttavia, è necessario ridurre ulteriormente l'*onus laboris*. E, in questo senso, si deve pensare, immediatamente, al ruolo dell'organo al vertice della giurisdizione civile per quanto concerne le infrazioni di norme processuali. Dal momento che in Spagna è esistito per lunghe decadi un ricorso per cassazione denominato "per violazione della forma", per la revisione e correzione di eventuali difetti o errori *in procedendo* e nello stesso modo si potevano (ancora si possono) riformare in cassazione le pretese violazioni *in iudicando* di norme processuali, cioè infrazioni *commesse nella stessa sentenza* (per es.: mancanza di esaustività o di congruenza della motivazione ecc.), sono fortemente consapevole delle difficoltà di pensare, semplicemente pensare, di eliminare dall'ambito del giudizio di cassazione le infrazioni processuali, andando contro ciò che è stato concesso per un periodo di tempo così lungo.

In Spagna, il bisogno di ridurre il lavoro cassazionale del Tribunale Supremo tramite l'esclusione del giudizio sulla violazione di norme processuali si può sostenere poiché il Tribunale costituzio-

¹³ È il processo di primo grado il momento in cui bisogna riuscire a far sì che siano ammesse solo le prove utili e rilevanti (che siano ammesse queste e non quelle irrilevanti), che si compia una buona valutazione delle prove, secondo i principi del contraddittorio e di immediatezza, e che si realizzi un giudizio accettabile alla luce dei parametri legali in certi casi, che sia conforme ad una sana critica nella maggioranza dei casi. Dopo i primi due gradi di giudizio, è poco ragionevole pensare che il Tribunale di cassazione, senza poter operare una valutazione immediata delle prove ed in un momento più lontano nel tempo, raggiungerà un giudizio più preciso sui fatti.

nale è l'ultimo giudice in questa materia¹⁴. Tuttavia, anche senza questo elemento concreto, escludere gli *errores in procedendo* dall'ambito della cassazione è qualcosa che vale la pena prendere davvero in seria considerazione. Due istanze, con i loro rimedi interni, possono facilmente e, anzi, devono bastare alla regolarità processuale dei processi.

Dal momento che non si può servire l'interesse generale con una cassazione ampia, nella ponderazione tra l'interesse generale a che si formi una interpretazione giurisprudenziale autorevole delle norme processuali e quello a che si formi questa stessa interpretazione per le norme sostanziali, propendo decisamente per considerare quest'ultima più importante. Se al risultato di questa ponderazione si aggiunge il dato dell'accesso al Tribunale costituzionale dei più rilevanti problemi processuali, si rinforza il fondamento dell'esclusione delle presunte infrazioni processuali dalla cognizione del Tribunale Supremo, in quanto organo cassazionale¹⁵.

¹⁴ Per comprendere il singolare ruolo che in Spagna il Tribunale costituzionale svolge rispetto alle decisioni ed alle omissioni della giustizia ordinaria e, più concretamente, la relata circa la costituzionalizzazione d'innomerevoli questioni processali in ragione dei vari precetti (specialmente l'articolo 24) dell'attuale costituzione spagnola, cfr. il mio lavoro *La relation entre le tribunal constitutionnel et le systeme judiciaire ordinaire espagnol*, relazione presentata il 3 ottobre 2008 presso l'*Institut André Tunc* e pubblicata nel sito della *Société de Législation Comparée, Section Droit processuel* (<http://www.dike.fr/spip.php?rubrique90>) e nella rivista *Derecho y Proceso. Rev. Electrónica del Dpto. de Derecho Procesal de la Universidad Complutense*, (<http://www.ucm.es/info/procesal/revista.htm>). Per un'analisi più ampia e completa si può consultare la mia pubblicazione *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos* (realizzata con Ignacio Díez-Picazo Giménez), Madrid, 1996, 218. Essa include un prologo (pagg. XI-XIV) ed il mio saggio intitolato *Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión* (pagg. 1-66). Una recente riforma rende più difficile le richieste di tutela al Tribunale costituzionale per violazione dei diritti e delle garanzie processuali. Tuttavia, il ruolo del Tribunale costituzionale nell'ambito processuale non è stato modificato. Ho analizzato questa riforma nel saggio *La perversion jurídica del amparo constitucional en España*, pubblicato in *Justicia y Derecho Tributario. Libro homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez*, Madrid, 2008, 377-411. In quest'opera esprimo i miei dubbi sul fatto che le nuove disposizioni che limitano l'ammissibilità della tutela costituzionale possano essere applicate *ad pedem litterae* se si vogliono rispettare le norme costituzionali dirette.

¹⁵ Può sembrare strano che un'affermazione di questo tipo sulle norme venga da un professore di diritto processuale, dato che può sembrare una forma di disprezzo o di scarsa considerazione per il tema. Credo invece che dimostri proprio il contrario: come esperto in materia, *in primis* devo riconoscere l'essenziale strumentalità del diritto processuale. È coerente con questa strumentalità aver cura che

In questo modo, quindi, ribadisco il criterio di riservare il giudizio civile di cassazione alla revisione dell'applicazione delle norme sostanziali, quelle che, come stabilisce l'art. 477, comma 1 LEC, "sono applicabili per risolvere le questioni che sono oggetto del processo" per decidere nel merito la causa civile.

La violazione di norme sostanziali dovrebbe essere, a mio avviso, il motivo unico del ricorso per cassazione. Comunque, anche se si abbandonasse il criterio della *summa gravaminis* per le ragioni che ora diremo, la cassazione sarebbe ancora eccessivamente ampia, aperta ad un elevatissimo numero di casi, per cui, da un lato, il Tribunale Supremo dovrebbe affrontare una mole di lavoro che gli impedirebbe di dettare sentenze di grande qualità e compiere la sua funzione di interesse generale, e d'altro canto, non abbrevieremmo, come è auspicabile, il "percorso giurisdizionale" delle liti. Di questo complesso problema ci occupiamo nel paragrafo successivo.

7.3. Affinché il giudizio di cassazione possa tutelare prevalentemente lo *ius constitutionis* è necessario subordinare e condizionare la proponibilità dei ricorsi alla presenza di un interesse che trascende quello dei litiganti. In base alla mia proposta dovrebbe quindi essere sempre verificata l'esistenza di ciò che in Spagna abbiamo chiamato "interesse cassazionale", ovvero un interesse generale o pubblico. L'interesse cassazionale rappresenta un requisito di ammissibilità del ricorso, un filtro per l'accesso alla cassazione.

Una volta evidenziata, come giustificazione istituzionale della cassazione, la necessità che si formi un orientamento giurispruden-

non si commettano errori nel rito seguito per realizzare la giustizia del caso concreto, ma la stessa coerenza ci obbliga a far in modo che lo strumentale non prevalga sul sostanziale, vale a dire che il processuale non diventi, all'interno dello stesso processo, un elemento che intralcia la decisione e nuoce all'efficacia di quest'ultima. Noi professionisti del diritto processuale, se ci comportassimo come «specialisti» ad oltranza, saremmo, come tutti gli specialisti estremi, un gruppo pericoloso, perché anche se la specializzazione è necessaria, è facile che ci porti ad un punto che la rende riduttiva ed impoverente. Lo disse già Pio Baroja: «La specializzazione causa miopia spirituale». Gli specialisti del diritto processuale, come gli altri specialisti, non devono essere né tanto meno agire come una corporazione espansionista in lotta con altri e con mire di conquista di territori, perdendo di vista e non avendo nessun tipo di sensibilità verso l'unità essenziale del diritto. Dobbiamo conoscere il diritto processuale e metterlo al servizio di tutto l'ordinamento giuridico. Dobbiamo avere solide conoscenze del diritto sostanziale o, almeno, una formazione giuridica di base che ci permetta di acquisire o «rinfrescare» queste nozioni ogni volta che ci servono, per creare un nuovo diritto processuale atto a garantire l'effettività di qualche branca concreta del diritto sostanziale o per analizzare le esigenze di riforma del diritto processuale già esistente.

ziale dotato di speciale autorità e, se possibile, uniforme, che integri l'ordinamento giuridico, nel senso di offrire criteri per l'applicazione delle norme di diritto sostanziale, ritengo si debba rifiutare in quanto criterio erroneo per l'accesso al giudizio di cassazione quello dell'interesse economico (vale a dire monetario) dei casi.

Non si tratta solamente del fatto che il criterio dell'interesse economico determina ingiuste disparità di trattamento. Accade infatti che, in aggiunta, con questo criterio possano esserci materie di interesse su cui, per l'abituale scarsa rilevanza economica delle questioni controverse, non interverranno mai sentenze del Tribunale Supremo e non esisterà mai, pertanto, l'auspicabile e necessaria dottrina giurisprudenziale. L'ambito materiale di questa dottrina non deve presentare eccezioni che, invece, si produrrebbero se ci lasciassimo guidare dal criterio della *summa gravaminis*. Per giunta il criterio della rilevanza economica spingerebbe, molte volte, a trascurare quello istituzionale dell'interesse generale, perché lascerebbe chiusa la porta a ricorsi per cassazione assolutamente giustificati dalla necessità di formare una giurisprudenza autorevole.

Di conseguenza, non si deve prendere in considerazione l'interesse economico né per dichiarare ricorribili per cassazione le sentenze rese in seconda istanza, come si fa ora in Spagna (art. 447.2, 2° LEC), né per individuare cosa conferisca interesse cassazionale ad un ricorso. Sostengo questo precisamente quando in Spagna si propone l'approvazione di una legge, erroneamente chiamata di "semplificazione processuale" (che non semplifica nulla), che eleverebbe la *summa gravaminis* per poter ricorrere alla cassazione civile, da centocinquantamila euro a ottocentomila euro. Mi sono opposto pubblicamente a questo cambiamento.

8. Scartato il valore economico della pretesa come fattore determinante, dobbiamo trovare un criterio accettabile. Come ho già più volte sostenuto, non sono propenso a lasciare al Tribunale Supremo, in maniera diretta o con formule elastiche, la determinazione dei casi *cassazionalmente interessanti*. Rispetto il sistema nordamericano del *certiorari*, ma ritengo che non debba essere trapiantato nel seno di ordinamenti giuridici come quello spagnolo, appartenenti ad un altro sistema giuridico. A causa del tempo limitato, non posso ora dilungarmi su questo punto.

8.1. Come si può definire lo speciale interesse cassazionale in base a dei criteri oggettivi fissati per legge? È fuor di dubbio che per risolvere questa questione è necessario aver deciso cosa si considera, a grandi linee, *interesse cassazionale*, ovvero un interesse ge-

nerale o pubblico che giustifichi il riesame da parte del Tribunale Supremo di una sentenza resa in un grado inferiore (normalmente in appello).

Nonostante lo abbia già anticipato in termini generali, esplicherò qui nuovamente la mia opinione con maggiore chiarezza. Penso che sia di per sé ragionevole e risulti inoltre coerente con la normale evoluzione della cassazione civile, sostenere che la funzione più essenziale di una Corte o Tribunale Supremo sia dettare sentenze che interpretino autorevolmente il contenuto, i limiti e la *ratio* delle norme sostanziali, in modo che queste sentenze, per loro qualità, risultino molto persuasive e indirizzino il comportamento dei soggetti giuridici e degli stessi giudici.

In quali casi si può considerare di singolare interesse che la Corte di cassazione detti queste sentenze o formuli un'autorevole dottrina giurisprudenziale e, pertanto, divenga ammissibile il ricorso per cassazione? A mio avviso, l'interesse cassazionale è indiscutibile quando sulla questione esista una giurisprudenza contraddittoria dei tribunali inferiori e anche quando, per la novità assoluta delle norme, ancora non esista un'interpretazione autorevole delle stesse. È anche accettabile che si rinvenga un interesse cassazionale quando l'errore che si considera commesso nella sentenza impugnata consiste nell'aver contraddetto l'orientamento giurisprudenziale uniforme o chiaramente predominante del Tribunale Supremo, sempre che, ovviamente, esso esista.

Mi sembra che ci troviamo di fronte ad un modo concreto, chiaro e abbastanza sicuro di stabilire, con criteri obiettivi, quando esiste interesse cassazionale.

9. In sintesi, la mia proposta¹⁶ è questa: il Tribunale Supremo si dedichi in Spagna a risolvere ricorsi per Cassazione per violazione di leggi sostanziali (senza revisione dei fatti né di presunte infrazioni di leggi processuali), sempre che ci sia un interesse generale determinato dal bisogno di stabilire una dottrina interpretativa del diritto dotata di speciale autorità. Tale interesse generale, che rea-

¹⁶ Questa proposta dell'interesse cassazionale coinciderebbe, quindi, esattamente, con quella dell'art. 447 LEC: *“si considererà che un ricorso presenti interesse cassazionale quando la sentenza impugnata si opponga ad una dottrina giurisprudenziale del Tribunale Supremo o risolva punti e questioni su cui esista giurisprudenza contraddittoria delle Udienze Provinciali o applichi norme che non siano in vigore da più di cinque anni, sempre che, in quest'ultimo caso, non esistesse una dottrina giurisprudenziale del Tribunale Supremo relativa a norme precedenti di uguale o simile contenuto”*.

lizza l'*interesse cassazionale*, dovrà prevalere sullo *ius litigatoris* e si considererà esistente non per arbitrio dello stesso Tribunale Supremo, bensì per la contrarietà della sentenza impugnata alla giurisprudenza dello stesso Tribunale, per l'esistenza di una giurisprudenza contraddittoria dei tribunali di seconda istanza o per l'inesistenza di una interpretazione giurisprudenziale autorevole su norme e precetti materialmente nuovi, senza che abbia invece rilievo il valore economico della lite¹⁷.

¹⁷ Per facilitare il lavoro del Tribunale e conferire serietà alla cassazione, è ragionevole esigere che il ricorso non si limiti ad affermare l'interesse cassazionale e ad indicare sentenze contraddittorie (con citazioni e produzione di copie) o tesi sostenute nella sentenza impugnata in contrasto con la giurisprudenza uniforme o chiaramente predominante del Tribunale Supremo ma che, in tal caso, venga illustrata la contraddizione o l'assenza di giurisprudenza autorevole sulle nuove leggi.

7.

*The German Federal Court of Justice:
A Supreme Court between General Principles
and Individual Justice*

PETER GOTTWALD*

SUMMARY: I. *The Institution*: 1. The Court and its judges. – 2. Jurisdiction. – II. *Access to the Federal Court of Justice*: 3. Historical development. – 4. Right to appeal – 5. Criteria for admitting a final appeal – 6. The Workload. – IV. *Proceedings on Final Appeal*: 7. Dispositions in the interests of the parties. – 8. Scope of review. – 9. Conclusion.

I. *The Institution*

1. The Federal Court of Justice is the supreme civil and criminal court of Germany. It was constituted after the foundation of the Federal Republic on 1 October 1950 as a successor of the former Supreme Court of the *Reich* (*Reichsgericht*). Its civil division is composed of twelve panels. Depending on the typical workload, there are seven to nine judges on each ordinary panel (called *Senat*). In session, the court sits in varying groups of five judges. The same judges also sit on the eight additional special panels. At present, a total number of 91 judges are dealing with civil matters.

These judges are supported by about 40 judicial assistants.¹ These assistants are highly qualified junior judges in the service of the German federal states who are delegated to the Federal Court of Justice for three years.

In civil cases responsibilities are allocated according to the area of law. Consequently, each panel is highly specialized. By way of a rough overview, each of the twelve civil panels is allocated one of the following areas:² intellectual property, corporations, services contracts, succession law, real property, torts, building law, sales

* University of Regensburg

¹ 50 for the entire court; cf. The Federal Court of Justice, publ. by the Federal Court, 2010, p. 14 (available on the website of the Court).

² The complete Schedule of Responsibilities is published in the Federal Gazette and on the website of the Court.

law, insolvency law, patent law, banking law and finally one for family law.

There is one special senate for agricultural law (sitting with three professional judges and two farmers as lay judges).³ There are five senates for professional and disciplinary litigation matters concerning lawyers, notaries public, patent agents, auditors and tax advisers. Moreover, there is a Cartel Panel (presided over by the President of the Federal Court of Justice) and a Federal Disciplinary Tribunal (for matters relating to federal judges). Panels dealing with professional matters are sitting with two assessors from the relevant professional group.⁴

In addition to the ordinary panels there is a Grand Civil Panel to resolve differences between the opinions of ordinary panels on the same question of law (§ 132 GVG).⁵

The judges of the Federal Court of Justice are career judges. The office of federal judge typically is the peak of their career. Judges are chosen by a special election committee and appointed by the Federal President. The election committee consists of 32 members, 16 of whom are the Ministers of Justice of the German states while the other 16 are elected by the German Parliament (*Bundestag*). The Federal Minister of Justice presides over the committee but lacks a vote of his own.⁶

Any German lawyer older than 35 years is eligible for appointment. The great majority of candidates are judges in the service of the German states. Occasionally, senior officers of the Ministries of Justice and, in rare cases, practicing lawyers are elected. Typically, the state ministers propose qualified candidates aged between 45 and 50. After the Presidential Council of the Federal Court has approved of the candidates' qualification, elections are held by the committee. Apart from the nominees' qualification, the committee has to take into account the equitable representation of the federal states in proportion to their population. Each newly elected judge is assigned to a specific panel and often stays there (about 15 years)

³ § 2 s. 2 Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen of 21 July 1953 (BGBl I 667).

⁴ Cf. § 106 s. 2 BRAO; § 106 BNotO.

⁵ In practice, judges try to avoid references to the Grand Panel and rely (according to § 132 s. 3 Judicature Law – GVG) on informal consultation and compromise instead; cf. BGH *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 1207; GROß/PAMP, *Die Grundsatzvorlage an die Großen Senate für Zivil- und Strafsachen*, *Zeitschrift für Zivilprozess* 113 (2000), 467.

⁶ Law of 25.08.1950 (BGBl. I p. 368).

till the end of his or her career. As a consequence, most panel members are highly esteemed experts in their field.

To secure a high professional standard in the handling of cases, the Federal Court of Justice has a special bar. At present, the bar association consists of 41 lawyers admitted to the Federal Court only (§ 172 s. 1 BRAO). As with the judges, these lawyers must first be proposed candidates by one of the German bar associations and must then be elected by a special committee.⁷ Candidates must be older than 35 years and must have practiced at other courts for no less than five years.

2. The Federal Court of Justice has jurisdiction over:

(1) final appeals (*Revision*, § 543 ff. Code of Civil Procedure, CCP)

(2) complaints against denial of appeal (*Nichtzulassungsbeschwerde*, § 544 CCP)

(3) complaints on points of law (*Rechtsbeschwerde*, § 574 ff. CCP)

(4) first appeals in patent revocation proceedings (*Berufung in Patentnichtigkeitssachen*, § 110 ff. PatG)

(5) collateral proceedings, such as applications for legal aid (§§ 117, 119 CCP), conflicting decisions on jurisdiction (§ 36 s. 3 CCP), restoration of position (§§ 233 ff. CCP), complaints against a violation of the right to be heard (§ 321a CCP)⁸ and similar matters.

II – Access to the Federal Court of Justice

3. The 1877 Code of Civil Procedure provided three instances to the parties in larger-scale disputes. Of course, the Supreme Court of the *Reich* was supposed to maintain the uniformity of law. But if the value in dispute exceeded RM 1500 (which today equals a purchasing power of about €15.000), each party could appeal against the judgment of a High Regional Court (*Oberlandesgericht*). Disputes that were initiated at the District Court were not appealable. This system remained in place until the end of World War II; only the minimum value in dispute was raised so as to prevent the Supreme Court of the *Reich* from becoming overburdened.

After World War II, the system was slightly modified. For disputes exceeding the value of DM 6.000 (equaling about €12.000

⁷ Cf. §§ 164 ff. BRAO.

⁸ Cf. BGH (Order of 8.2.2011, VI ZR 323/09).

when considering inflation), appeals were admissible without restriction. For lower values and for non-monetary disputes, leave to appeal due to fundamental importance had to be obtained from the High Regional Court.⁹ The Federal Court of Justice at the time had five civil panels with 37 judges. The system resulted in the overburdening of the court. In 1968, it already had ten panels with 69 judges. In 1975, the old system was to be replaced by a general system of leave-based appeal due to fundamental importance. However, objections by the commercial sector prevailed. Leave-based appeal was introduced only for disputes not exceeding a value of DM 40.000 (later this increased to DM 60.000, equaling about €20.000 and €30.000 respectively). For higher values in dispute, appeal remained unrestricted. The Supreme Court of Justice could however reject the case (denying a substantive ruling) without giving reasons if a preliminary examination revealed that it had no prospect of success (old version of § 554b ZPO).¹⁰ The number of filings increased further so that the court soon had grown to 12 panels with 91 civil judges (as of today).

In 2001, following a heated discussion on legal policy, general leave-based appeal and a corresponding complaint against decisions at second instance were introduced. This was done to control access in a self-regulating way and to implement equal access for everyone. Value in dispute based appeal primarily in the interest of the parties had thus become history. Since then, appeal has been based solely on leave in the public interest.¹¹ Nonetheless most agree that appeal continues to serve the individual parties' interests in a correct decision.¹²

4. a) Admission by the Court of First Appeal. Under § 543 s. 1 no. 1 CCP, an appeal against a final judgment by a High Regional Court or Regional Court (*Landgericht*) is held if the court expressly gave leave in the judgment. In 2010, a total number of 819 decisions for which leave to appeal was given were in fact appealed. This merely represented less than half of all appealable decisions.

⁹ Cf. H.PRÜTTING, *Die Zulassung der Revision*, 1977, p. 37 ff.

¹⁰ Cf. BVerfGE 54, 277 (Plenary decision) = *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, 202.

¹¹ Cf. P. GOTTWALD, *Review appeal to the German Federal Supreme Court after the reform of 2001*, in M. Ortells Ramos, *Los recursos ante los tribunals supremos en Europa*, Valencia, 2008, p. 87.

¹² Cf. KAYSER, in Saenger, *ZPO*, 4th ed. 2012, § 542 N 1; ACKERMANN, in Prütting/Gehrlein, *ZPO*, 2010, § 542 N 2.

Decisions on interim relief are not subject to appeal (§ 542 s. 2 CCP).

The Supreme Court is bound by leave (§ 543 s. 2, 2nd sentence CCP). It can however reject the appeal without oral hearing if it considers that leave had been given erroneously and that the appeal has no prospect of success (§ 552a CCP).¹³

b) Complaint against Refusal of Appeal. Yet generally, it is likely that leave to appeal will be given too rarely rather than too often. Appeal judges tend to believe their decision is correct and to consider re-examination expendable. As a corrective measure, the law therefore allows a complaint against the refusal of appeal.

If the court of first appeal did not permit the final appeal, any party may appeal to the Federal Court of Justice directly for leave (§ 544 CCP). Until the end of 2011, the value of the appealing party's claim must exceed 20.000 € (§ 26 No. 8 Introductory Law to the CCP). The legislator has hidden this rule in the Introductory Law and fixed a date of expiry, but it is very likely that this rule will become permanent. Otherwise, the Federal Court of Justice would be flooded with applications for leave to appeal.¹⁴

However, the court of first appeal can exclude any appeal or complaint to the Federal Court of Justice if it rejects the appeal under § 522 s. 2 CCP unanimously without oral hearing. The law makes it a condition for this procedure that the appeal has no prospect of success and that the matter is not of fundamental importance (§ 522 s.2 1st sentence CCP). But whether these conditions are met is for the court of first appeal itself to determine. Its decision is final because under § 522 s. 3 CCP, such a ruling is not appealable, even if the decision of the court of first appeal was arbitrary.¹⁵ Many High Regional Courts resolve considerably more cases in this way than by challengeable judgments on appeal. This practice is subject to continuing criticism.¹⁶ A draft law by the gov-

¹³ Cf. BGH (18.11.2009, IV ZR 36/09) *Versicherungsrecht* 2010, 645.

¹⁴ Cf. H. BÜTTNER, *Berufung und Revision, Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel*, 2010, S. 21 f. To reduce the workload for handling unjustified complaints against refusal of appeal § 544 s. 4 CCP empowers the Federal Court to dismiss complaints with short reasons only, or even to give no reasons for doing so if the case does not help in clearing up the criteria for admitting a final appeal; crit. R. ZUCK, *Rechtsstaatswidrige Begründungsmängel*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 479.

¹⁵ BGH (30.3.2011, IV ZB 31/09) (Tz 5 f).

¹⁶ Cf. K.O. KNOPS, *Die Verkürzung des Rechtswegs durch § 522 Abs. 2 ZPO*, *Zeitschrift für Zivilprozess* 120 (2007), 403; A. BAUMERT, *Beschränkung des Zu-*

ernment aimed at meeting this criticism would make the same remedy, the complaint against refusal of appeal, available against both a unanimous ruling of rejection and a judgment.

c) Complaints on points of law. Final court orders of second instance are subject to complaints on points of law before the Federal Court of Justice. The majority of complaints are lodged against orders in enforcement¹⁷ and insolvency matters. Court orders dismissing a first appeal are also subject to the complaint on points of law (§ 522 s. 1, 4th sentence CCP). And since autumn 2009 there has been a growing number of complaints on points of law in family matters and other non-contentious matters (§§ 70 ff FamFG).¹⁸

The criteria for complaints against court orders are largely the same as those for appealing judgments. However, there are some differences.

There are some cases where the law expressly permits complaints on points of law.¹⁹ In such cases, the Federal Court of Justice has to examine whether the case is one of general importance (§ 574 s. 2 CCP). If the Federal Court answers this question in the negative, the complaint must be rejected (§ 577 s. 1 CCP).

If the law does not expressly permit them, complaints can be filed only if the court of first appeal (or first complaint) has in its ruling granted leave to complain (§ 574 s. 1 no. 2 CCP). By contrast to the law of appeals (against judgments), there is no complaint against the refusal of leave to complain.

gangs zum Revisionsgericht durch Zurückweisung der Berufung durch Beschluss, Monatsschrift für Deutsches Recht 2008, 954; KRÜGER, Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 II ZPO, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 945; REINELT, Die unendliche Geschichte - § 522 II ZPO, Zeitschrift für Rechtspolitik 2009, 203; H. BÜTTNER (N 4), p. 23; ST. GÖCKEN, § 522 II ZPO - Nicht geeignet für den Rechtsexport, Neue Juristische Wochenschrift aktuell 6/2011, p. 16, B. RIMMELSPACHER, Bessere Kontrolle zivilprozessualer Berufungsentscheidungen, Zeitschrift für Rechtspolitik 2010, 217; LEMKE, in Prütting/Gehrlein, ZPO, 2010, § 522 N 46.

¹⁷ Cf. C. MELLER-HANNICH, *Norm und Praxis im Zwangsvollstreckungsrecht - Bestandsaufnahme und Ausblick nach sieben Jahren Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof*, Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung 2009, 69.

¹⁸ With regard to contentious family proceedings, final appeal was replaced by the complaint on points of law, but with respect to non-contentious proceedings access to the Federal Court was provided for the first time.

¹⁹ E.g. in insolvency matters (§ 7 Insolvency Code) and court orders to dismiss an appeal as inadmissible (§ 522 s. 1 sentence 4 CCP) (cf. BGH, 31.3.2011, V ZB 160/10); § 15 s.1 Capital Market Model Case Proceedings Act also permits the complaint to the Federal Court and rules in addition that such a complaint is always of fundamental legal importance.

Similar rules apply in family matters and non-contentious matters (§ 70 s. 1 FamFG), with one important exception: in cases relating to social care, committal orders and other cases of detention no leave is required for complaints on points of law (§ 70 s. 3 FamFG).

d) First appeal in patent revocation proceedings. In these cases, first appeal to the Federal Court is not subject to restrictions. As in the case of first appeal under the CCP (§ 513) the appellant may reprimand a violation of federal law or claim that on the relevant facts a different decision would have been justified (§§ 111, 117 PatG). These first appeals (about 60 to 70 a year) shall not be dealt with in further detail here.²⁰

e) Referral procedures. At present no court of first or second instance may in a civil case request a preliminary ruling on a decisive question of law from the Federal Court of Justice. The only remaining case for which the final decision lies with the Federal Court rather than the courts of (first) appeal is the case of divergence in jurisdiction matters (§ 36 s. 3 CCP).²¹ The more important divergence request in § 28 s. 2 FGG (law on non-contentious proceedings) was abandoned when the law was repealed in 2009. Referral procedures were not popular in Germany as they proved rather ineffective, in particular in respect of the protection of individual rights.²² Nonetheless, on 25 November 2004 the Ministers of Justice of the German states voted to abolish the final appeal completely and to replace it with a mere referral procedure in cases of divergence or general importance. This proposal provoked an outcry by the legal profession²³ and the Federal Court and as a result was not pursued further. It would have removed the Federal Court's ability to maintain legal uniformity in Germany. Therefore there has not been any support for replacing final appeal with referral duties of the lower courts.²⁴

f) Appeal in the interest of the law. By contrast to French law, there is no and never has been a final appeal or complaint on points

²⁰ For details cf. F.-W. ENGEL, *Berufungen an den Bundesgerichtshof, Festschrift für Achim Krämer*, 2009, p. 443.

²¹ KAPSA, p. 59, 70.

²² Cf. A. WILLINGMANN, *Rechtsentscheid – Geschichte, Dogmatik und Rechtspolitik eines zivilprozessualen Vorlagemodells*, 2000.

²³ Cf. ST. WETH, *Die große Justizreform in Deutschland*, *Zeitschrift für Zivilprozess* 120 (2007), 135.

²⁴ Cf. H. ROTH, p. 79, 89.

of law filed by the Federal Prosecutor-General solely in the public interest (he or she does not have a civil branch at all).²⁵

Under German law final appeal and complaint on points of law are means of recourse of individual parties. Therefore, the decision must have a negative content for the appellant and he must apply to the Federal Court to cure this negative effect.²⁶

5. Since the reform of 2001, there have been three criteria which qualify a case for review by the Federal Court of Justice: (1) fundamental legal importance, (2) a need for development of the law, or (3) ensuring uniform administration of justice (§ 543 s. 2 CCP). If due to one or more of these criteria a decision by the Federal Court is required, either the court of first appeal or the Federal Court itself has to grant leave and may not dismiss a complaint on points of law (§ 543 s. 1 CCP).

A complaint on points of law meeting these requirements must be admitted by the court deciding the first complaint (§ 574 s. 1 no. 2, s. 3 CCP; § 70 s. 1, 2 FamFG). There is no complaint against a refusal to admit.²⁷ In addition, the law expressly provides for certain cases where no leave is required to file a complaint on points of law (e.g. §§ 522 s. 1 s. 4, 1065 s. 1 s. 1 CCP; § 7 Insolvency Code). In these cases, the Federal Court examines whether the complaint meets the general requirements (§ 574 s. 2 CCP). If this is not the case, the complaint is dismissed without review of the merits (§ 577 s. 1 CCP).²⁸

However, final appeal remains a means for the protection of the interests of the parties to the individual case. Thus, a final appeal or complaint, respectively, must be filed by individual appellants demanding a just decision of their case. Consequently, appeal and complaint are only possible if the alleged mistake affects the correctness of the decision. Because final appeal will be rejected in case of an irrelevant mistake (§ 561 CCP) the Federal Court will not

²⁵ Cf. H. ROTH, *Wege zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*, 4. *Zivilprozessrechts-Symposium*, 2008, p. 79, 89.

²⁶ KAYSER, in Saenger, *ZPO*, § 543 N 3.

²⁷ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 148 N 5; ZÖLLER/HEßLER, § 574 N 16; KAYSER, in Saenger, *ZPO*, § 574 N 15; R. RACKL, *Das Rechtsmittelrecht nach dem FamFG*, 2011, p. 242 ff. A party may however reprimand by constitutional complaint when a court of first complaint refuses to admit the complaint on points of law if the requirements to do so are met undoubtedly (cf. BVerfG, 1. Chamber of 1st. Senate, 8.12.2010, NJW 2011, 1276).

²⁸ ZÖLLER/HEßLER, § 574 N 11; LIPP, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3rd ed. 2007, § 574 N 8.

admit a case on that basis.²⁹ Likewise, a complaint on points of law is rejected if based on an irrelevant mistake (§ 577 s. 3 CCP).

a) Fundamental legal importance. A case is of *fundamental legal importance* if (1) there is a disagreement on the correct interpretation of a legal matter among lower courts and the question moreover is disputed within the judiciary and academia or the affected groups, and (2) the case in question is suitable for resolving the matter in a way that serves the interest of the general public in a consistent development and application of the law.³⁰ This interpretation must be relevant for an indefinite multitude of cases, which is true for a test case.

b) Development of law. Development of the law is regarded as one aspect of the requirement of fundamental importance.³¹ To advance legal development, the case must provide the opportunity for formulating new guiding principles (*Leitsätze*) with regard to substantive or procedural law, or for closing loopholes. This only is the case if there is no – not even partial – guidance regarding the legal evaluation of typical or generalizable circumstances.³² For this ground as well as for that of fundamental importance, the claimant must refer to other cases or articles to demonstrate that his case could help to answer an open legal question.³³

c) Need to ensure the uniformity of law. The most important ground for granting admission is the *need to ensure the uniformity of law*. It applies in cases where there is a strong public interest in the rectification of an incorrect application of law. This can be the case in relation to diverging rulings on a point of law,³⁴ but also if the relevant mistake may impair confidence in the judiciary as such.³⁵

²⁹ Cf. BGH (12.2.2004, V ZR 247/03) *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 1167 (on two errors which neutralized each other); KAYSER, in Saenger, ZPO, 4th ed. 2011, § 543 N 41-46.

³⁰ BGH (18.11.09, IV ZR 36/09), *Versicherungsrecht*, 2010, 645; BGHZ 151, 221 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3029 (Tz 4).

³¹ BGH (22.10.2009, IX ZB 50/09), *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2010, 229.

³² BGH (18.11.2009, IV ZR 36/09) (Tz 7), *Versicherungsrecht* 2010, 645 (jurisdiction at the place of performance with regard to precontractual breach of duty); BGH (27.3.2003, V ZR 291/02), *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 1943; BGHZ 151, 221 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3029 (Tz 6).

³³ BGH (22.10.2009, IX ZB 50/09), MDR 2010, 645 (Interpretation of § 290 s. 2 Insolvency Code); M. GEHRLEIN, *Darlegung des Revisionszulassungsgrundes der Rechtsfortbildung*, *Versicherungsrecht* 2008, 1623.

³⁴ BGHZ 151, 221 (Tz 8) = *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3029.

³⁵ Cf. WENZEL, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3rd ed. 2007, § 543 N 12.

On the basis of what has been said so far, one might think that access to the Federal Court is available in the public interest only. Yet, the widespread academic opinion is that applications to admit a final appeal after refusal by the second instance are granted in the interest of individual justice to rectify incorrect decisions.³⁶ Other authors suggest that for the first time the new system has opened access to the Federal Court against appellate decisions of the Regional Courts, and that this also is primarily in the individual parties' interests.³⁷

d) Severe procedural defects. Whereas all other codes of procedure under certain circumstances – namely relevant *severe procedural defects* at second instance – allow giving leave to appeal to the Supreme Court in the interest of the parties involved,³⁸ the German CCP does not. Reform of the system in this respect, as proposed by myself,³⁹ was rejected. At least systematically, this was a mistake.⁴⁰ Only in some special cases of high economic importance, like antitrust matters (§ 74 s. 4 GWB), patent (§ 100 s. 3 PatG) and trademark matters (§ 83 s. 3 MarkenG), a complaint on questions of law may be filed without permission if severe procedural defects which correspond to the absolute grounds for final appeal are alleged.⁴¹ For the great majority of cases, the legislature underestimated the importance of rectifying such defects in the public interest in view of the general confidence in the judiciary. It has been criticized severely for this.

In the first years after the reform, the Federal Court followed a strict interpretation but was eventually corrected by the Federal Constitutional Court. According to German law, all final court decisions are subject to constitutional complaint before the Federal Constitutional Court (Art. 93 s. 1 no. 4a Basic Law). In a long se-

³⁶ KAYSER, in Saenger, ZPO, 4th ed. 2011, § 542 N 1.

³⁷ ACKERMANN, in Prütting/Gehrlein, ZPO, 2010, § 542 N 2.

³⁸ Cf. § 72 s. 2 no. 3 ArbGG, § 160 s. 2 no. 3 SGG, § 132 s. 2 no. 3 VwGO and § 115 s. 2 no. 3 FGO.

³⁹ Cf. P. GOTTWALD, *Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?*, Gutachten f. d. 61. Deutschen Juristentag, 1996, A 1, 75 ff.

⁴⁰ P. GOTTWALD, *Systemfehler des neuen deutschen Rechtsmittelrechts*, Festschrift für Beys, Athen 2003, S. 447, 452 ff; BÜTTNER (N 14), p. 30 f.

⁴¹ Cf. B. KAPSA, p. 59, 66; F. SEILER, *Neuere Rechtsprechung zur zulassungsfreien Rechtsbeschwerde in Patentsachen, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2011, 287.

ries of decisions, the Constitutional Court held that under the constitution there is indeed no right to appeal. But if a procedural code provides the right to appeal, that right must be effective. As a consequence of the rule of law (*Rechtsstaatsprinzip*), access to final appeal may not be refused arbitrarily, that is without objective reasons.⁴²

If leave for final appeal were to be granted in the public interest only, an application to admit a final appeal would have to be rejected if the relevant legal question has been answered in the time between the filing of the application and the decision by the court, even if the case in question was decided in a wrong way and the final appeal would have been successful.⁴³ But from the individual's perspective it would be unjust to lose the case solely because the same mistake was rectified slightly earlier in another case. The Federal Court now makes an exception because the applicant should be able to rely on the state of the law at the time of filing.⁴⁴

With regard to these precedents and after a long discussion within the court and in public,⁴⁵ the Federal Court in effect broadened the scope of the third ground for granting leave and now is using it as a kind of general clause. It is accepted in cases of

- (1) danger that the mistake might be imitated,
- (2) violation of procedural basic rights,
- (3) arbitrary decisions in violation of the constitution, and
- (4) absolute grounds for final appeal (as provided by § 547 no. 1 – 4 CCP).

The defects covered by the last point are considered to be a type of violation of fundamental constitutional rights.⁴⁶ Frequently, a vi-

⁴² BVerfG *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 26; BVerfG (1. Senate, 1. Chamber, 4.11.2009), *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 572; BVerfG FamRZ 2010, 1235.

⁴³ BGH (12.3.2003, IV ZR 278/02), *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 1609; crit. F. SEILER, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 2290.

⁴⁴ BGH (8.9.2004, V ZR 260/03), *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 154; BGH (29. 6. 2010, X ZR 51/09), *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 2812; ZÖLLER/HEßLER, ZPO, § 544 N 12a; SCHEUCH/LINDNER *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 112.

⁴⁵ Cf. W. BALL and H. BÜTTNER, *Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Das neue Revisionsrecht*, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages (German Lawyers' Forum) 2004, Vol. 1, A 69 and A 89.

⁴⁶ BGHZ 172, 250 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, 2702; comment by M. GEBAUER, *Zeitschrift für Zivilprozess* 120 (2007), 507. (In this case proceedings were continued despite the fact that the claimant had become insolvent and was not represented by the official receiver).

olation of the right to be heard (Art. 103 s. 1 Basic Law) is alleged and accepted by the Federal Court of Justice.⁴⁷

At first, the new law was criticised because a procedural irregularity in proceedings before the court of first appeal would not entitle an applicant to obtain leave for a final appeal, but the same irregularities could be decisive in an appeal already admitted on other grounds (§ 551 s. 3 no. 2b CCP). This problem has been overcome by adopting a broad interpretation of arbitrariness at least in cases that have a certain level of importance to the parties. Thus, the term now is interpreted as covering any arbitrariness as well as violations of the constitutional right of access to justice and the right to be heard.⁴⁸

The same is true for the rectification of obvious procedural or substantive mistakes in the decision of the court of appeal. The Federal Court has confirmed many times that an obvious error as such is no reason to give leave to final appeal.⁴⁹ Such mistakes are not likely to be repeated in a multitude of cases. But such decisions are arbitrary and inconsistent with the rule of law if the court of appeal has deviated so far from the correct interpretation or application that the decision is completely indefensible and in this sense is obviously incorrect.⁵⁰

This was the end of the discussion. Since 2007 there has been a “silence after the storm”.⁵¹ The widespread use of cloudy terms such as “completely”, “obviously”, “arbitrarily” shows that ultimately there is plenty of space for giving judgment for or against the applicant. However, members of the Supreme Court Bar claim that they must deal with the constitutional dimension of any simple but severe procedural defect and must argue that it resulted in the violation of constitutionally protected basic rights.⁵² This result applies only to the final appeal against judgments. So far the complaint on

⁴⁷ Cf. BGH (10.2.2011, VII ZR 155/09, Tz 4 ff) *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 526 (preclusion of evidence by expert witness due to the late payment of a surcharge on the already paid security of costs).

⁴⁸ BGHZ 154, 288 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 1943; ZÖLLER/HEßLER, ZPO, 28th ed. 2010, § 543 N 15c.

⁴⁹ BGH *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 754; BGH *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 831; BGHZ 154, 288 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 1943.

⁵⁰ (N 33).

⁵¹ J. BORNKAMM, *Ruhe nach dem Sturm, Die zivilprozessuale Zulassungsrevision*, *Festschrift für Achim Krämer*, 2009, S. 425.

⁵² H. BÜTTNER (N 4), p. 30.

points of law requires leave by the court of first complaint, and that court is rather unlikely to grant leave for the correction of its own procedural mistakes.⁵³ So in the end, the complaint on points of law is less open for individual justice than final appeal.

To sum up: Access to the Federal Court of Justice is granted primarily in the public interest. Final appeal as well as complaint on points of law may, however, be filed only by an individual party seeking relief in her own, individual interest. No lower court can request the Federal Court to give preliminary rulings nor has the Federal Court itself the power to set up general guidelines independently of a ruling in a specific case. The citizen appealing to the Court thus serves as a kind of vehicle for the public interest.⁵⁴

6. This is however only one side of the coin. Put simply, one can say that more than 100 judges handle about 5.000 cases at the Federal Court of Justice per year. Yet it is difficult to believe that there are so many cases which call for improvement or clarification of the law. If the work of the Federal Court were to be restricted to genuine questions in the public interest, the court could be much smaller.⁵⁵ Again, this shows that the final appeal system also serves individual interests.

After the 2001 reform, the number of cases filed with the Federal Court increased substantially. By now, the number of pending cases has stabilized and even declined to a level lower than that of 1994.

In 2010, litigants filed 819 (admitted) final appeals and a further 2.349 complaints against denial of appeal with the Federal Court. This effectively corresponds with the numbers of previous years.⁵⁶

The number of cases that the Court handled increased; the combined number of final appeals and applications against denial of appeal that it dealt with was 3392.

Out of 2.546 complaints against denial of appeal and leapfrog appeals, only 303 applications were accepted for final appeal. This

⁵³ ALTHAMMER, in Johannsen/Henrich, *Familienrecht*, 5th ed. 2010, § 70 FamFG N 10; ABRAMENKO, in Prütting/Helms, *FamFG*, 2009, § 70 N 5, 11.

⁵⁴ B. KAPSA, *Wege zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*, in 4. *Zivilprozessrechts-Symposium, Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer*, Bd. 16, 2008, p. 59, 63.

⁵⁵ Cf. G. WAGNER, *Ökonomische Analyse der Rechtsmittel*, in Bork/Eger/Schäfer, *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts*, 2008, p. 157, 185f.

⁵⁶ Cf. Statistisches Bundesamt, *Fachserie 10 Reihe 2.1 Rechtspflege Zivilgerichte 2009* (published 6.9.2010).

corresponds to a success rate of 11,9 %. In 2010, the Federal Court had to decide upon a total of 819 final appeals admitted by the courts of appeal and upon a total of 303 final appeals admitted by the Federal Court itself. Among the cases admitted by the Federal Court, more than 85 % were decided in favour of the appellant⁵⁷. The appeals admitted by courts of appeal were less successful. Among them a certain percentage was dismissed without oral hearing because the panel was of the opinion that the case should not have been admitted for final appeal (§ 552a s. 1 CCP). Examining the system as a whole, it thus becomes apparent that the decisive power to select those cases that are apt for substantive review on final appeal lies with the Federal Court.⁵⁸

While the number of appeals and complaints against denial of appeal remained relatively constant, the number of complaints on points of law increased markedly in 2010. This is largely due to the coming into force of the new FamFG on 01.09.2009. For family and non-contentious matters, the only remedy provided by this law is the complaint on points of law to the Federal Court of Justice under §§ 70 ff. FamFG. In 2010, there were 1920 complaints on points of law in total; this is a 40 % increase from the preceding year.

The total number of new proceedings in 2010 insofar is 608. In 2010, 1.670 complaints on points of law and 204 other complaints were addressed. However, only in 412 of the cases on complaints on points of law a substantive judgment was handed down. 279 complaints on points of law were inadmissible and were dismissed. 416 complaints on points of law were withdrawn or resolved themselves in other ways.

As a result of the increased number of complaints on points of law, a total of 5.707 proceedings were filed at the Federal Court of Justice in 2010, which amounts to an increase of 10.8 % compared to the preceding year.

III – *Proceedings on final appeal*

7. While access to the Federal Court of Justice is restricted by the public interest, the procedure before the Court itself is mainly

⁵⁷ H. BÜTTNER, *Wege zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*, 4. Zivilprozessrechts-Symposium, *Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer* Bd. 16, 2008, p. 95, 98.

⁵⁸ Cf. G. WAGNER (N 51), p. 157, 184.

determined by the individual interests of the parties.⁵⁹ The parties alone determine whether a final appeal is actually made, what the contents of the actual motions and arguments in the briefs are and whether a cross-appeal is made. The appellant can withdraw his final appeal (§§ 516, 565 CCP) until the final decision has been announced by the Federal Court. The respondent may acknowledge the claim at this stage, even before the Federal Court has decided upon the application to grant leave.⁶⁰ Finally, both parties can settle the case (§§ 278, 555 CCP) or declare that the case has been resolved (§§ 91a, 555 CCP).

8. a) Review of the substance. The ordinary scope of review by the Federal Court is based not only on the general public interest but also on the interests of the individual parties.

The Federal Court examines whether the court of first appeal has violated the law by not applying a certain legal rule or by applying it incorrectly (§§ 545 s. 1, 546 CCP). It is however bound by the court of first appeal's findings of fact (§ 559 CCP). The line between questions of law and questions of fact is primarily drawn by the so-called "logical method". In the interest of the parties, the court also examines questions that do not require a further taking of evidence. This is known as the "efficiency method". This can be observed when the Federal Court considers facts established by general experience on its own motion.⁶¹ The same is true with regard to the review of individual contracts or declarations of intent. Here, the interpretation of the inferior court is only subject to limited review regarding the proper application of rules of construction (§§ 133, 157 Civil Code) and the compatibility of the interpretation with established facts or general life experience.⁶² In practice, the line separating review and reinterpretation in the interest of the parties is blurred and hardly identifiable.⁶³ (However, if the

⁵⁹ H. PRÜTTING, in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3rd. ed. 2005, § 542 N 12.

⁶⁰ BGH (4.3.2010, XI ZR 228/09), *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2010, 708.

⁶¹ Cf. ROSENBERG /SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17th ed. 2010, § 142 N 12.

⁶² Cf. BGH (13.1.2009, XI ZR 66/08) (Tz 25) *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2009, 398 (interpretation of arbitration agreement); BGH (29.3.2000, VIII ZR 297/98) (Tz 22 ff) *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, 2508, 2509 (exchange of securities); B. SCHÄFER, *Die Revisibilität der Vertragsauslegung nach der ZPO-Reform*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, 3463.

⁶³ Cf. M. UHL, *Die Abgrenzung der Rechtsprechungsbefugnisse von Tatsachengerichten und Revisionsgerichten*, 2010, S. 29 ff, 159 ff.

applicable law refers to equity (*Billigkeit*), the Federal Court is reluctant to interfere with the assessment of the inferior court.⁶⁴)

Moreover, as the Federal Court has the power to decide a case (on final appeal and on complaint on points of law) finally (§§ 563 s. 3, 577 s. 5 CCP) it considers new law⁶⁵ and even new untested facts⁶⁶ to avoid a referral back to the court of first appeal.

The scope of this review was broadened on 1 September 2009 by the Law on the reform of non-contentious proceedings (FGG-RG). The Federal Court now may examine any violation of national law, including the law of the federal states. The correct application of foreign law is still not subject of review by the Federal Court.⁶⁷

Standard terms and conditions are treated like legal rules,⁶⁸ as are bye-laws of large companies or associations.⁶⁹ The interpretation of standard terms also covers supplementary interpretation because this is independent of individual circumstances.⁷⁰

The appellant must justify his final appeal (§ 551 CCP), but the review of the Court as to the substance of the case is not limited by the arguments put forward by the parties. Because the Federal Court knows the law, the parties cannot constrain its power of comprehensive substantial review by an application expressly confined to certain arguments.⁷¹

b) Review of procedural defects. Procedural irregularities in first appellate proceedings are only reviewed if they are expressly alleged by the claimant (§ 551 s. 3 no. 2 CCP) or by the respon-

⁶⁴ Cf. BGH (14.10.2009, XII ZR 146/08) (Tz 19), *Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht* 2009, 1990 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 3783.

⁶⁵ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 142 N 9, 10.

⁶⁶ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 144 N 7-16.

⁶⁷ ZÖLLER/HEßLER, § 545 N 8; THOMAS/PUTZO/REICHOLD, ZPO, 31st ed. 2010, § 545 N 8/9; BAUMBACH/LAUTERBACH/HARTMANN, ZPO, 69th ed. 2011, § 545 N 5; ACKERMANN, in Prütting/Gehrlein, ZPO, 2010, § 545 N 6; Kayser, in Saenger, ZPO, 4th ed. 2011, § 545 N 10 ff.; STURM JZ 2011, 74; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5th ed. 2010, N 724; different opinion by HESS/HÜBNER *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 3132; EICHEL *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2009, 389; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6th ed 2010, N 2601.

⁶⁸ BGH *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 2919, 2921; BGHZ 114, 245 = *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, 1886; ZÖLLER/HEßLER, § 546 N 5; ACKERMANN, in Prütting/Gehrlein, ZPO, 2010, § 545 N 1.

⁶⁹ BGHZ 113, 237 = *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, 1727; WIECZOREK/SCHÜTZE/PRÜTTING, § 546 N 24.

⁷⁰ BGHZ 185, 166 (Tz 20) = *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 1742.

⁷¹ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17th ed. 2010, § 142 N 62.

dent in a final cross-appeal (§ 554 s. 3 CCP). To the extent that such irregularities already had been alleged in the complaint against the denial of appeal, it is sufficient for the claimant to refer to his previous brief (§ 551 s. 3 s. 2 CCP). Once the time-limit for the justification of the final appeal has passed, the claimant cannot submit allegations of further procedural irregularities.⁷² There are only some irregularities which are subject to a review on the Federal Court's own motion. These relate to the correct application of procedural requirements.⁷³

If the examination of the complaint against the denial of appeal results in a finding that the court of first appeal has violated the applicant's right to be heard, the Federal Court may quash the judgment and refer the case back to the court of first appeal directly (§ 544 s. 7 CCP).⁷⁴

c) Review in the interest of the parties. As already mentioned, the Federal Court decides the individual case between the parties and is not limited to pronouncing general rules for the future interpretation of the law (§ 563 s. 3 CCP).

The opportunity to file a *cross-appeal* is only in the interest of the respondent (§ 554 CCP). A cross-appeal must have some connection with the final appeal in a legal or economical way, but it need not meet any requirement for admission.⁷⁵

If the case has some significance the panel expounds formal guiding principles (*Leitsätze*) in the headnote, though there is no legal basis for this practice. But in addition the judgment ordinarily contains a very detailed subsumption of the facts established by the second instance.⁷⁶

A broad interpretation of procedural rights leads to the establishment of general guidelines, but at the same time it helps the applicant in the particular case. For instance, the Federal Court has criticized the tendency of courts of first appeal to merely review whether the findings of the first instance have been defensible (*vertretbar*) rather than deciding matters of fact.⁷⁷ It also decided

⁷² KAYSER, in Saenger, ZPO, 4th ed. 2011, § 551 N 11; THOMAS/PUTZO/REICHOLD, § 551 N 14.

⁷³ KAYSER, in Saenger, § 551 N 11, § 557 N 12f.

⁷⁴ Cf. BGH (16.10.2007, VI ZR 229/06) *Versicherungsrecht* 2008, 221 (Tz 5 f).

⁷⁵ BGHZ 174, 244 (Tz 38 f) = *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 920.

⁷⁶ By way of example cf. BGH (14.3.2007, XII ZR 158/04), *Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht* 2007, 882 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, 1969.

⁷⁷ BGHZ 160, 83 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 2751.

that courts of first appeal have to consider uncontested new facts in any case.⁷⁸

9. The Federal Court of Justice decides about 5000 cases per year. Of these, only about 120 decisions (judgments and court orders) are selected for publication in the official series of civil decisions ("BGHZ"). Those decisions are of truly fundamental importance. About 500 further decisions of secondary importance are registered with official headlines in the official "reference book" of the Federal Court of Justice and distributed for publication with these headlines. Finally, there is a large batch of decisions that lack any value for the general public.

It is not rare for those reading the Federal Court's judgments in journals to be left with a misleading impression. The editors often reduce the published version to those parts of the decision that are relevant to the general public. Yet frequently, the judgment also includes a detailed subsumption of the particular facts or extensive *obiter dicta* on the treatment of the case after its referral back to the deciding court. These are remarks that primarily serve the dispensation of justice in the individual case.

On the whole, the Federal Court of Justice is the most important civil court in Germany and Germans are quite content with its work. The enormous numbers of cases it decides ensure that the court remains in touch with real life. Practically all developments of German civil law are influenced by decisions of the Federal Court of Justice. As the court now has jurisdiction to decide on final appeals or complaints relating to any field of civil law, legal practice completely relies on its rulings. In a very laudable way, the Federal Court therefore attempts to perform both tasks: developing the law and maintaining its uniformity as well as dispensing justice in the individual case.

⁷⁸ BGHZ 161, 138 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 291.

8.

*The United Kingdom Supreme Court:
A Final Appellate Court Created in Haste
and Without Manifest Need*

NEIL ANDREWS*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Was it necessary to abolish the House of Lords' Appellate Committee? – 3. Is a second level of appeal necessary? – 4. Concluding remarks.

1. My brief discussion will concern two questions arising from the constitutional decision to substitute for the Appellate Committee of the House of Lords a new court, the United Kingdom Supreme Court¹, which first sat on 1 October, 2009:

(1) Was there a satisfactory justification for abolishing the judicial capacity of the House of Lords?

(2) Is it obvious that there should be a second court of appeal, one which is superior to the English Court of Appeal?

* University of Cambridge

¹ L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *The Judicial House of Lords: 1876-2009* (Oxford University Press, 2009); A. LE SUEUR (ED), *Building the UK's New Supreme Court: National and Comparative Perspectives* (Oxford UP, 2004); K. MALLESON in A. McDONALD (ED), *Reinventing Britain: Constitutional Change under New Labour* (London, 2007), ch 6; D. MORGAN (ED), *Constitutional Innovation: The Creation of a Supreme Court for the United Kingdom* (London, 2004); D. OLIVER, *Constitutional Reform in the UK* (Oxford, 2003), ch 18; A. PATERSON, *The Law Lords* (London, 1982); ROBERT STEVENS, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution* (Hart, Oxford, 2002), ch's 9, 10; ROBERT STEVENS, *Law and Politics: the House of Lords as Judicial Body 1800-1976* (London, 1979); T. BINGHAM, *The Old Order Changeth* (2006), 122 *Law Quarterly Review* 211; T. BINGHAM, *The Evolving Constitution* [2002] 1; B. HALE, 'A Supreme Judicial Leader', in M. Andenas and D. Fairgrieve, *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum* (Oxford University Press, 2009) 209; B. HALE, *A New Supreme Court for the United Kingdom* (2004) 24 *Legal Studies* 36; R. COOKE, *The Law Lords: An Endangered Species* (2003) 119 *Law Quarterly Review* 49; J. STEYN, *The Case for a Supreme Court* (2002) 118 *Law Quarterly Review* 382; D. NEUBERGER, *The Supreme Court: Is the House of Lords "Losing Part of Itself"* (2 December 2009; available on line: http://www.judiciary.gov.uk/publications_media/speeches/index.htm); SHIMON SHETREET, *The Normative Cycle of Shaping Judicial Independence in Domestic and International Law....* (2009) 10 *Chicago Journal of International Law* 275-332.

Before examining these questions, we must introduce the new court.

Established by the Constitutional Reform Act 2005, the Supreme Court is the highest appeal court within the United Kingdom, replacing the Appellate Committee of the House of Lords. The Supreme Court sits in the former Middlesex Guildhall, on the western side of Parliament Square, facing the Houses of Parliament (the cost of this move was circa £60 M)². It sat for the first time in October 2009.

It has twelve Justices, including a President, currently Lord Neuberger. The first Justices were the Law Lords who made up the Appellate Committee of the House of Lords as at July 2009. The new court's Justices are disqualified from sitting or voting in the Parliamentary debates of the House of Lords. Appointment as a Justice of the new court is made by Her Majesty the Queen following a series of recommendations. The formal qualifications are that the appointee should have '*(at any time) held high judicial office for a period of at least 2 years, or been a qualifying practitioner for a period of at least 15 years*'.³ It is possible, therefore, for a Justice to be selected from the ranks of the Bar or the solicitor profession. Baroness Hale acknowledged in a 2004 journal article that there is no reason why a Supreme Court Justice should have spent time 'in the trenches' as a trial judge.⁴ She advocated selection from a wider base than the Court of Appeal or the High Court.

The Supreme Court is the highest appellate court for all civil cases within the United Kingdom. It is also the final point of appeal for criminal cases in England, Wales and Northern Ireland. The High Court of Justiciary in Scotland continues to have jurisdiction over criminal cases North of the Border. The Supreme Court has also assumed the devolution jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council. The Supreme Court, like its predecessor the House of Lords, has power to declare the law authoritatively for the courts in England and Wales and, in appropriate matters, for other parts of the United Kingdom. The Supreme Court's decisions will be binding on all lower courts. But the court is not intended

² A. LE SUEUR, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords: 1876-2009* (Oxford University Press, 2009), 89-92.

³ s 25(1), Constitutional Reform Act 2005.

⁴ B. HALE, *A New Supreme Court for the United Kingdom* (2004) 24 *Legal Studies* 36, 41.

to have any different powers than the House of Lords. As Lord Neuberger says, '*there was plainly no intention to create a Constitutional Court; that is to say, one that can carry out constitutional judicial review of legislative action, as opposed to executive action. So, it is not intended that the new court should be able to strike down legislation on the ground of unconstitutionality.*'⁵

The Supreme Court will continue to follow decisions of the House of Lords or its own decisions. But there is the safety-valve of the 1966 Practice Statement,⁶ which permits the highest court to overrule itself if there has been a significant change of legal perception on a decided point. According to Louis Blom-Cooper's study, between 1966 and 2009 at least 21 House of Lords decisions were overruled or disregarded in accordance with this exceptional licence to deviate from precedent.⁷ The Supreme Court lacks the power to invalidate an Act of Parliament.⁸ But the courts can declare a statute to be incompatible with the Human Rights Act 1998 (and it is then the task of Government to take appropriate steps to rectify the provision).⁹ In *A v Secretary of State for the Home Department* (2005) a nine-judge House of Lords held that the provisions of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, which gave the Home Secretary power to detain foreign nationals suspected of terrorism without charge or trial, were incompatible with Convention rights.¹⁰

There is no right of appeal to the Supreme Court. Since 1934, the House of Lords had employed the salutary self-protection of a moat and portcullis: the requirement of 'leave to appeal', nowadays known as 'permission'.¹¹ The practice survives, so that the court

⁵ D. NEUBERGER, *op cit*, at [19].

⁶ L. BLOM-COOPER, *1966 and All That: The Story of the Practice Statement*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit*, 128; see also, *ibid*, 239, 271-2.

⁷ L. BLOM-COOPER, *ibid*, at 143-4; *ibid* at 271-2; B. HARRIS, *Final Appellate Courts Overruling Their Own "Wrong" Precedents: The Ongoing Search for Principle* (2002) 118 Law Quarterly Review 408; J.W. HARRIS, *Towards Principles of Overruling...* (1990) 10 OJLS 135.

⁸ *Jackson v Attorney General* [2005] UKHL 56; [2006] 1 AC 262, HL, at [9], *per* Lord Bingham: '*the bedrock of the British constitution is...the supremacy of the Crown in Parliament [which can]... make or unmake any law it wished.*'

⁹ s 4, Human Rights Act 1998; on which D. FELDMAN, *Human Rights* in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit*, 558-9.

¹⁰ [2004] UKHL 56; [2005] 2 AC 68, HL.

¹¹ L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *The Judicial House of Lords: 1876-2009* (Oxford University Press, 2009), 53 ff; see also 52-3; 235; and on occasional 'leap-frogging' from High Court to House of Lords, 57 ff.

will continue to as its own gate-keeper, unless—and this will remain very rare—the court below has already granted permission. All applications for permission are first received and considered on paper. But an oral hearing of the application can be ordered. Permission can be confined to specified issues¹². If permission is refused, the court gives only formulaic¹³ reasons for this refusal.

The Supreme Court, like its predecessor the House of Lords, is unlikely to hear more than 80 appeals a year. Most of these will concern non-criminal matters. During the last decade of the House of Lords, there was an increase in appeals concerning constitutional or human rights issues, David Feldman calculating that between 2002 and 2008 human rights matter occupied 37.5 per cent of the House's total case load,¹⁴ and Drewry and Blom-Cooper suggesting a figure for public law cases during 2003–7 of 35 per cent.¹⁵ The era when a third of the House of Lords' work concerned tax appeals has long ago ended.¹⁶

2. On 12 June 2003, the Labour Government (led by Prime Minister 'Tony' Blair) announced its plan to abolish the ancient judicial function of the Lord Chancellor, to scrap the judicial House of Lords, and to transfer its function to a new Supreme Court. As is well-known, this would end the multiple list of offices held by Mr Blair's former pupil-master, now Lord Chancellor, Lord Irvine of Lairg. This Press Release came as a shock, notably to the former pupil-master, and now Lord Chancellor.¹⁷ In 2005 the Constitutional Reform¹⁸ Act was enacted, leading to the House's abolition

¹² The Supreme Court Rules 2009 (SI 2009/1603), rule 10.

¹³ JAMES VALLANCE WHITE, 'in the opinion of the Committee the petition did not disclose a point of law which merited an appeal to the House', in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit*, 44.

¹⁴ D. FELDMAN, *Human Rights* in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords: 1876-2009* (Oxford University Press, 2009), 546.

¹⁵ *ibid*, 53

¹⁶ 1952–68, tax accounted for more than 30 per cent of the House's appeals: L. BLOM-COOPER AND G. DREWRY, *op cit*, Table 11; cited *ibid* at 52; but in 2001–7, this work had fallen to 7 per cent, *ibid* (2009), 53.

¹⁷ Lord Irvine, LC, had not seen the need (2 April 2003: A. LE SUEUR, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *The Judicial House of Lords: 1876-2009* (Oxford University Press, 2009), 65 nn 6, 7); although Lord Bingham had advocated such a change: BINGHAM, *The Evolving Constitution* [2002] *European Human Rights Law Review* 1; and Lord Steyn had also favoured this change, *The Case for a Supreme Court* (2002) 118 *Law Quarterly Review* 382.

in 2009. On 28 July 2009, the Lords of Appeal in Ordinary last gave judgment in the Chamber of the House of Lords (the very last case concerned the question of assisted suicide).¹⁹ On 1 October, 2009, the United Kingdom Supreme Court sat for the first time. As Lord Neuberger has written: '*Having been sacrificed on the altar of change, the Law Lords spring back to life, like so many phoenixes out of their own ashes, as Supreme Court Justices.*'²⁰

The main reason for abolition of the Appellate Committee of the House of Lords was the perceived need to dismantle the three-fold responsibilities of the Lord Chancellor, the so-called 'universal joint' of the British Constitution.²¹ For he combined Cabinet status (with Ministerial responsibility for an Executive branch of government, for a Department of State, then known as the Lord Chancellor's Office, now the Ministry of Justice); he was also Speaker of the House of Lords, and so had a legislative capacity; and, thirdly, he was a judge, able to preside in appeals heard by the House of Lords or the Privy Council.²²

The European Court of Human Rights in *McGonnell v UK* (2000), in a case concerning legal arrangements on the island of Guernsey, a 'mini-legal system' within the British Isles, had signalled the need for there to be complete separation of judicial, executive, and legislative functions. In the *McGonnell* case the European Court of Human Rights held that the United Kingdom had infringed this requirement because the Bailiff of Guernsey (a judge and a member of the Guernsey legislature) had sat in a civil case concerning planning legislation which had been enacted when he was presiding over the legislative chamber on the island.²³ The Strasbourg Court held

¹⁸ 'Reform! Reform! Don't talk to me about reform. Aren't things bad enough already?', per Astbury J, as noted by D. NEUBERGER, *The Supreme Court: Is the House of Lords "Losing Part of Itself"* (2 December 2009), at [13].

¹⁹ D. NEUBERGER, *op cit.*, at [2].

²⁰ D. NEUBERGER, *ibid.*

²¹ A. LE SUEUR, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit.*, 66-70.

²² On the Law Lords' roles, R. CORNES, *McGonnell v UK, the Lord Chancellor and the Law Lords* (2000) *Public Law* 166, 174; D. WOODHOUSE, *The office of Lord Chancellor: time to abandon the judicial role—the rest will follow* (2002) 22 *Legal Studies* 128, 141 ff.

²³ (2000) 30 EHRR 289, ECHR; on which, A. LE SUEUR, *Access to Justice Rights in the United Kingdom* [2000] 5 *European Human Rights Law Review* 457, 467, and R. CORNES, *McGonnell v UK, the Lord Chancellor and the Law Lords* [2000] *Public Law* 166; and D. WOODHOUSE, *The Office of Lord Chancellor* (1998) *Public Law* 617 and *The Office of Lord Chancellor: Time to Abandon the Judicial Role...*

that such a confusion of legislative and judicial roles is ‘*incompatible with the requisite appearance of independence and impartiality*’ demanded by Article 6(1) of the European Convention on Human Rights. The Strasbourg court declared:

‘Any direct involvement in the passage of legislation or of executive rules is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules at issue.’²⁴

The same court said that once a person has presided over a legislative chamber he should be precluded from adjudicating in any civil or criminal case which requires interpretation of the relevant enactment.²⁵

The *McGonnell* decision raised doubts concerning the Lord Chancellor’s capacity to adjudicate in judicial cases (in practice appeals) because of his Executive and Legislative functions.²⁶

As for the role of the Lord Chancellor, in modern times successive Lord Chancellors had continued to adjudicate (normally as a member of a five court panel, and thus never adjudicating alone) in the judicial House of Lords during appeals²⁷ (although Lord Bingham’s research reveals that from 1945 until 2003 the Lord Chancellor had sat in appeals on average only eight days per year, which was a fifteenth of a Law Lord’s stint of 120 court days a year).²⁸

For a short while a compromise was sought:²⁹ it was accepted that the Lord Chancellor would not sit in any criminal cases (in

(2002) 22 *Legal Studies* 128, 141–3, and, generally, D. WOODHOUSE, *The Office of the Lord Chancellor* (Hart, Oxford, 2001).

²⁴ *McGonnell* case, (2000) 30 EHRR 289, ECHR, at [55].

²⁵ *ibid*, at [57].

²⁶ For a list of the Law Lords’ various roles, R. CORNES, *McGonnell v UK, the Lord Chancellor and the Law Lords* (2000) *Public Law* 166, 174; for comment see also D. WOODHOUSE, *The office of Lord Chancellor: time to abandon the judicial role—the rest will follow* (2002) 22 *Legal Studies* 128, 141 ff.

²⁷ Lord Hailsham sat in House of Lords’ appeals for 81 days during his two terms in this office; and Lord Mackay for 60 days: HL Deb 17 February 1999, vol 597, col 738; L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *The Judicial House of Lords: 1876–2009* (Oxford University Press, 2009), 232.

²⁸ T. BINGHAM, *The Old Order Changeth* (2006) 122 *Law Quarterly Review* 211, 217.

²⁹ Parliamentary debate on separation of powers, HL Deb 17 February 1999, vol 597, cols 710–39; former Lords Chancellors denied that there was a problem: LORD HAILSHAM, *The Office of Lord Chancellor and the Separation of Powers* (1989) 8 *Civil Justice Quarterly* 308; LORD MACKAY, *The Lord Chancellor in the*

which, necessarily, the State is involved through the prosecution of an alleged offender), and it was accepted that he would only sit in a civil case if the Government had no interest in the case's outcome, whether directly or otherwise.³⁰

But this was felt to be insufficient.

The Constitutional Reform Act 2005³¹ has now stripped out the judicial role from the ancient office of the Lord Chancellor. He has ceased to be a judge. Instead he is merely a representative of the Executive, a Minister of the Crown, and a Cabinet member. Furthermore, since the 2005 Act, the Lord Chancellor need not be legally qualified.

Once the Lord Chancellor had been down-graded to a non-judicial Minister, the ground was cleared for creating a Supreme Court.

As Lord Bingham explained:³² *'With the Lord Chancellor ceasing to sit judicially, and his professional centre of gravity shifting to his departmental headquarters..., there was little...to justify the continued presence of the Law Lords in a legislature to which they had come, of late, to contribute relatively little.'*

Change was driven by the constitutional purist's³³ wish to detach the judicial House of Lords from the legislative House of Lords so that (i) the Law Lords would be physically separate from the legislature and (ii) they would no longer be allowed to participate in legislative debates.³⁴ As Lord Neuberger (now the Master

1990s (1991) 44 *Current Legal Problems* 241; but for criticism, D. WOODHOUSE *The Office of Lord Chancellor* (1998) *Public Law* 617; D. OLIVER *The Lord Chancellor, the Judicial Committee of the Privy Council and Devolution* (1999) *Public Law* 1; C. MUNRO, *Studies in Constitutional Law* (2nd ed, 1999), 314–7, 328, 331.

³⁰ Lord Irvine LC in HL Deb 17 February 1999, vol 597, col 736 and HL Deb 2 March 2000 vol 610, col 657; B. DICKSON AND P. CARMICHAEL (EDS) *The House of Lords: Its Parliamentary and Judicial Roles* (1998).

³¹ Anticipating the Constitutional Reform Act 2005, Lord Steyn (now retired as a Lord of Appeal in Ordinary), in his 2002 *All Souls College, Neill Lecture*, had criticised the multi-faceted role of the Lord Chancellor: STEYN, *The Case for a Supreme Court* (2002) 118 *Law Quarterly Review* 382.

³² T. BINGHAM, 'The Old Order Changeth' (2006) 122 *Law Quarterly Review* 211, 221–2.

³³ Lord Irvine LC in HL Deb 17 February 1999, vol 597, col 736 and HL Deb 2 March 2000 vol 610, col 657; B. DICKSON AND P. CARMICHAEL (EDS) *The House of Lords: Its Parliamentary and Judicial Roles* (1998).

³⁴ Non-retired Law Lords had already eschewed participation in Parliamentary debates concerning party-political matters; some had even vowed individually not to speak at all in the legislative chamber: for details, L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *op cit*, 269, and *ibid*, DAVID HOPE, ch 11, especially at 175 ff.

of the Rolls, in the Court of Appeal, formerly a member of the House of Lords in its judicial capacity) has diplomatically put it, with a note of agnosticism: ‘whether one agrees with it or not’, after the Human Rights Act 1998, the fact that this court remained in form ‘part of the legislature’ was bound to be ‘regarded as a constitutional impropriety, at least by the more purist or literalist public lawyers.’³⁵

The ‘jury is still out’ on the wisdom of creating the Supreme Court and annihilating the judicial House of Lords. The constitutional purists have prevailed. Whether or not there was any constitutional necessity to disturb the settled traditions of the House of Lords, the new court is now manifestly insulated from any ‘legislative or executive contamination’: none of its judges is involved in the legislative process, or in the practice of Government. This hermetic seal between the legislature and judiciary has cost the nation circa \$US 100 M.³⁶ Perhaps this was money well spent (but one commentator described it as ‘a costly white elephant’).³⁷

3. 110 members of the House of Lords sat in appeals between 1876 to 2009.³⁸ Decisions handed down in the House of Lords have undoubtedly produced important doctrinal change and cemented fundamental constitutional principles.³⁹ House of Lords judgments by Lords Atkin (1922-44, HL),⁴⁰ Reid (1948-75),⁴¹ Wilberforce

³⁵ D. NEUBERGER, *The Supreme Court: Is the House of Lords “Losing Part of Itself”* (2 December 2009), at [17].

³⁶ A. LE SUEUR, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit*, 89-92.

³⁷ *per* Dominic Grieve, MP, shadow Conservative spokesman on legal matters, *Hansard* HC vol 429, col 587 (17 January 2007); A. LE SUEUR, *ibid*, 86.

³⁸ For useful sources and discussion, L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *The Judicial House of Lords: 1876-2009* (Oxford University Press, 2009), 159, 236-7, 258.

³⁹ See the ‘top five’ constitutional judgments suggested by BRIGID HADFIELD, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit*, 520 ff.

⁴⁰ James Atkin: 1867-1944; the legendary father of the modern ‘super tort’ of negligence, in *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, HL (L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *op cit*, 152, 201), and he was the magniloquent dissident in *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206, concerning Executive power in war-time (L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *op cit*, 203 ff); T. BINGHAM, *The Business of Judging* (Oxford University Press, 2000), ch 3; GEOFFREY LEWIS, *Lord Atkin* (Hart, Oxford, 1999).

⁴¹ L. BLOM-COOPER AND G. DREWRY, *Towards a System of Administrative Law: The Reid and Wilberforce Era, 1945-82* in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit*, ch 14.

(1964-82, HL),⁴² Diplock (1968-85),⁴³ Bingham (1996-2008, LCJ and HL),⁴⁴ and Hoffmann (1995-2009, HL)⁴⁵ constructed the great edifices of judicial law during the last century. Fundamental changes include expansion of the tort of negligence,⁴⁶ and the rise of judicial review.⁴⁷ Amongst public lawyers, in particular, it is now common to elevate (to speak only of the dead) Lords Reid and Wilberforce into the Pantheon of leading judges. Innovation was also necessary to cope with the judicial crisis which exploded when Lord Hoffmann failed to recuse himself in the *Pinochet* appeal:⁴⁸ for the House of Lords had to cure its own defective proceeding.⁴⁹

However, one must correct the somewhat misty-eyed view of the House of Lords. One judge, who himself became a Law Lord in the early 1990s, described the House of Lords of the 1950s, when he

⁴² Richard Orme Wilberforce: 1907-2003; until his retirement in 1982, he sat in 465 appeals in the House of Lords. Work of homage: M. BOS AND I. BROWNLEE (EDS), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford University Press, 1987); posthumous autobiography, *Reflections on My Life: Richard Orme Wilberforce* (edited and published by S Wilberforce [son], Croydon 2003). L. BLOM-COOPER AND G. DREWRY, *Towards a System of Administrative Law: The Reid and Wilberforce Era, 1945-82* in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit.*, ch 14.

⁴³ L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *op cit.*, especially 463-4, 473-4, 531-2, 690-1, 722-3, 725-6.

⁴⁴ B. DICKSON, *A Hard Act to Follow: the Bingham Court, 2000-8*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit.*, ch 16; Thomas Bingham: 1933-2010; renowned as a magisterial and pellucid judgment writer and as one of the most distinguished judges of the modern age. Work of homage: M. ANDENAS AND D. FAIRGRIEVE, *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum* (Oxford University Press, 2009). Bingham's extra-judicial writing included: *The Business of Judging* (Oxford University Press, 2000).

⁴⁵ L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *op cit.*, 153, notably; Lord Hoffmann sat in the House of Lords 1995-2009; he was widely recognised as one of the intellectually most penetrating judge of his generation.

⁴⁶ *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, HL; L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *op cit.*, 152, 201, and ch 34 ("Torts") by R. Stevens; A. WEIR, *The Staggering March of Negligence* in P. Cane and J. Stapleton (eds), *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming* (Oxford University Press, 1998), 97.

⁴⁷ P. CRAIG, *Administrative Law*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit.*, ch 29.

⁴⁸ The *Pinochet* crisis unfolded and was resolved in these decisions: *R v Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 1)* [2000] 1 AC 61, HL; *R v Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 2)* [2000] 1 AC 119, HL; *R v Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147, HL.

⁴⁹ T. BINGHAM, *The Law Lords: Who Has Served* in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit.*, 122 ff; see also, *ibid.*, 158, 159, 236-7.

first was called to the Bar, as ‘intellectually moribund’.⁵⁰ For the House of Lords’ performance, even in modern times, has been patchy, or at least it has not been universally venerated. Arthur Marriott has said that the House of Lords in the 1960s were ‘remote’ and ‘rooted in another time’; and he suggested that, even in the 1980s and 90s, they ‘withdrew into themselves’.⁵¹ But he describes Lords Reid and Wilberforce as ‘judicial colossi of their times’. And Marriott excludes from his criticism the performances in recent times of Lords Goff, Browne-Wilkinson, Bingham, Hope, Hoffmann, Steyn, and Lady Hale. It appears that Marriott is awarding these garlands on the basis of his assessment of these particular judges’ measured creativity, intellectual openness, and the consistent display of a liberal legal philosophy. In *Law Reform Now* (1963),⁵² two future Lord Chancellors,⁵³ Gerald Gardiner QC and Elwyn Jones QC, responding in particular to some poor decisions of the House of Lords in the field of criminal law,⁵⁴ proposed the following succinct death-sentence for the House:⁵⁵ ‘*consideration should be given to abolishing the appellate jurisdiction of the House of Lords and giving jurisdiction to a Court of Appeal of five Lords Justices to reconsider any previous decision of the Court of Appeal... One appeal is enough if the appellate court is sufficiently strong, as the Court of Appeal would be if it had the present combined strength of both tribunals.*’

Lord Radcliffe, a distinguished Law Lord and venerable ‘Establishment’ figure, endorsed this idea in a 1973 article, although without citation of the Gardiner/Elwyn-Jones suggestion, first made in 1963.⁵⁶

However, Sir Jack Jacob in 1987 described the Gardiner/Elwyn-Jones plea (1963) for reform as ‘desultory’⁵⁷ (in 2009 Lord Bingham

⁵⁰ Personal communication.

⁵¹ L. BLOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY (EDS), *op cit.*, 422.

⁵² G. GARDINER AND A. MARTIN (EDS), *Law Reform Now* (London, 1963), 16.

⁵³ Lord Gardiner, LC 1964-70 (Labour); Lord Elwyn-Jones, LC 1974-9 (Labour).

⁵⁴ Citing *DPP v Smith* [1961] AC 290, HL and *Shaw v DPP* [1962] AC 220, HL.

⁵⁵ N. DUXBURY, *Lord Radcliffe Out of Time* [2010] *Cambridge Law Journal* 4159 n 131, noting Radcliffe’s review, (1973) 36 MLR 559, 565, of L. BLOM-COOPER AND G. DREWRY, *Final Appeal: A Study of the House of Lords in its Judicial Capacity* (Oxford University Press, 1972).

⁵⁶ N. DUXBURY, *Lord Radcliffe Out of Time* [2010] *Cambridge Law Journal* 4159 n 131, noting Radcliffe’s review, (1973) 36 MLR 559, 565, of L. BLOM-COOPER AND G. DREWRY, *op cit.*

⁵⁷ J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice* (London, 1987), 245.

was kinder, describing these voices from 1963 as ‘authoritative’).⁵⁸ Jacob’s two-fold apologia for the House of Lords was in fact rather limp: that it had decided many notable cases and that two levels of appeal are better than one. He did not elaborate either point. The answer to the first point is that a system which allows the best judicial minds to ‘cherry pick’ the juiciest cases for appellate reconsideration, permitting them to ransack the analysis of judges and counsel in two lower levels of adjudication, and of counsel and four other Law Lords during the final appeal, is bound to excite judicial writing of a very high quality, occasionally of historic brilliance and resonance. However, the second of Jacob’s points, that two levels of appeal are better than one, cries out for scrutiny.

Further thought would have revealed the possible attraction of a single level of appeal in a court elevated above the first instance tribunal of the High Court.

Thus it would have been possible by legislation to have created flexible practices within the Court of Appeal permitting appeals to be heard, or even re-heard, by an enlarged panel (of five or seven)⁵⁹ especially in fields of law where the law had become tangled or obstructed by unconvincing decisions of the Court of Appeal itself or the House of Lords.

This development might have yielded many benefits.

First, concentration of appeals within the same appellate tier would have enabled the Court of Appeal to draw upon the array of special talents sitting in that court. By contrast, the thinness of specialist talent has been exposed in some areas of the House of Lords’ broad jurisdiction. Thus it has been contended that between 1960 and 1990, the House of Lords struggled in the field of criminal law, for the obvious reason that nearly all the Law Lords had never practised as barristers in this area, nor had they acquired anything more than brief exposure to it during their High Court period as first instance judges.⁶⁰ John Spencer’s critique of the House of Lords in this field concludes with the view that they made a ‘mess of it’.⁶¹ But, in other knotty fields, including Tax⁶² and Intel-

⁵⁸ T. BINGHAM, *The Law Lords: Who Has Served*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit.*, 122.

⁵⁹ A possibility contemplated by Dame Brenda Hale: B. HALE, *A New Supreme Court for the United Kingdom* (2004) 24 *Legal Studies* 36, 39.

⁶⁰ J.R. SPENCER, *Criminal Law*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit.*, ch 32, at 610.

⁶¹ J.R. SPENCER, *Criminal Law*, *ibid*, at 609.

⁶² J. TILEY AND S. OLIVER, *Tax Law*, *ibid*, ch 40, at 733.

lectual Property Law,⁶³ or International Law,⁶⁴ commentators have given the House of Lords two or even three cheers. However, to return to the general issue, it must be acknowledged that a panel of 12 Supreme Court Justices might become overstretched, if the whole gamut of legal issues is to be adjudicated. For the tendency to lean on one specialist to write the leading speech is fraught with danger, because non-specialists will necessarily defer to those possessing knowledge, and precious experience, of mysterious and arcane branches of the law. This danger would have been avoided by rendering the English Court of Appeal the final appellate level. That court is larger and hence more versatile.

Secondly, abolition of the House of Lords and concentration of appeals in the Court of Appeal would have reduced the delay and expense generated by successive appeals. This point is ignored, or inadequately considered, by lawyers (but it was a point emphasised by Lord Radcliffe).⁶⁵

Thirdly, another advantage of the Gardiner/Elwyn-Jones model of concentrated appeals is that the constitutional confusion of a bifurcated or constitutionally schizophrenic House of Lords, mostly legislative, but partly judicial, could have been neatly side-stepped.

A fourth advantage is that the Gardiner/Elwyn-Jones model would have solved the problem of physical space: there would have been no need for a new appeal court building (a recurrent problem in the over-crowded Palace of Westminster).⁶⁶ Instead the august Victorian premises of the Royal Courts of Justice in the Strand would have provided satisfactory accommodation.

Finally, the self-confidence of the English judiciary might have been promoted if all its senior members had been accommodated

⁶³ Robin Jacob, currently a Lord Justice of Appeal, has concluded that the House of Lords has served his specialist subject, 'IP Law' 'well', although he is rightly critical of the procedural *faux pas* in *American Cyanamid v Ethicon* [1975] AC 396 concerning interim injunctions: 'Intellectual Property', *ibid*, ch 39, at 718, 728.

⁶⁴ Rosalyn Higgins, has concluded that the House of Lords has served 'International Law' well, *ibid*, ch 26, at 481-2, noting no fewer than 20 Lords of Appeal who have 'played a very significant role' in rendering the House of Lords a 'leader in authoritative pronouncements by national courts on matters of international law'.

⁶⁵ Lord Radcliffe, (1973) 36 *Modern Law Review* 559, reviewing L. Blom-Cooper and G. Drewry, *op cit*.

⁶⁶ On this long-standing issue, A. LE SUEUR, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative*, in L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (eds), *op cit*, 66-7.

under the same roof. Such professional proximity, and hence daily camaraderie, would have amply compensated for any short-term diminution of authority attributable to loss of Peerages and membership of the House of Lords.

However, there was insufficient support for the Gardiner/Elwyn-Jones (1963) suggested model of a single tier of appeals (although Lord Radcliffe in 1973 had supported this idea, without citing the work of Gardiner and Elwyn-Jones).⁶⁷

Three points can be made against their suggestion and thus in favour of the decision, underpinning the Constitutional Reform Act 2005, to retain a second level of appeal, and to replace the House of Lords with the United Kingdom Supreme Court, rather than simply abolish the House of Lords.

First, roughly fifty five per cent of the decisions appealed to the House of Lords during 2002-7 were reversed on final appeal.⁶⁸ This suggests that there is scope for legitimate reconsideration of Court of Appeal decisions on the legal merits, and that over a half of those selected for reconsideration are legally erroneous. But a milder presentation of this point might be simply to observe that there is often more than one acceptable approach to difficult or intractable legal problems. Many difficult points are (by definition) highly contestable. For example, points of contractual interpretation (regarded in English law as points of 'law', and thus open to appeal, rather than questions of fact for first instance 'autonomous' judicial determination) can divide even the most gifted set of judges: see the *Sigma*⁶⁹ case, where one interpretation was supported by Sales J, at first instance, and by Lloyd and Rimer LJ, the majority of the Court of Appeal, and by Lord Walker, dissenting alone in the Supreme Court; but the other interpretation, which prevailed, was supported by Lord Neuberger MR, dissenting in the Court of Appeal, and by Lords Mance, Hope, Scott and Collins in the Supreme Court. Taking the three levels of adjudication together, the overall tally was four judges to five, and thus a narrow judicial split. Although the Supreme Court's decision in the *Sigma* case is persuasive, one can say generally that the highest chamber merely enjoys the right to have the final say: it has no hot-line to the Absolute and Perpetual Truth.

⁶⁷ *Supra*, at 56.

⁶⁸ *ibid*, at 50.

⁶⁹ *In Re Sigma Finance Corporation (in administrative receivership)* [2009] UKSC 2; [2010] 1 All ER 571; [2010] BCC 40.

Secondly, the Court of Appeal is extremely busy. On the civil side alone, that court in 2004 disposed of 1,059 appeals (in the same year the House of Lords heard 77 appeals).⁷⁰ One might view the Court of Appeal as a busy airport: whereas the House of Lords (and its successor, the Supreme Court) is a minor airfield reserved for exclusive travellers. Because of this very low level of traffic, and because of the high quality of analytical advocacy displayed in this court by leading barristers, nearly always supported by large law firms, the Supreme Court has the time, space, and intellectual stimulation to reflect profoundly on those difficult and important cases chosen carefully by this distinguished set of Justices. For judges of an analytical and versatile nature, delighted to remain far removed from the ‘knock about’ practice of cross-examination at first instance and inexperienced advocates, the Supreme Court must indeed be Heaven on Earth.

Thirdly, the House of Lords and the new Supreme Court can conveniently provide a final appellate forum for not just English matters but cases emanating from Scotland and Northern Ireland. By contrast, the Court of Appeal in London has only ever had jurisdiction to hear English appeals.

But, in short, creation of the Supreme Court was an opportunity missed to rationalise the administration of appellate justice. It is not obvious that English law needs a second court of appeal. Here I would make five points:

1. Instead of replacing the House of Lords with the UK Supreme Court, thus perpetuating two levels of appeal, arrangements could have been made for the Court of Appeal in London to make all necessary legal changes to the common law or the body of precedents in general, both by reversing its own decisions and departing from decisions of the House of Lords. This would have provided a speedier and cheaper appellate structure.
2. Furthermore, specialist legal talent could have been more regularly tapped from within the Court of Appeal, which has more than three times the number (38 plus) of Supreme Court Justices (12).⁷¹

⁷⁰ *ibid.*

⁷¹ The office web-page for the courts service (<http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/court-of-appeal/index.htm>) states: ‘The Court of Appeal, which sits in London at the Royal Courts of Justice, consists of two divisions. The Civil Division, headed by Lord Neuberger of Abbotsbury – Master of the Rolls and Head of Civil Justice, hears appeals from: The three divisions of the High Court (Chancery, Queen’s Bench and Family Division); From the

3. Having the Court of Appeal as the apex of the English system would be better for judicial morale. This is because there are only slight opportunities for final promotion to the Supreme Court. Many Lords Justices in the Court of Appeal 'go off the boil' once they sense that they have been 'passed over', that is, once junior members of the Court of Appeal have been promoted to the Supreme Court. It would be psychologically more stimulating for all members of the Court of Appeal to remain in the same race, which would no longer be promotion, but competition to become a leading contributor to legal development from within the Court of Appeal.
4. The problem of appellate over-load within the Court of Appeal could have been tackled so as to create the time and space for concentration on really important points of general legal significance.
5. Intra-UK constitutional matters could have been adjudicated by retaining the devolution jurisdiction of the Privy Council (which has instead been transferred to the UK Supreme Court).

4. My first suggestion is that there was no overwhelming case for dismantling the judicial function of the House of Lords. It would have been enough for the Law Lords to have ceased to participate in legislative debates and for the Lord Chancellor (as he had already agreed to do) to sit as a judge only in cases where there was no governmental interest in the outcome of the appeal. Probably the only real gain achieved by creation of the Supreme Court is that its judges now enjoy more space than they had formerly had as Law Lords within the Palace of Westminster.

County Courts across England and Wales; From certain Tribunals such as the Employment Appeal Tribunal, the Immigration Appeal Tribunal, the Lands Tribunal and the Social Security Commissioners. The Criminal Division, which hears appeals from the Crown Court. The Court of Appeal is the highest court within the Senior Courts, which also includes the High Court and Crown Court. The Court of Appeal normally sits in up to 12 courts in the Royal Courts of Justice. There are 37 regular judges of the Court of Appeal whose title is Lord/Lady Justice. Many of them also sit in the Criminal Division of the Court of Appeal and in the Divisional Court of the Queen's Bench Division. The other Heads of Division also sit occasionally in the Civil Division of the Court of Appeal. They are: The Lord Judge – Lord Chief Justice of England and Wales and Head of Criminal Justice; Sir Anthony Tristram Kenneth May – President of the Queen's Bench Division and Judge in Charge of the Administrative Court; Sir Nicholas Peter Rathbone Wall – President of the Family Division and Head of Family Justice; Sir Robert Andrew Morritt CVO – The Chancellor of the High Court.'

My second suggestion is that the opportunity was missed to scrap a second tier of appeal and instead to re-organise the Court of Appeal in England and Wales. That court could have been empowered to make all necessary legal changes to the common law and to the body of precedents in general, both by reversing its own decisions and departing from decisions of the House of Lords. If appeals stopped at the Court of Appeal, the legal system would have provided a speedier, cheaper, and institutionally more reliable method for dealing with vexed points of legal principle. Thus specialist legal talent could have been more regularly tapped from within the Court of Appeal.

9.

L'incerta trasformazione della Corte di cassazione italiana

MICHELE TARUFFO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La fissazione del modello. – 3. Verso la terza istanza. – 4. Le “corti del precedente”. – 5. La riforma del 2009. – 6. *Segue*: una corte del giusto processo? – 7. Conclusione.

1. Nel corso della sua lunga vita, iniziata con l'unificazione del regno ma anche prima in vari stati preunitari, la Corte di cassazione¹ non è rimasta sempre uguale a se stessa: al contrario, è passata attraverso varie fasi di trasformazione, lungo un percorso complicato e non sempre coerente, che – a quanto si può intuire – non è ancora terminato. Scopo di queste pagine non è di svolgere una dettagliata analisi storica delle vicende della Corte dalle sue origini ai nostri giorni, ma di mettere in evidenza due aspetti rilevanti di queste vicende: da un lato – appunto – le fasi salienti di questa trasformazione; dall'altro il fatto che essa appare – nel momento attuale – quanto mai incerta, collocandosi ora la Corte in una sorta

* Università di Pavia

¹ Su un tema ampio e complesso come quello della Cassazione civile e delle sue vicende passate e presenti non è evidentemente possibile fornire qui indicazioni bibliografiche che pretendano di essere complete. Ci si limiterà dunque ad indicare le principali fonti a cui si riferiscono le pagine precedenti, e che possono essere utili per ulteriori riferimenti e approfondimenti. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I - *Storia e legislazioni*, ora in *Opere giuridiche*, VI, Napoli 1976, e vol. II - *Disegno generale dell'istituto*, ora *ibidem*, VII, Napoli 1976; OTEIZA (a cura di) *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, Buenos Aires ed a., 2011; CARPI, *El acceso a la Corte de casación*, in *Cortes supremas cit.*, 17 ss.; CHIARLONI, *Función nomofiláctica y valor del precedente*, in *Cortes supremas cit.*, 33 ss.; *Le corti supreme. Atti del convegno (Perugia, 5-6 maggio 2000)*, Milano 2001; PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, I-II, Torino 2005; YESSIOU - FALTSI (a cura di), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998; SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in *Il processo civile riformato*, a cura di Taruffo, Bologna 2010, 409 ss.; TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 709 ss.; TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 755 ss.

di terra di nessuno tra due (o più) modelli fondamentali di corti supreme, senza che si possa intravedere, nella mescolanza di aspetti eterogenei ed incoerenti che essa presenta, una direzione abbastanza univoca nella quale la prossima e non evitabile fase di trasformazione potrà indirizzarsi.

2. Come si è accennato, la Cassazione nasce al momento dell'unità d'Italia, in modo faticoso e problematico con la progressiva imposizione del modello piemontese, a sua volta fedelmente derivato dal modello fondamentale rappresentato dal *Tribunal de cassation* francese. Tuttavia, è solo nella prima metà del '900 che – in un processo durato vari decenni – si consolida quello che potrebbe definirsi come il “modello italiano” di Corte di cassazione.

Il primo momento di questo processo può essere individuato nel 1920, con l'apparizione della monumentale opera di Calamandrei che determinerà nei decenni a venire la prospettiva teorica e dogmatica nella quale l'istituto della Cassazione verrà collocato da processualisti e da legislatori, oltre che – come si dirà – dalla stessa giurisprudenza della Corte. È con Calamandrei, infatti, che si definiscono con chiarezza le funzioni della Cassazione, ricondotte ai concetti fondamentali della nomofilachia e dell'uniformità della giurisprudenza.

Il secondo momento è costituito dalla unificazione della Cassazione realizzata nel 1923: solo la Cassazione unica, come scrive non a caso lo stesso Calamandrei, può realizzare in modo coerente ed effettivo queste due funzioni, e soprattutto quella che consiste nell'unificazione della giurisprudenza da parte di un solo organo giudiziario di vertice.

Il terzo momento è costituito dal codice processuale del 1940: è infatti nella elencazione tassativa dei motivi di ricorso contenuta nell'art. 360 c.p.c., molto più sintetica e precisa di quella che era contenuta nell'art. 517 del codice del 1865, che si definisce il ruolo della Corte come giudice di mera legittimità. In questo modo viene codificata con precisione l'area entro la quale la Corte esercita la sua funzione nomofilattica. Inoltre, nell'art. 374, comma 2°, c.p.c., si specifica che la funzione di unificazione della giurisprudenza della stessa Corte viene affidata alle Sezioni Unite.

Il medesimo modello di corte viene poi ulteriormente codificato nell'art. 65 della legge del '41 sull'ordinamento giudiziario, nel quale la Corte di cassazione viene definita come “organo supremo della giustizia”, la cui funzione consiste essenzialmente nell'assicurare “l'esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge” oltre che la “unità del diritto oggettivo nazionale”. Il riferimento alla

“esatta osservanza” della legge riflette evidentemente una concezione veteropositivista dell’interpretazione, così come il “diritto oggettivo nazionale”, nel quale viene aggiunto un tocco di nazionalismo caratteristico dell’epoca. È chiaro tuttavia che la norma fa propria, nella sostanza, la teoria di Calamandrei intorno alle funzioni che spettano alla Corte di cassazione.

Infine, il modello italiano si consolida definitivamente, sul piano normativo, nel 1948 con l’art.111, comma 2° (ora comma 7°) della Costituzione, nel quale si prevede la possibilità del ricorso in Cassazione “per violazione di legge” contro tutte le sentenze.

Attraverso queste vicende si fissa in modo chiaro un modello di Corte di cassazione che è sostanzialmente quello che Calamandrei aveva individuato nel 1920: una corte suprema unica collocata al vertice del sistema giudiziario, con il compito di assicurare l’osservanza della legge intervenendo contro le sue violazioni commesse dai giudici inferiori, così realizzando in modo integrale e completo la funzione di nomofilachia, ma limitando il proprio controllo ai profili di legalità sostanziale e processuale, senza incidere sul merito delle controversie e soprattutto senza decidere in alcun modo sui fatti che a tali controversie avessero dato origine. È utile notare che il n. 5 dell’art. 360 c.p.c., che riguarda il controllo sulla motivazione e quindi soprattutto della giustificazione del giudizio di fatto, viene introdotto solo nel 1950, recependo una giurisprudenza della Cassazione che era iniziata sotto il codice del ’65 e correggendo la dizione contenuta nel codice del ’40, ma comunque con l’intenzione di limitare il ruolo della corte al controllo sulla correttezza logica del ragionamento del giudice, e non sul suo contenuto.

3. È noto che l’imposizione in tutto il territorio nazionale unificato del “modello a cassazione” segnò la fine dei sistemi che si ispiravano al “modello della terza istanza”. Tuttavia l’idea che la corte suprema fosse o dovesse essere soprattutto l’organo di una istanza finale di giustizia sul caso concreto non venne mai meno, ed anzi trovò manifestazioni rilevanti già nella prassi anteriore al codice del ’40. Però, e quasi paradossalmente, questa idea emerge nella prassi, e poi a livello normativo, proprio dopo che – come si è detto poc’anzi – si è fissato il modello della Cassazione come supremo organo di controllo della legittimità sostanziale e processuale.

Questo modello, in realtà, non trova attuazione nella giurisprudenza della stessa Corte di cassazione. Sotto questo aspetto un momento importante può essere individuato nel 1953, quando la famosa sentenza n. 2593 delle sezioni unite stabilisce – dando origine ad una giurisprudenza fluviale che applicò in modo sistematico e

coerente lo stesso criterio – l’interpretazione del termine “sentenze” contenuto nell’art. 111, comma 2°, della Costituzione affermando che esso significa “sentenze in senso sostanziale”. Successivamente questa interpretazione viene confermata da una quantità di decisioni della Corte relative ad un ampio numero di fattispecie particolari che qui non mette conto di elencare: basti dire sintenticamente che la “sentenza in senso sostanziale” è ogni provvedimento, emanato in qualunque forma, che *decida* o *incida* su una situazione di diritto sostanziale. In questo modo si escludono almeno due interpretazioni possibili della norma costituzionale: si esclude, da un lato, che essa si riferisca solo ai provvedimenti pronunciati *in forma* di sentenza, il che avrebbe drasticamente ridotto il suo campo di applicazione. Dall’altro lato, non si prende neppure in considerazione l’ipotesi che la norma assicuri solo la *possibilità* del ricorso in cassazione (escludendo l’eventualità che esso sia sottoposto – come accade ad esempio in Germania – ad una autorizzazione preventiva): si dà per certo, infatti, che la garanzia costituzionale assicuri il diritto di ottenere in ogni caso una decisione sul merito del ricorso. In sostanza, l’interpretazione che la Corte accoglie estende in misura relevantissima l’ambito del potere di controllo che essa esercita, configurandolo in qualsiasi situazione specifica in cui una pronuncia investe in qualche modo un diritto, ed implica che in tutte queste ipotesi la Corte possa e debba entrare nel merito dei motivi di impugnazione. Inoltre, si afferma (e questa soluzione sarà codificata dal legislatore nel 2006) che la “violazione di legge” di cui parla la norma costituzionale include in realtà tutti i motivi di ricorso indicati nell’art. 360 c.p.c. Così il controllo che la Corte esercita diventa completo ed onnicomprensivo: nessuna violazione di legge sfugge alla verifica di legittimità che la Cassazione svolge attraverso il ricorso ordinario, o attraverso il ricorso “straordinario” che è stato costruito proprio interpretando nella maniera più estensiva possibile il comma 2° dell’art. 111 della Costituzione.

Parallelo allo svolgersi di questa vicenda interpretativa è l’inclinarsi della prassi della Cassazione verso quella che è stata definita come la tutela dello *jus litigatoris*, a scapito della tutela dello *jus constitutionis*. Questa distinzione, entrata ormai da tempo nella vasta letteratura che si occupa di come la Corte opera in concreto, indica che essa interpreta la propria funzione essenzialmente come ultima istanza di giustizia del caso particolare, modellando le proprie decisioni sulle caratteristiche specifiche della singola controversia, ed operando – di conseguenza – un controllo di merito sulla giustizia della decisione nel singolo caso, piuttosto che una verifica – in termini generali – della “esatta osservanza della legge”, ossia della cor-

retta interpretazione della norma applicata dal giudice del merito. Mentre nel modello tradizionale il giudizio di merito veniva riservato essenzialmente al giudice di rinvio, dovendo la Corte limitarsi a svolgere una funzione *rescindente*, diventa sempre più evidente che essa, sotto l'apparenza di un sindacato di mera legittimità, mira in realtà a decidere nel merito la controversia, e a piegare in questa direzione l'interpretazione delle norme a cui fa riferimento.

Questa tendenza, che non era nuova nel passato ma che negli ultimi decenni si è riscontrata con evidenza sempre maggiore, si è – per così dire – intrecciata con un altro orientamento della giurisprudenza della Corte, evidente nel modo in cui essa interpreta e applica il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. relativo al controllo sulla motivazione. Approfittando in qualche modo delle incertezze di una parte della dottrina, che addirittura nega la possibilità di un controllo puramente logico sulla motivazione della sentenza, la Cassazione si occupa in modo tutto sommato superficiale e riduttivo dei vizi logici della motivazione, individuando poche fattispecie (per di più talvolta definite in modo logicamente non appropriato), ma in compenso approfitta della possibilità che il ricorso per vizio di motivazione le offre di occuparsi dei fatti, per effettuare non di rado un vero e proprio controllo sul modo in cui il giudice del merito ha deciso sui fatti della causa, pur ribadendo in linea di principio che tale controllo non le è consentito.

Emerge dunque in modo abbastanza chiaro una sorta di irrisolvibile tendenza della Corte ad interpretare il proprio ruolo come orientato alla finale formulazione di una decisione di merito sull'intera controversia, e sulle circostanze specifiche di ogni singola situazione che viene sottoposta al suo giudizio, piuttosto che limitato – per così dire – alla verifica della esatta interpretazione e applicazione della legge.

Questa tendenza viene poi sostanzialmente codificata dal legislatore nel 1990, con la modificazione dell'art. 384 c.p.c. intesa a prevedere che la Corte, accogliendo il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto (e quindi ora anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro) possa decidere la causa nel merito se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto. In proposito sono opportune almeno due osservazioni. La prima è che in questo modo spetta alla stessa Corte la decisione se operare come corte di mera legittimità, il che comporterebbe una pronuncia di cassazione con rinvio, o come corte di terza istanza, il che le consente di porre fine al processo con una sentenza di merito. Ecco dunque che si ammette la conversione della Corte di cassazione in un modello di corte suprema

sostanzialmente diverso da quello che derivava dalla tradizione storica e dalla fase di fissazione del modello che si è sommariamente descritta in precedenza. Per così dire, l'ambiguità che da tempo si era rilevata nella interpretazione del proprio ruolo da parte della Corte si risolve, ma si risolve in modo curioso, ossia configurando un organo che è al contempo giudice della mera legalità e giudice del merito, a seconda delle circostanze. Tuttavia queste circostanze – e questa è la seconda osservazione – non vengono individuate *a priori* con una norma generale, ma vengono apprezzate di volta in volta dalla stessa Corte, che in ogni caso concreto “decide come decidere” sul ricorso. Questa decisione, peraltro, viene presa dalla stessa Corte prendendo in considerazione i fatti così come sono stati accertati dal giudice di merito. Vero è che la Corte non ripete e non può modificare direttamente questo accertamento, ma essa deve comunque valutare se occorre o se non occorre un nuovo accertamento, il che implica comunque un giudizio sui fatti della causa.

Sotto altro profilo, l'idea che la Corte di cassazione debba effettuare un controllo analitico e penetrante sull'applicazione della legge in ogni questione che in qualunque modo venga sottoposta alla sua attenzione, ha ispirato il legislatore del 2006, in particolare nelle norme che riguardano la pronuncia del “principio di diritto”, ossia della regola che secondo la Corte deve essere applicata in ogni situazione particolare che è stata oggetto di controversia. In passato il principio di diritto doveva essere enunciato (anche se spesso non lo era in termini specifici, e quindi doveva essere rinvenuto nel contesto della sentenza) nell'ipotesi di cassazione con rinvio, dato che era destinato ad essere la regola vincolante per la decisione del giudice di rinvio. Con la riforma del 2006 il principio di diritto deve o può essere pronunciato in una pluralità di casi: a) “nell'interesse della legge”, ossia non su ricorso di una parte ma su richiesta del procuratore generale presso la Corte di cassazione, e questa volta anche quando il provvedimento in questione non era ricorribile in cassazione (art. 363 c.p.c.); b) anche d'ufficio se il ricorso delle parti è dichiarato inammissibile ma la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza (art. 363, comma 2°, c.p.c.); c) quando la Corte accoglie il ricorso e cassa con rinvio (art. 384 c.p.c.); d) d'ufficio, quando decide su motivi di ricorso diversi dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ma risolve comunque una questione di particolare importanza (art. 384 c.p.c.).

In proposito il legislatore del 2006 ha parlato di nomofilachia, dato che in tutte queste ipotesi si tratterebbe di assicurare l'esatta applicazione della legge, ma si tratta di una concezione onnipervasiva – per non dire ossessiva – della funzione nomofilattica che la

Corte dovrebbe svolgere, enunciando principi di diritto ad ogni piè sospinto, anche senza che le parti lo chiedano, anche quando il provvedimento coinvolto non era ricorribile in Cassazione, e comunque ogni volta che in qualche modo il giudizio della Corte incontri una questione di “particolare importanza”. L'idea fondamentale è – comunque – che il controllo di legittimità deve potere investire qualunque situazione nella quale in qualunque modo viene in gioco l'applicazione di una norma, dato che il criterio della “particolare importanza” della questione è del tutto generico e – nel migliore dei casi – esclude la necessità del principio di diritto solo su questioni del tutto prive di rilievo o di fondamento.

4. Mentre si svolge la fase che si è appena tentato di descrivere, si aggrava sino a raggiungere proporzioni abnormi la crisi di funzionalità della Corte di cassazione, crisi che già si manifestava negli anni '60 ma che aumenta rapidamente nei decenni successivi. Questa crisi si caratterizza per molti fattori, ma due tra essi appaiono particolarmente rilevanti. Il primo fattore è l'aumento quantitativo dei ricorsi che vengono proposti e – di conseguenza – delle sentenze che la Corte pronuncia ogni anno. Quando si superano le 30.000 sentenze all'anno è chiaro che ci si trova di fronte ad una sorta di *monstrum* che non ha paragoni in altri ordinamenti, nel quale la funzione di tutela della legalità sfuma in un pulviscolo di decisioni *ad hoc*, che nella migliore delle ipotesi, e con tempi lunghi, realizzano la tutela dello *jus litigatoris* nei singoli casi concreti, ma certamente non attuano la funzione consistente nell'assicurare l'esatta interpretazione della legge. Il secondo fattore – che è diretta conseguenza del primo – consiste nella frequente mancanza di coerenza nella giurisprudenza della stessa Corte (e quindi nell'incapacità di rendere uniforme la giurisprudenza dei giudici inferiori). Troppo spesso questa giurisprudenza è contraddittoria, incerta, variabile e confusa, sicché anche la funzione consistente nel rendere uniforme l'interpretazione della legge viene sostanzialmente frustrata, anzitutto per quanto attiene all'interpretazione della legge da parte della stessa Corte.

Nella perdurante inerzia del legislatore, questa situazione viene più volte denunciata dalla dottrina, che non solo analizza i gravi inconvenienti che ne derivano, ma suggerisce riforme radicali che tengano conto di un modello alternativo di corte suprema. Questo modello esiste da sempre negli ordinamenti di *common law* ma si va realizzando – sia pure con modalità diverse – anche in vari ordinamenti di *civil law*. Il modello si caratterizza in quanto la funzione preminente delle corti supreme viene individuata nella creazione e

nel governo di precedenti destinati a stabilire l'interpretazione appropriata delle norme di legge e – soprattutto – ad orientare in senso possibilmente uniforme l'applicazione di queste norme da parte dei giudici successivi: si può parlare sinteticamente di “corti del precedente” per identificare in termini molto generali le corti che svolgono questa funzione.

L'idea che la Corte di cassazione dovesse operare anche come corte del precedente non era in realtà estranea al “modello italiano”: già Calamandrei aveva chiarito nel 1920 che la nomofilachia avrebbe dovuto realizzarsi attraverso decisioni capaci di indirizzare in senso uniforme l'interpretazione della legge nella giurisprudenza successiva, e va nella stessa direzione il riferimento alla “uniforme interpretazione della legge” contenuto nell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario. Queste indicazioni non possono però essere seguite nella situazione di crisi che si è richiamata poc'anzi: in una giurisprudenza pletorica e contraddittoria è spesso difficile, e non di rado impossibile, scoprire decisioni alle quali si possa attribuire la qualità di precedenti. Inoltre, l'uso e l'abuso delle massime, che non sempre esprimono la vera *ratio decidendi* del caso, fanno della giurisprudenza nostrana – e dell'uso che ne viene fatto nella prassi – qualcosa che non è neppure lontanamente paragonabile a quanto accade nei sistemi in cui si applica il “vero” precedente, fondato essenzialmente sull'analogia tra i fatti del caso anteriormente deciso e quelli del caso che dev'essere deciso successivamente.

Vi è peraltro un ulteriore elemento che costituisce un carattere essenziale delle vere corti del precedente, ossia il numero limitato di casi che queste corti decidono nel merito. Vale per queste corti la regola per cui l'efficacia del precedente come regola destinata ad essere applicata nei casi futuri è inversamente proporzionale al numero dei precedenti: migliaia di precedenti possono talvolta costituire una “giurisprudenza”, ma il valore di ognuno di essi è necessariamente limitato, e non è neppure determinabile, mentre pochi precedenti – o addirittura un solo precedente – possono avere una forza tale da orientare davvero la giurisprudenza successiva.

Appare dunque evidente che il modello delle corti del precedente si fonda su meccanismi di selezione dei ricorsi capaci di ridurre drasticamente – rispetto al modello italiano – il numero delle decisioni che la corte suprema deve rendere ogni anno. Gli esempi canonici sono quelli della Corte Suprema degli Stati Uniti che – essendo anche corte costituzionale – pronuncia in tutte le materie meno di 200 sentenze all'anno, e la corte suprema inglese (prima la *House of Lords* e ora la *Supreme Court* di recente istituzione) che ne pronuncia circa 80. Nell'Europa continentale l'esempio più si-

gnificativo – e più direttamente riferibile per contrasto alla situazione italiana – è quello del *Bundesgerichtshof* tedesco, che pronuncia annualmente poco più di 3.000 sentenze civili. Si tratta di un numero elevato se rapportato a quelli delle corti di *common law*, ma si tratta di un numero modesto se si considera che esso costituisce poco più del 10% delle sentenze normalmente pronunciate dalla nostra Corte di cassazione.

Si intende facilmente che nelle corti del precedente il problema centrale è quello dei criteri secondo i quali vengono selezionati i casi destinati ad essere decisi. Tali criteri possono essere molto diversi nei singoli casi. Ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti dispone di una discrezionalità assoluta – sicché non motiva la decisione con cui rifiuta il *certiorari* – ma l'analisi della sua giurisprudenza in proposito mostra che la Corte accetta o rifiuta di decidere in funzione dell'opportunità di creare o modificare un precedente, eventualmente risolvendo conflitti emersi nella giurisprudenza delle corti inferiori. Particolarmente interessante è l'esempio tedesco, dove il ricorso alla corte suprema è autorizzato (dalla corte d'appello o dalla stessa corte di revisione) solo quando esso solleva una questione di diritto di fondamentale importanza e la relativa decisione può contribuire alla futura evoluzione del diritto. Anche in questo caso è chiaro che la selezione avviene tenendo presente quello che noi chiameremmo *jus constitutionis* e considerando l'opportunità che tali questioni vengano decise in modo tale da costituire precedenti capaci di orientare la giurisprudenza successiva.

È anche chiaro, peraltro, che criteri di questo genere non sono finalizzati soltanto ad una riduzione quantitativa del numero dei ricorsi che vengono decisi. Poiché la funzione di queste corti è chiaramente orientata nel senso di partecipare attivamente, con le loro sentenze e con l'influenza che esse possono avere sulle decisioni future, alla evoluzione del diritto, il criterio di selezione – come è evidente nel caso tedesco – è essenzialmente *qualitativo*, essendo fondato sulla natura e l'importanza della questione di diritto che la corte considera opportuno risolvere con una propria decisione. Ciò che rileva in queste corti, infatti, non è solo la necessità che esse affrontino un numero limitato di casi, ma soprattutto la possibilità che esse decidano solo i casi nei quali la loro decisione ha una proiezione futura sulla soluzione di questioni particolarmente rilevanti in prospettiva generale.

5. L'indifferenza del legislatore verso i gravi problemi che si sono richiamati più sopra cessa finalmente nel 2009, quando si affronta il problema di come ridurre il carico di lavoro della Corte di cas-

sazione “filtrando” i ricorsi che ad essa vengono proposti. Dopo varie incertezze, dovute probabilmente alla mancanza di idee chiare sul da farsi, la legge n. 69 introduce un sistema di selezione dei ricorsi che si articola essenzialmente in due punti: a) l'introduzione di criteri di “inammissibilità” dei ricorsi che debbono essere applicati preliminarmente (art. 360 *bis* c.p.c.); b) la creazione di una “apposita sezione” della Corte (art. 386 c.p.c.), che ha il compito di svolgere la selezione preliminare dei ricorsi in base a questi criteri.

Queste norme, e in particolare l'art. 360 *bis* c.p.c., hanno immediatamente sollevato critiche dovute soprattutto alla loro discutibile formulazione letterale, che ha subito dato luogo ad interpretazioni diverse e contrastanti da parte della dottrina. Non è il caso di approfondire qui l'analisi di tutti i problemi che ne sono derivati, ma è forse utile indicare le difficoltà più rilevanti che derivano dai criteri indicati nell'art. 360 *bis* c.p.c.

Anzitutto, non appare infondato in linea generale il dubbio che l'introduzione di “filtri” all'ammissibilità dei ricorsi, presumibilmente finalizzata ad escludere la decisione nel merito in una quantità rilevanti di casi, sia in contrasto con la garanzia costituzionale del ricorso in Cassazione prevista dall'art. 111 comma 7 della Costituzione. Certamente, come già si è detto, una drastica riduzione del numero dei ricorsi che vengono decisi dalla Corte appare indispensabile, ma per giungere a questo risultato sarebbe stata opportuna – per non dire necessaria – l'eliminazione di tale garanzia, onde lasciare al legislatore ordinario il compito di modellare i criteri di selezione. Si potrebbe dubitare dell'opportunità di eliminare questa garanzia, ma dev'essere chiaro che essa non viene attuata se vi sono ricorsi che vengono esclusi dall'esame del merito in base ad un “filtro” che non riguarda la loro validità formale ma la loro fondatezza nel merito.

In proposito si osserva (come fa ad esempio Cass., S.U., 6 settembre 2010, n. 19051, ossia la prima decisione a sezioni unite in argomento) che la valutazione di inammissibilità prevista dall'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c., si fonda in realtà su un giudizio relativo alla infondatezza del ricorso, o – più precisamente – dei motivi di ricorso. Si rileva infatti che poiché il criterio in questione consiste nel verificare se “il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi tali da confermare o mutare l'orientamento della stessa”, esso non riguarda propriamente una ragione di inammissibilità in senso tecnico, ma – appunto – una decisione sul merito del ricorso, per quanto attiene in particolare alla capa-

cità dei motivi in esso contenuti di indurre la Corte a decidere in proposito.

Rimane comunque dubbia la natura della selezione che secondo questo criterio verrebbe effettuata. Se si parla di “filtro” (come fa ad esempio la Cassazione nella sentenza ora citata), si vuole forse suggerire che la vera decisione di merito è quella che le sezioni ordinarie formuleranno sui ricorsi che la sezione speciale ha ammesso, mentre la valutazione di “non inammissibilità” non investirebbe davvero il contenuto della decisione impugnata, ma solo la consistenza dei motivi del ricorso. In questo caso, però, diventa difficile – se non impossibile – dimostrare che questo sistema non è in conflitto con la garanzia costituzionale del ricorso in Cassazione.

Se invece si parla di “infondatezza” (come pure fa, con scarsa coerenza, la stessa sentenza), allora si dice che la decisione della sezione speciale è in realtà un giudizio sul merito del ricorso. In tal caso si aggira forse l'obiezione di illegittimità costituzionale, ma allora si mette tra parentesi la funzione di filtro che il giudizio preliminare di inammissibilità dovrebbe svolgere. In altri termini: se si ammette che si tratti di un vero e proprio giudizio sul merito del ricorso, il solo effetto della riforma consisterebbe nel fatto che esso sarebbe formulato dalla sezione apposita invece che da una sezione semplice ordinaria, e il procedimento si svolgerebbe secondo quanto previsto dal nuovo art. 380 *bis* c.p.c., ossia con modalità sostanzialmente analoghe a quelle del procedimento ordinario disciplinato dall'art. 379 c.p.c. Nella medesima prospettiva sorge però un ulteriore problema: se in via preliminare la sezione apposita ritiene che i motivi di ricorso non siano manifestamente infondati, con ciò valutandone il merito, e quindi ammette il ricorso, si avrà un nuovo procedimento assai simile a quello che ha avuto luogo presso la sezione speciale, e si avrà infine una nuova decisione sul merito del ricorso (che potrà essere conforme o difforme rispetto a quella già formulata da questa sezione) da parte della sezione ordinaria alla quale il ricorso viene assegnato.

Al di là di problemi come questi, che comunque introducono complicazioni rilevanti nella stessa definizione della natura del meccanismo di selezione introdotto con la riforma, si può rilevare che il criterio di riferimento per la valutazione che la sezione speciale deve effettuare è costituito dalla “giurisprudenza della Corte”. Alla base di una norma come questa si può forse – con una certa dose di buona volontà – avvertire l'intenzione del legislatore di fare della Corte di cassazione una sorta di corte del precedente, in qualche modo orientandola verso il modello di cui si è fatto cenno più sopra. Con una interpretazione caritatevole della norma si potrebbe

anche dire che essa tende a far sì che la Corte tuteli lo *jus constitutionis* nel momento in cui la sezione apposita decide se è il caso o non è il caso che la Corte modifichi o confermi la propria giurisprudenza, mentre lo *jus litigatoris* rimarrebbe irrilevante, potendo essere sacrificato da un giudizio di inammissibilità. Se così fosse, si potrebbe forse dare della riforma un giudizio positivo, pur con i limiti derivanti dalla discutibile formulazione della norma, e dal fatto che se la selezione preliminare sacrifica lo *jus litigatoris* risorge il dubbio circa la legittimità costituzionale della norma stessa.

Rimangono tuttavia due osservazioni critiche al riguardo. Da un lato, la norma presuppone l'esistenza di *una* giurisprudenza della Corte che meriti di essere confermata attraverso un giudizio di inammissibilità del ricorso. Di conseguenza il ricorso sarebbe necessariamente ammissibile tutte le volte in cui la Corte non si sia mai pronunciata sulla questione, ma anche tutte le volte in cui la corte si è pronunciata – magari in un numero rilevante di casi – ma la sua giurisprudenza è contraddittoria, confusa o incoerente. In queste situazioni, infatti, può essere impossibile stabilire che cosa dice davvero la giurisprudenza della Corte (e il ricorso a criteri statistici, suggerito da taluno, è evidentemente inefficace, dato che una singola decisione difforme dalla maggioranza delle decisioni può essere in realtà un *leading case* o il segno di un *revirement* della Corte su quella questione). Poiché però – come tutti sanno – situazioni come queste sono assai frequenti, accadrà spesso che, in mancanza di una giurisprudenza abbastanza chiara e consolidata alla quale rapportare il provvedimento impugnato e in base alla quale valutare i motivi del ricorso, questo non potrà essere dichiarato inammissibile. Se questo è un filtro, allora è destinato a funzionare poco, ossia a determinare l'ammissibilità di numerosi ricorsi. Va poi ulteriormente osservato che qui non si parla di "precedente" ma di "giurisprudenza": la differenza non è irrilevante, poiché il precedente è – come già si è accennato – una decisione dotata di particolare forza persuasiva in virtù dell'analogia tra i fatti del caso già deciso e i fatti del caso da decidere, mentre la giurisprudenza è l'insieme delle decisioni su una medesima questione, insieme che – come si è detto – può essere confuso e contraddittorio, e quindi poco persuasivo, soprattutto quanto è costituito da un gruppo più o meno numeroso di massime prive di riferimento ai fatti dei casi decisi.

Dall'altro lato, va sottolineato che l'oggetto della valutazione è costituito dai motivi di ricorso e dalla conformità del provvedimento impugnato alla giurisprudenza – se esiste – della Corte. Ciò significa che tale valutazione *non verte* sulla natura e sull'importan-

tanza della questione di diritto che viene sollevata con il ricorso, e *non verte* se non in via indiretta – ossia solo quando i motivi di ricorso sono così ben formulati da mettere in dubbio la giurisprudenza della Corte – sulla opportunità di stabilire un nuovo precedente o di confermare tale giurisprudenza. In ogni caso, il ricorso va dichiarato ammissibile, e quindi viene rimesso ad una sezione ordinaria, indipendentemente dalla natura e dall'importanza della questione affrontata, tutte le volte in cui il provvedimento impugnato sia non conforme alla giurisprudenza della Corte. Si può fondatamente dubitare se una selezione di questo genere sia una vera selezione *qualitativa* come quella che viene posta in essere presso le corti del precedente di cui si è parlato più sopra. Ciò che qui si mira a realizzare, in effetti, non è un vero e proprio “governo dei precedenti” quanto la conformità delle decisioni di merito alla giurisprudenza –se esiste– della Corte di cassazione. Vi è dunque il rischio –ma il punto andrà verificato nel prossimo futuro su dati concreti – che la selezione sia puramente quantitativa, ossia venga orientata semplicemente alla riduzione del carico di lavoro delle sezioni ordinarie, ma sulla base di criteri formalistici o addirittura variabili e casuali.

6. Il n. 2 dell'art. 360 *bis* c.p.c. prevede che il ricorso venga dichiarato inammissibile se risulta “manifestamente infondata la censura relativa ai principi regolatori del giusto processo”. Si tratta di una norma formulata in maniera singolarmente impropria, e non solo perché rinvia ad una nozione – come quella di “giusto processo” – che malgrado la superflua consacrazione costituzionale e i cospicui sforzi definitivi di molta dottrina, continua a rimanere ampiamente vaga e indeterminata (oltre che, probabilmente, inutile). Il vero problema che si è posto è, invero, di stabilire se vi sia e quale sia la coerenza di questa norma con la circostanza che i nn. 1, 2, 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c. già stabiliscono quali sono i motivi di ricorso in cassazione per vizi *in procedendo*. Non è possibile esaminare qui nel dettaglio le varie opinioni che sono state espresse in proposito. La tesi che appare maggiormente fondata è comunque quella che esclude che si sia verificata una sorta di abrogazione implicita di queste norme, e che quindi il ricorso sia ammissibile nei casi da esse previsti indipendentemente dal se la norma processuale violata esprima o non esprima un principio del giusto processo. Se, inoltre, si ammettesse il ricorso solo nei casi di violazione di questi principi, si finirebbe per violare l'art. 111, comma 7°, della Costituzione, che ammette in generale il ricorso per “violazione di legge”. Sembra dunque che la violazione dei principi del giusto pro-

cesso possa verificarsi come ipotesi autonoma, rispetto ai vizi processuali di cui parla l'art. 360 c.p.c., solo quando nell'applicazione di una norma si sia verificata una lesione di tali principi ma il relativo vizio non rientri nell'ampia categoria delle nullità processuali previste dal n. 4 dell'art. 360 c.p.c. Si potrebbe pensare, ad esempio, al caso in cui il giudice abbia usato il potere discrezionale che gli viene riconosciuto dall'art. 209 c.p.c. in modo tale da comprimere eccessivamente o da elidere il diritto alla prova di una parte o di entrambe le parti.

È facile rilevare, tuttavia, che accogliendo questa interpretazione il campo di applicazione del n. 2 dell'art. 360 *bis* c.p.c. viene ad essere fortemente circoscritto, e limitato a ipotesi non irrilevanti ma certamente non frequenti di violazione delle garanzie processuali.

7. Le considerazioni che precedono dovrebbero aver chiarito il senso del titolo dato a queste pagine.

Nel periodo che si è preso in considerazione, che copre vari decenni e giunge sino ai nostri giorni, la Corte di cassazione ha conosciuto vari cambiamenti che permettono di parlare di una vera e propria trasformazione rispetto al modello che si era consolidato nella prima metà del '900. Non si è però trattato di una transizione chiara ed univoca da quel modello ad un diverso modello di corte suprema: la Cassazione continua ad essere la corte del controllo di legittimità che era nel modello originario, ma ha assunto chiari caratteri di una corte di terza istanza, che decide nel merito e non di rado riesamina – benché ciò non rientri nelle sue funzioni – anche il giudizio di fatto. La tutela dello *jus constitutionis*, che avrebbe dovuto essere la sua funzione primaria, si converte spesso nella tutela dello *jus litigatoris*, e sulla uniformità della giurisprudenza della stessa Corte prevale la varietà e l'incoerenza delle decisioni modellate sulle peculiarità dei singoli casi concreti. Anche quando, come accade con le riforme recenti, appare all'orizzonte il modello delle corti del precedente, questo modello non viene recepito con chiarezza in alternativa al modello originario: se ne deriva l'indicazione relativa alla necessità di una forte selezione dei ricorsi, ma le norme che dovrebbero realizzarla vengono formulate in modi tecnicamente infelici, tali da far dubitare della loro efficacia e da non assicurare una selezione qualitativa fondata sull'importanza delle questioni da decidere e su un effettivo "governo del precedente".

D'altra parte, sembra evidente che la trasformazione della Corte, quale che sia la direzione che ha preso finora e che prenderà in futuro, sia ben lontana dall'essere conclusa. Non solo, infatti, non è possibile ricondurre la situazione attuale ad un modello coerente,

ma si può facilmente presumere che le norme introdotte nel 2009 non siano affatto in grado di risolvere i problemi che affliggono la Corte, e siano anzi fonte di ulteriori complicazioni e variazioni interpretative. Si può dunque prevedere che bisognerà por mano a riforme ulteriori, se si vorrà fare della Cassazione una corte suprema moderna ed efficiente, capace di svolgere il ruolo che le corti di vertice hanno assunto negli ordinamenti attuali. È chiaro tuttavia che riforme di questo genere esigeranno proprio quelle scelte “di sistema” chiare e coerenti che finora sono mancate.

10.

Corti supreme a confronto: analogie e differenze

CHIARA BESSO*

SOMMARIO: 1. Premessa: dalla piramide alla rete. – 2. Modelli di corti supreme civili. – 3. Il sistema inglese: dall'*Appellate Committee* della *House of Lords* alla *Supreme Court*. – 4. La francese *Cour de cassation*. – 5. Il sistema spagnolo del *Tribunal supremo*. – 6. Il sistema tedesco del *Bundesgerichtshof*. – 7. Due corti sovranazionali: la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo. – 8. Conclusione: la Corte di cassazione italiana.

1. Le seguenti riflessioni si pongono quale breve sintesi della giornata dedicata ai problemi e alle prospettive delle corti supreme che si è svolta a Torino il 29 aprile 2011.

Una premessa anzitutto si impone circa l'oggetto stesso della giornata, ossia le "corti supreme". La locuzione può rinviare all'immagine di un ordine lineare, ove gli uffici giudiziari "sono ordinati in una gerarchia, per cui si procede da una massa di uffici inferiori attraverso gruppi progressivamente minori di uffici intermedi a un solo ufficio supremo" che si pone così in cima ad una piramide¹.

La metafora della piramide, però, non rispecchia la realtà degli ordinamenti giuridici contemporanei. Certamente non rispecchia quella italiana, ove la Corte di cassazione – "organo supremo della giustizia" secondo la definizione dell'art. 65 della legge del 1941 sull'ordinamento giudiziario – non ha più, a seguito dell'istituzione del Consiglio superiore della magistratura, potere gerarchico-disciplinare nei confronti dei giudici di merito². Con la creazione della

* Università di Torino

¹ CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 113. Sul sito della nostra Corte di cassazione – così come in quello della francese *Cour de cassation*, *supra* CADIET, cap. 5, par. 1 – leggiamo che "in Italia la Corte Suprema di Cassazione è al vertice della giurisdizione ordinaria" (www.cortedicassazione.it).

² Secondo quello che era l'assetto pre-repubblicano, la Corte di cassazione non soltanto rappresentava il punto di arrivo della carriera del magistrato, articolata in gradi differenti sotto il profilo economico, delle funzioni esercitate e del prestigio, ma era anche l'organo di vertice per la sorveglianza e il controllo disciplinare dei magistrati (si veda al riguardo TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 41).

Corte costituzionale – ossia dell'organo al quale il nostro Costituyente, seguendo l'esempio austriaco, ha scelto di affidare il controllo accentrato di costituzionalità delle leggi invece di riconoscerlo in modo diffuso a tutti i giudici³ – la Corte di cassazione, poi, ha strutturalmente perso il suo carattere di “suprema” interprete della legge⁴. Come sappiamo, i rapporti tra le due corti, non sempre facili⁵, si sono nel tempo caratterizzati come quelli tra due dialoganti: da un lato, infatti, la Cassazione si è assunta, attraverso lo strumento della c.d. interpretazione conforme⁶, un ruolo di diretta responsabilità nell'attuazione della Costituzione⁷ e dall'altro lato il giudice costituzionale si è attribuito la possibilità di reinterpretare la legge senza essere vincolato dalla lettura operata dal giudice della rimessione⁸, con il superamento della contrapposizione

³ Circa il dibattito sulla “natura” della Corte costituzionale, che ha visto contrapposte la tesi, sostenuta da Calamandrei, della natura para-legislativa e quella, maggioritaria, della sua natura invece giurisdizionale cfr. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in www.archivio.rivistaic.it, il quale sottolinea come oggi, piuttosto, vi sia consapevolezza che sarebbe riduttivo ricondurre l'attività svolta dalla Corte ad attività tipica di un organo politico ovvero ad attività giurisdizionale quale esercitata dai giudici comuni.

⁴ Cfr. CADDET, *supra*, cap. 5, par. 1.

⁵ Si è infatti talvolta parlato di “guerra” tra le due corti, guerra che sarebbe ormai “consegnata al passato” (Ufficio del massimario della Corte di cassazione, *Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti*, rel. n. 87, Roma 20 ottobre 2011, 11 s., che peraltro ricorda un recente episodio di contrasto tra le due corti, ossia la vicenda relativa alla applicazione della *translatio iudicii* alle declinatorie di giurisdizione, applicazione affermata dalle sezioni unite della Cassazione e invece negata dal giudice delle leggi). Un acceso conflitto, invece, contrappone oggi le due corti in Francia, ove alla Corte costituzionale è stato nel 2010 attribuito un nuovo sindacato – analogo a quello esistente in Italia – successivo di legittimità su questioni sollevate dai giudici ordinari, subordinato ad un vaglio di ammissibilità da parte della *Cour de cassation* (e del Consiglio di Stato), vaglio che la *Cour* eserciterebbe, secondo il giudice delle leggi, in modo eccessivamente restrittivo (si veda al riguardo CADDET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de cassation en France*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 213 ss.).

⁶ Sull'interpretazione conforme, circa la quale la letteratura è amplissima, si veda LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Giuseppe Floridia*, Napoli, 2009, 418 ss.

⁷ Il primo atto di questa assunzione di ruolo viene ravvisato nella sentenza delle sezioni unite 30 luglio 1953, n. 2593, con la quale la Corte ha appunto scelto di rapportarsi direttamente con la Costituzione senza attendere l'intermediazione del legislatore o del giudizio della Corte costituzionale (cfr. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *Giurisdizione e giudici nella Costituzione. Quaderni del CSM*, n. 155, 2009, 29 ss.).

⁸ Il principio è stato per la prima volta asserito nella sentenza 22 ottobre 1996, n. 356 [relatore Zagrebelsky]: “le leggi non si dichiarano costituzionalmente ille-

tra il piano della legalità, proprio della Cassazione quale organo della nomofilachia, e quello della costituzionalità, proprio invece della sola Corte costituzionale.

Al dialogo nazionale, interno, con il giudice delle leggi si è poi affiancato, di necessità, un altro dialogo: quello con le corti sovranazionali, anzitutto europee, ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'unione. Il primato del diritto comunitario⁹ e l'obbligo per il giudice italiano di interpretare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁰ impongono infatti alla Corte di cassazione di confrontarsi con le due corti sovranazionali¹¹.

Ecco allora che la posizione di una corte superiore come la nostra Corte di cassazione va collocata, più che all'apice di una piramide, all'interno di un sistema reticolare, del quale è parte il nostro ordinamento e che si estende oltre i confini nazionali¹².

gittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali".

⁹ Cfr., in particolare, Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, che ha affermato che, in caso di conflitto tra diritto interno e diritto comunitario, il giudice italiano è autorizzato a disapplicare il primo a vantaggio del secondo, fatta salva la possibilità di rinviare alla Corte europea di giustizia la questione della sua interpretazione.

¹⁰ Si vedano le sentenze della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

¹¹ Fondamentale, in particolare nella comunicazione tra la nostra Corte e la Corte di giustizia, è il rinvio interpretativo, strumento volto ad assicurare la corretta ed uniforme interpretazione del diritto dell'Unione nello spazio giuridico europeo che consente di ottenere dalla Corte europea una pronuncia sulla corretta interpretazione della norma comunitaria. Al riguardo la Corte di Strasburgo ha affermato che l'art. 6, comma 1, della Convenzione per la tutela dei diritti umani (CEDU) se non garantisce alle parti il "diritto al rinvio pregiudiziale" impone però alle giurisdizioni supreme nazionali che non intendano procedere al rinvio di esplicitare le ragioni del rifiuto (Corte EDU 20 settembre 2011, caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio), così che l'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale rientra tra gli elementi da valutare per verificare se vi è stata quella violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione che determina la responsabilità patrimoniale dello Stato (cfr. la pronuncia della Corte di giustizia 24 novembre 2011, nella causa C 379/10, Commissione europea c. Repubblica italiana). Quali esempi recenti della "criticità" cui dà talvolta luogo il dialogo tra le nostre corti – ed in particolare il giudice delle leggi – e le corti sovranazionali si vedano le due pronunzie con cui l'Italia è stata condannata per violazione della Convenzione EDU, 31 maggio 2011, caso Maggio e altri, e 7 giugno 2011, caso Agrati.

¹² Circa l'identificazione nella rete del modello che, in generale, rispecchia l'attuale realtà giuridica, sostituendo all'idea della linearità – emblemizzata dalla costruzione della dottrina pura del diritto di Kelsen – l'idea della complessità che è reticolare e policentrica cfr. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Riv. int. fil.*

Della complessità del sistema in cui si collocano oggi le corti supreme¹³ ha voluto offrire una testimonianza il convegno torinese, ove le relazioni nazionali sulle più significative corti supreme europee – oltre la Corte di cassazione italiana, la francese *Cour de cassation*, il germanico *Bundesgerichtshof*, il *Tribunal supremo* spagnolo e la *Supreme Court* britannica – sono state precedute da due relazioni concernenti due corti sovranazionali regionali che presiedono il rispetto dei diritti fondamentali, la Corte europea di Strasburgo e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

2. Prima di esaminare le esperienze nazionali e sovranazionali, mi pare utile fare qualche considerazione sulla genesi della figura “corte suprema” e sui principali modelli che l'hanno caratterizzata.

Lo sviluppo di forme di corti supreme è strettamente legato alla formazione dello stato moderno¹⁴. Sconosciuta al diritto romano, la figura ha infatti fatto le sue prime apparizioni nelle corti feudali del medioevo, ed in particolare nella *Curia regis* della monarchia inglese e di quella francese. In Inghilterra, il Parlamento si è attribuito nel XV secolo il potere giurisdizionale di riformare le pronunzie delle corti di *common law*, potere che progressivamente è divenuto esclusivo della *House of Lords*, che nel 1630 divenne giudice d'appello pure circa le decisioni della Corte di *Chancery*¹⁵. In Francia, nella seconda metà del XIII secolo nacque da uno smembramento della *Curia Regis* il Parlamento che, disciplinato con una *ordonnance* del marzo 1345, si è riorganizzato alla fine della guerra dei cent'anni come Parlamento di Parigi, cui si affiancarono i Parlamenti di provincia (tredici nel 1789), con una giurisdizione generale, perlopiù in grado di appello¹⁶.

dir., 2005, 404 ss., e OST - VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, 183 ss.

¹³ Alle sfide e ai cambiamenti che le corti supreme si trovano a dover affrontare a seguito della internazionalizzazione del diritto sono stati dedicati due colloqui organizzati dallo *Hague Institute for the Internationalisation of Law* i cui atti sono stati raccolti nel volume *Highest Courts and the Internationalisation of Law*, The Hague, 2009.

¹⁴ Per un sintetico ed efficace quadro storico cfr. HALPÉRIN, *Cours suprêmes*, in *Droits*, 2001, 51 ss. Fondamentale resta il valore della ricostruzione storica di CALAMANDREI, nel primo dei due volumi dedicati alla Cassazione civile (ora in *Opere giuridiche*, vol. VI, Napoli, 1976).

¹⁵ Cfr. BEVAN, *The Appellate Jurisdiction of the House of Lords*, in 17 *Law Quarterly Review*, 1901, 155 ss., 357 ss., nonché, più di recente, LEWIS JONES, *The Judicial Role of the House of Lords before 1870*, in *The Judicial House of Lords*, a cura di Blom Cooper-Dickson-Drewry, Oxford, 2009, 3 ss.

¹⁶ HALPÉRIN, *op. cit.*, 52.

L'istituzione di corti centralizzate si è accompagnata d'altro canto, nella gran parte dei paesi europei, alla costruzione dello stato, pensiamo al Gran Consiglio dei Paesi Bassi a Malines e al *Reichskammergericht* – fondato nel 1495 – del Sacro Romano Impero. Organi di controllo al servizio del potere reale, queste corti hanno ben presto rivendicato una parte di sovranità, finendo così per scontrarsi con l'assolutismo, come mostrano i conflitti tra i Borboni e i Parlamenti in Francia ed il sorgere di organi concorrenti, come, ancora in Francia, il Consiglio del Re.

A partire dal XVIII secolo la storia delle corti supreme si è intrecciata con il problema della separazione dei poteri e il sorgere del costituzionalismo moderno. È stato Montesquieu il primo a parlare del “potere di giudicare”, potere “invisibile e nullo” che, per garantire la libertà, deve essere separato dal potere legislativo e dall'esecutivo¹⁷.

L'idea di Montesquieu di una istituzione che incarna il potere giudiziario ha influenzato i costituenti americani e nutrito il dibattito che ha accompagnato i primi passi della Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁸, alla quale il *Judiciary Act* del 1789 ha affidato l'appello contro le decisioni rese dalle corti superiori dei singoli stati e che si è auto-attribuita nel 1803 il potere di sindacare la costituzionalità delle leggi federali¹⁹. È così nato il modello di corte suprema quale organo unico all'apice della gerarchia giudiziaria con un ruolo di arbitro in materia costituzionale, modello che è stato adottato in altri paesi, come il Canada²⁰ e, più di recente, il Giappone²¹ e l'Argentina²².

Differente è la lettura del pensiero di Montesquieu che è stata data dall'Assemblea costituente francese nell'istituire nel 1790 il *Tri-*

¹⁷ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois* (1748), libro XI, cap. VI.

¹⁸ Sul tema cfr., da ultimo, CLARK, *The Limits of Judicial Indipendence*, Cambridge, 2011.

¹⁹ Caso *Marbury v. Madison* (1803). Cfr. al riguardo BREYER, *America's Supreme Court: Making Democracy Work*, Oxford, 2010, 12 ss. La Corte Suprema statunitense, che è composta da nove giudici, nominati a vita dal Presidente su segnalazione e consenso del Senato, seleziona in maniera discrezionale i ricorsi che esamina, decidendone circa 150 all'anno.

²⁰ La Corte Suprema del Canada è stata istituita nel 1875. Sulle prerogative della Corte ed i suoi rapporti con gli altri poteri dello Stato cfr. CAMERON, *Power without Law. The Supreme Court of Canada*, Montreal, 2009, e BAKER, *Not Quite Supreme. The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, Montreal, 2010.

²¹ La Corte Suprema giapponese è stata istituita nel 1947.

²² Su cui cfr. qualche riferimento *infra* par. 7.

bunal de cassation: in reazione al Consiglio del Re, che non solo cassava le decisioni dei Parlamenti, ma riesaminava il merito decidendo nuovamente la lite, il *Tribunal*, semplice *bouche de la loi*, non rappresenta un terzo grado di giurisdizione, ma il controllo della corretta applicazione della legge²³.

Questo modello di corte suprema – incentrato sulle peculiarità del ricorso per cassazione – è presto stato esportato grazie alle conquiste napoleoniche²⁴ e si è affermato in molti paesi europei (pensiamo al Belgio, al nuovo Regno d'Italia, alla Spagna, al Portogallo, alla Romania e alla Serbia). In altri paesi europei, invece, come la Prussia, l'Olanda²⁵ e l'Austria, si è imposto un modello parzialmente diverso, ove la corte superiore cumula le funzioni di cassazione e revisione, con la possibilità di una nuova decisione nel merito²⁶. Del tutto estranea all'idea della separazione dei poteri è invece stata – sino alla abolizione delle sue funzioni di giudice²⁷ – la *House of Lords* che ha nei secoli mantenuto il carattere ibrido di organo giurisdizionale parte del potere legislativo.

Le diverse tradizioni hanno pesato sull'evoluzione delle corti supreme che tuttora presentano notevoli divergenze – circa il loro ruolo, le funzioni che svolgono, la selezione dei ricorsi che ad esse sono presentati e il procedimento che di fronte ad esse si svolge²⁸ –, divergenze che però non impediscono alle corti di avere un obiettivo comune, ossia assicurare l'uniformità della giurisprudenza e l'evoluzione del diritto.

Grazie alle relazioni svolte al convegno torinese, andiamo a vedere qualche profilo dell'attuale configurazione delle principali corti supreme europee.

²³ Cfr. TUNC, *Synthèse*, in BELLET-TUNC-TOUFFAIT, *La Cour Judiciaire suprême. Une enquête comparative*, Paris, 1978, 8 s. Sulla formazione del *Tribunal* e l'eredità dell'*ancien régime* si veda HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution*, Paris, 1987, 23 ss.

²⁴ Sui limiti della esportazione del sistema della giustizia francese vedi da ultimo l'ampio lavoro di GRILLI, *Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone*, Frankfurt am Main, 2012.

²⁵ Per un breve disegno della Corte Suprema olandese cfr. *The Supreme Court (Hoge Raad) of the Netherlands*, Jacarta, 2010, 35-40.

²⁶ Ancora più orientate verso la decisione del merito della causa sono le corti superiori presenti nei paesi scandinavi (in particolare, la Svezia e la Norvegia).

²⁷ Su cui il prossimo paragrafo e *supra* ANDREWS, cap. 8.

²⁸ Per un panorama dei modelli che possono essere impiegati per configurare le corti superiori nell'ambito del sistema complessivo dell'amministrazione della giustizia cfr. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 9 ss., *Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 11 ss.

3. Oggi la corte suprema del Regno Unito non è più la *House of Lords*, di recente sostituita dalla *Supreme Court*²⁹.

In passato la *House of Lords*, in decadenza a partire dal XIX secolo a causa della eccessiva durata dei processi e della mancanza di professionalità dei suoi giudici³⁰, aveva rischiato di essere abolita quale organo giurisdizionale³¹: in occasione delle fondamentali riforme del sistema giudiziario degli anni 1873-1876 – che hanno creato la *Court of Appeal*, che con l'*High Court* formava la *Supreme Court of Judicature*³² –, il diritto d'appello alla *House of Lords* era inizialmente stato abolito, per poi essere ripristinato sotto il governo Disraeli. Con la trasformazione, quanto a organo giurisdizionale, in *appellate committee* formato da giudici togati (retribuiti e a tempo pieno e col tempo divenuti, dagli iniziali due, dodici), la *House of Lords* ha sicuramente recuperato prestigio, anche se il suo effettivo ruolo di guida della evoluzione del diritto inglese è stato da alcuni posto in dubbio³³.

Oltre che per la sua collocazione istituzionale, la corte superiore inglese si è venuta caratterizzando da un lato per il fatto che il ricorso ad essa proposto è un appello, non differente, se non per l'organo cui è indirizzato, dall'appello instaurato alla *Court of Appeal*³⁴ e dall'altro lato per la mancanza di un diritto delle parti a proporre l'impugnazione davanti ad essa. Dal 1934 è infatti necessario chiedere, e ottenere, il c.d. *leave to appeal*³⁵, che viene concesso solo qualora ricorrano “*points of law of general public importance*”³⁶. La

²⁹ Per più ampi riferimenti si vedano GREEN, *Accesso alla Corte Suprema del Regno Unito: la prospettiva degli avvocati*, in *Giurisdizioni di legittimità e regole di accesso. Esperienze europee a confronto*, a cura di Alpa-Carbone, Bologna, 2011, 196 ss.; ANDREWS, *La Corte suprema del Regno Unito: riflessioni sul ruolo della più elevata corte britannica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 877 ss., *The United Kingdom's Supreme Court: Four Hopes*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 129 ss., nonché *supra* cap. 8.

³⁰ Cfr. al riguardo BINGHAM, *Law Lords and Justices*, in *The Supreme Court of the United Kingdom*, a cura di Miele, London, 2010, 38 s.

³¹ Si veda WILBERFORCE, *La Chambre des Lords*, in *La Cour Judiciaire suprême*, cit., 85 ss.

³² La *Supreme Court of Judicature* è oggi chiamata, per evitare confusioni con la nuova *Supreme Court* del Regno Unito, “*Senior Courts*” dell'Inghilterra e del Galles.

³³ Cfr. HALPÉRIN, *Cours suprêmes*, cit., 57.

³⁴ TUNC, *Synthèse*, cit., 8 s.

³⁵ Oggi *permission*, che può essere concesso dalla Corte d'appello o dalla stessa *Supreme Court* (cfr. la *rule 40*, comma 6, del *Constitutional Reform Act* del 2005, *infra* Appendice normativa, B, n. 5).

³⁶ Cfr. ZUCKERMAN, *Civil procedure. Principles of Practice*, London, 2006, 853 s.; ANDREWS, *Contracts and English Dispute Resolution*, Tokyo, 2010, 285 s.

selezione dei ricorsi è sempre stata severa: il numero dei procedimenti esaminati ogni anno dalla Corte da tempo si è stabilizzato intorno all'ottantina, la maggioranza dei quali non penali, con un aumento, da ultimo, delle questioni relative ai diritti fondamentali.

L'anomalia istituzionale inglese³⁷ – particolarmente evidente nella figura del *Lord Chancellor*, che cumulava funzioni giurisdizionali, esecutive e legislative – ha attirato l'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo che nel caso McGonnell aveva sottolineato la necessità di una completa separazione tra le funzioni giudiziaria, esecutiva e legislativa, sollevando dubbi circa la legittimità dell'esercizio del potere giurisdizionale da parte del *Lord Chancellor*³⁸.

È allora intervenuto il *Constitutional Reform Act* del 2005, da un lato eliminando il ruolo giurisdizionale del *Lord Chancellor* e della *House of Lords* e dall'altro lato creando la *Supreme Court* del Regno Unito. La Corte, competente a decidere l'ultimo grado di appello dei casi civili e di alcuni di quelli penali³⁹, ha iniziato la sua attività nell'ottobre del 2009. Composta dallo stesso numero di giudici (dodici, incluso il presidente⁴⁰), ha i medesimi poteri dell'*Appellate Committee*: le sue decisioni vincolano le corti inferiori⁴¹, ma non è una corte costituzionale con il potere di invalidare gli atti del Parlamento⁴².

Era necessario creare la nuova Corte? È questa la domanda che provocatoriamente ha posto Neil Andrews nella sua relazione⁴³. Perché invece non “approfittare” della riforma costituzionale e – seguendo una proposta formulata negli anni '60 del secolo scorso – prevedere un unico livello di appello, con la trasformazione dell'*Appellate Committee* in una sorta di sezione allargata della *Court of Appeal*, con un conseguente rafforzamento di questo giudizio, che presenta il vantaggio di una maggiore specializzazione dei giudici (non sempre presente – allora – nella *House of Lords* e oggi

³⁷ Parla al riguardo di “attentato radicale alla teoria della separazione dei poteri” HALPÉRIN, *Cours suprêmes*, cit., 57.

³⁸ McGonnell v. the United Kingdom, 8 febbraio 2000, in 30 EHRR, 289.

³⁹ Dettagliatamente sulle competenze della Corte ANDREWS, *supra*, cap. 8.

⁴⁰ I primi *Justices* sono stati i *Law Lords* della *House of Lords*. Circa la nomina e i requisiti che i *Justices* devono avere si veda ANDREWS, *La Corte suprema del Regno Unito*, cit., 890 s.

⁴¹ Rule 41 del citato *Constitutional Reform Act* del 2005. Al riguardo si veda KAVANAGH, *From Appellate Committee to United Kingdom Supreme Court*, in *From House of Lords to Supreme Court*, a cura di Lee, Oxford, 2011, 35 ss.

⁴² ANDREWS, *La Corte suprema del Regno Unito*, cit., 898, il quale sottolinea che la Corte, come già la *House of Lords*, può però dichiarare una normativa incompatibile con lo *Human Rights Act* del 1998.

⁴³ *Supra* cap. 8.

nella *Supreme Court*, considerato il loro numero assai limitato), con una riduzione dei tempi e dei costi invece generati dalla previsione della possibilità di un ulteriore grado di appello?

Non è stata questa la strada seguita dal legislatore inglese, che ha preferito mantenere la Corte limitandosi a trasformare i *Law Lords* in semplici *Judges*. Certo, la proposta di Andrews – che vuole l'abolizione della Corte Suprema con la creazione, presso la *Court of Appeal*, di un organo simile alle sezioni unite della nostra Corte di cassazione – può essere avanzata per l'ordinamento inglese, che conosce una sola Corte d'appello (davanti alla quale il ricorso non è comunque garantito, ma è anch'esso subordinato all'autorizzazione del giudice *a quo* o della stessa Corte), che quindi ben potrebbe svolgere, come in parte già svolge, il ruolo di nomofilachia. Una soluzione analoga non potrebbe certo essere traspota nell'ordinamento italiano, con un'unica corte unitaria, la Corte di cassazione.

4. Storicamente opposto al modello britannico di corte suprema è quello della francese *Cour de cassation*, imperniato da un lato sul principio della divisione dei poteri e dall'altro lato sulle peculiarità del ricorso per cassazione.

Come ha sottolineato Cadiet nella sua relazione⁴⁴, attualmente la Corte si trova ad affrontare un numero molto alto di procedimenti (nel 2009 sono state pronunciate 20.402 decisioni in materia civile e 8.192 in materia penale). La ragione sta nel fatto che in Francia, come in Italia, il ricorso in cassazione non incontra filtri e costituisce un diritto per le parti.

A differenza della nostra Corte (davanti alla quale, comunque, i ricorsi presentati sono, di circa un terzo, ancora più numerosi⁴⁵), la Corte francese arriva alla decisione in tempi ragionevoli. Come è possibile questo? Come ha illustrato Cadiet, i motivi sono molteplici e vanno dalla diversa struttura della rappresentanza tecnica (gli avvocati abilitati di fronte alla *Cour* sono un centinaio⁴⁶ contro i

⁴⁴ *Supra*, cap. 5.

⁴⁵ Cfr. *supra*, cap. 1, i dati illustrati dal primo presidente Lupo.

⁴⁶ Sulle origini storiche e l'evoluzione della figura dell'*avocat aux conseils* cfr. CASTELAIN, *L'accesso alle corti di legittimità: la prospettiva degli avvocati*, in *Giurisdizioni di legittimità*, cit., 147 ss. In verità il Rapporto della commissione Attali sulle liberalizzazioni, presentato al Presidente della Repubblica nel 2008, aveva proposto l'abolizione del numero chiuso e l'apertura dell'esame di abilitazione agli avvocati che desiderino specializzarsi nei procedimenti davanti al Consiglio di Stato e alla *Cour de cassation* (cfr. al riguardo WICKERS, *L'accesso alle corti di legittimità: la prospettiva degli avvocati*, in *Giurisdizioni di legittimità*, cit., 141).

40.000 italiani) all'istituto delle *formations restreintes*. Tale istituto, cardine del buon funzionamento della Corte, non costituisce tanto un filtro di inammissibilità dei ricorsi, quanto un diverso percorso di decisione degli stessi, caratterizzato da una maggiore snellezza grazie al numero inferiore dei giudici che compongono il collegio e alla mancanza di motivazione del provvedimento⁴⁷.

Le *formations restreintes* francesi costituiscono da tempo un punto di riferimento del dibattito italiano e – sin dalla riforma del procedimento in camera di consiglio operata nel 2001 con la legge n. 89/2001⁴⁸ – si è cercato di introdurre un meccanismo simile, come si è anche fatto con la novella del 2008 attraverso l'inserimento dell'art. 360-*bis* c.p.c., che, con una formulazione non certo felice, dovrebbe consentire una distinzione all'interno della massa dei ricorsi, con la costruzione di binari differenti di trattazione e decisione⁴⁹.

5. Di derivazione dal modello francese è la Corte suprema spagnola⁵⁰. Essa, come in genere il processo civile, ha subito mutamenti profondi all'inizio del nuovo millennio. Nel riconsiderare il ruolo del *Tribunal Supremo* come organo di vertice della giurisdizione civile, l'obiettivo era quello di circoscriverne le funzioni, in modo da rendere sostenibile il suo carico di lavoro e comunque garantire i valori della certezza giuridica e dell'eguaglianza di trattamento dei cittadini. Così, nei motivi della legge n. 1 del 2000 leggiamo che la linea di riforma prescelta è quella che tende a ridurre i gradi di giudizio pieno della lite, circoscrivendo i compiti delle corti superiori in ragione delle questioni giuridiche che richiedano interventi di particolare qualità e autorità⁵¹.

La riforma del 2000 ha distinto la violazione della legge sostanziale – oggetto del ricorso per cassazione⁵² – dalla violazione della

⁴⁷ Si veda l'art. L431-1 del *Code de l'organisation judiciaire* (*infra* Appendice normativa, B, n. 2). Sull'istituto cfr. CADIET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de cassation*, cit., 203 ss., nonché BESSO, *Giudizio di cassazione e rito camerale*, in *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, a cura di Chiarloni, Torino, 2002, 53 ss.

⁴⁸ Su cui BESSO, *op. cit.*, 1 ss.

⁴⁹ Cfr. *supra*, cap. 1, le considerazioni svolte dal primo presidente Lupo.

⁵⁰ Sull'evoluzione del *Tribunal Supremo* dagli anni '50 del secolo scorso ad oggi cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *L'esperienza spagnola della cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 107 ss.

⁵¹ L'esposizione dei motivi – per quanto concerne il capoverso XIV appunto dedicato al giudizio di cassazione – può essere letta in DE LA OLIVA SANTOS, *L'esperienza spagnola della cassazione civile*, cit., 119 ss.

legge processuale, creando un nuovo mezzo di impugnazione diverso dalla cassazione, il ricorso straordinario per violazione processuale, che doveva essere affidato alle sezioni civili dei Tribunali superiori di giustizia, organi giurisdizionali di vertice di ciascuna comunità autonoma, e che transitoriamente – transitorietà che tuttora permane – è stato affidato, insieme al ricorso per cassazione, al *Tribunal Supremo*⁵³.

Quanto al ricorso in cassazione, è stato introdotto un filtro, individuando due parametri: il valore della lite e l' "interesse cassazionale" del ricorso, interesse che la *Ley* del 2000 individua laddove la sentenza impugnata si ponga in contrasto con la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* ovvero risolva punti o questioni su cui vi sia contrasto tra i giudici d'appello o ancora applichi norme che non siano in vigore da più di cinque anni (sempre che, in quest'ultimo caso, non vi sia un orientamento del *Tribunal* relativo a norme precedenti dal contenuto simile o uguale)⁵⁴.

L'applicazione del filtro è stata estremamente rigorosa da parte del *Tribunal Supremo*, che ha considerato ammissibili i soli ricorsi che eccedano un determinato limite di valore e presentino interesse cassazionale. L'interpretazione – espressione di una sorta di "autodifesa" del *Tribunal*⁵⁵ – è stata fortemente criticata in dottrina⁵⁶ e appare oggi superata dall'ultimo intervento riformatore in materia. Con la legge 10 ottobre 2011, n. 37, il legislatore ha infatti da un lato alzato il limite di valore che comunque legittima la proposizione del ricorso in cassazione (da 150.000 a 600.000 euro) e dall'altro lato ha chiarito che il ricorso che presenta interesse cassazionale è ammissibile indipendentemente dal valore della causa⁵⁷.

⁵² Cfr. l'art. 477, comma 1, della *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC): « il ricorso in cassazione si fonda, come unico motivo, sulla violazione delle norme applicabili per la soluzione delle questioni oggetto del processo » (*infra*, Appendice normativa, B, n. 3).

⁵³ Cfr. la XVI disposizione finale della LEC, *infra*, Appendice normativa, B, n. 3.

⁵⁴ Art. 477, comma 3 della LEC, sopra citato.

⁵⁵ Durante i lavori che hanno preparato la formulazione del nuovo codice di procedura civile vi era stata la richiesta da parte dei giudici della sezione civile del *Tribunal Supremo* di costruire una corte suprema ispirandosi al modello statunitense prevedendo un filtro di accesso analogo al *certiorari*, con la denuncia dei vizi processuali più gravi fatta valere di fronte al Tribunale costituzionale (DE LA OLIVA SANTOS, *L'esperienza spagnola della cassazione civile*, cit., 118).

⁵⁶ Così NIEVA FENOLL, nell'intervento al convegno torinese.

⁵⁷ Cfr. il nuovo comma 2 dell'art. 477 della LEC (*infra*, Appendice normativa, B, n. 3).

La trasformazione del *Tribunal Supremo* in una corte suprema che svolga in modo efficace il suo ruolo di guida della giurisprudenza non è tuttavia ancora – secondo quanto sostiene de la Oliva⁵⁸ – compiuta: è necessario da un lato che il *Tribunal* si occupi soltanto delle violazioni della legge sostanziale (senza compiere controllo alcuno circa l'accertamento dei fatti e le presunte violazioni della legge processuale) e solo qualora, indipendentemente dal valore economico della lite, la questione sollevata presenti interesse *cassacional*⁵⁹.

6. Come ho *supra* ricordato, il modello tedesco di corte suprema storicamente si differenzia rispetto a quello francese, da cui pure deriva, per il fatto che il *Bundesgerichtshof* (BGH) cumula le funzioni di cassazione e di revisione⁶⁰.

L'accesso alla Corte, peraltro – ha illustrato Gottwald nella sua relazione⁶¹ – è sempre stato limitato. Se il codice del 1877 poneva un limite di valore, nel secondo dopoguerra è stata prevista, per le cause di minore valore, la necessità di ottenere l'autorizzazione a proporre ricorso, autorizzazione che è stata generalizzata una prima volta nel 1975 per divenire definitiva, a seguito di un intenso dibattito, nel 2001. Tre sono i parametri che giustificano, *ex* § 543 ZPO, l'autorizzazione a ricorrere⁶²: la questione giuridica sollevata è di fondamentale importanza⁶³, la decisione della Corte è necessa-

⁵⁸ *Supra*, cap. 6.

⁵⁹ L'autore – *supra*, cap. 6 – individua tale interesse in modo parzialmente più restrittivo di quanto fa oggi la LEC, ossia laddove vi sia contrasto all'interno dello stesso *Tribunal Supremo* ovvero tra i giudici di secondo grado o ancora manchi una interpretazione autorevole sulle norme di nuova introduzione.

⁶⁰ Sui rapporti tra i due modelli di corte suprema cfr. il classico lavoro di FER-RAND, *Cassation française et Revision allemande*, Paris, 1993.

⁶¹ *Supra*, cap. 7. Per una ricostruzione dell'esperienza germanica si veda SONELLI, *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato*, Torino, 2001, 69 ss.

⁶² L'autorizzazione va chiesta al giudice *a quo* e una volta concessa vincola il BGH a decidere; unicamente, il ricorso può essere rigettato senza pubblica udienza orale ove la Corte ritenga che l'autorizzazione sia stata erroneamente concessa e che il ricorso sia privo di prospettive di successo. Se l'autorizzazione a ricorrere viene negata dal giudice *a quo*, la parte può proporre reclamo contro il provvedimento alla Corte (con l'eccezione, provvisoria – sino al 31 dicembre 2014 –, delle cause che non superano i 20.000 euro di soccombenza). Si vedano i §§ 543 e 544 della *Zivilprozessordnung*, *infra* Appendice normativa, B, n. 4, nonché, per la norma transitoria, il § 26, n. 8 delle norme di attuazione della ZPO.

⁶³ Secondo il BGH la questione sollevata è di fondamentale importanza quando è rilevante per un numero indefinito di casi e vi è disaccordo tra le corti inferiori circa la corretta interpretazione della questione di diritto e il caso in esame è ido-

ria per garantire l'evoluzione del diritto⁶⁴ ovvero l'uniformità della giurisprudenza.

Il carico di lavoro della Corte (formata da un centinaio di giudici⁶⁵) è di circa 5.000 procedimenti all'anno, la gran parte dei quali sono però costituiti da impugnazioni delle decisioni di rigetto dell'istanza di autorizzazione a ricorrere⁶⁶, e il ruolo nomofilattico svolto dalla Corte è rafforzato dal fatto che solo poco più di cento decisioni all'anno sono selezionate per la pubblicazione nella rivista ufficiale della corte⁶⁷.

Se l'accesso alla Corte è limitato sulla base di criteri di interesse generale, il procedimento che davanti ad essa si svolge è invece dominato dall'interesse delle parti, le sole che hanno il potere di iniziare ovvero chiudere il giudizio, e l'esame che la Corte effettua ha ad oggetto la violazione o non corretta applicazione della legge nel caso concreto.

Proprio questo equilibrio tra interesse generale – che corrisponde alla funzione di nomofilachia – e interesse individuale, che rispecchia la funzione di assicurare giustizia al singolo cittadino che lamenta la violazione di un suo diritto, costituisce secondo la dottrina tedesca l'aspetto positivo del BGH, in genere percepito come una istituzione positiva ed efficiente dagli utenti del sistema giustizia⁶⁸.

7. L'apertura alle corti sovranazionali – effettuata grazie alle relazioni di Zagrebelsky e Oteiza – ci permette di trovare conferme alle linee di tendenza emerse dalle relazioni nazionali.

neo risolvere la questione in modo da servire l'interesse pubblico generale (cfr. GOTTWALD, *supra*, cap. 7, par. 5).

⁶⁴ Il caso portato all'esame della Corte deve dare l'opportunità di formulare nuovi principi guida riguardo il diritto sostanziale o processuale o per colmare lacune (ancora GOTTWALD, *supra*, cap. 7, par. 5).

⁶⁵ Circa la composizione del BGH, sono 91 i giudici addetti al settore civile, che si avvalgono di 40 assistenti. Molto basso è il numero – 41 – degli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla Corte, che devono essere prima candidati dagli ordini associativi e poi eletti da uno speciale comitato (cfr. i §§ 122 ss. della *Bundesrechtsanwaltsordnung*, *infra* Appendice normativa, B, n. 4).

⁶⁶ Dopo la riforma del 2001, il numero dei giudizi davanti al BGH era aumentato in modo consistente, per poi stabilizzarsi e anzi diminuire (*supra* GOTTWALD, cap. 7, par. 6).

⁶⁷ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ).

⁶⁸ Estremamente positivo è il giudizio di GOTTWALD (*supra*, cap. 7). Cfr. pure STÜRNER, *The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 353 s.

Cominciamo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Dall'esame della giurisprudenza della Corte emerge l'importanza della funzione di nomofilachia, fondamentale perché possano dirsi rispettate le garanzie dettate dalla Convenzione e la legittimità di meccanismi di selezione dei ricorsi. In particolare, la Corte europea si è espressa in più occasioni a favore della legittimità delle peculiarità del sistema francese. Anzitutto si è occupata del numero bassissimo di avvocati ammessi a discutere le cause di fronte alla *Cour de cassation*⁶⁹: le specificità del ricorso per cassazione giustificano che si riservi a soli avvocati specializzati il monopolio della rappresentanza e della discussione orale davanti alla *Cour*. In secondo luogo è stato denunciato alla Corte europea il fatto che i provvedimenti di inammissibilità resi dalle formazioni ristrette siano privi di motivazione: anche questo profilo non viola, proprio per la particolare autorevolezza e funzione della *Cour de cassation*, il diritto all'equo processo sancito dall'art. 6 della Convenzione⁷⁰.

Se i sistemi che rendono più efficienti la procedura sono – ad avviso della Corte europea – legittimi, sono invece da respingersi posizioni formalistiche delle corti supreme che vengano a ledere la garanzia – prescritta dalla Convenzione – dell'effettività del ricorso⁷¹.

La giornata torinese ha poi consentito di guardare all'esperienza di una corte sovranazionale che appartiene a un'area geograficamente lontana da noi, ma vicina a noi culturalmente: la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, che, come la nostra Corte di Strasburgo, ha il compito di vigilare sulla attuazione dei principi fondamentali, sanciti dalla Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo⁷².

Dalla relazione di Oteiza⁷³, e dal confronto da lui operato tra la Corte americana e quella europea⁷⁴, emerge il ruolo fondamentale

⁶⁹ Si vedano le decisioni *Voisine c. Francia*, 8 febbraio 2000, e *Meftah c. Francia*, 26 luglio 2002.

⁷⁰ Cfr. la decisione *Burg c. Francia*, 28 gennaio 2003.

⁷¹ ZAGREBELSKY, *supra*, cap. 3, par. 4.

⁷² La Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo, adottata nel 1969, è entrata in vigore nel 1978 e sono 25 gli Stati che vi hanno aderito. Per un approfondimento circa il ruolo e le funzioni della Corte e un'analisi della sua giurisprudenza cfr. BURBORGUE LARSEN – ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, 2011; per maggiori informazioni si può comunque visitare il sito web della Corte, <http://www.corteidh.or.cr/>.

⁷³ *Supra*, cap. 4.

⁷⁴ Al diverso contesto politico e culturale in cui sono state elaborate e vengono attuate le due Convenzioni corrispondono differenze tra le due Corti, anzitutto per quanto concerne il diverso carico di lavoro (se davanti alla Corte europea è garantito l'accesso diretto del singolo cittadino, di fronte a quella americana la le-

che la Corte interamericana sta svolgendo per il rispetto dei diritti fondamentali. I diritti vengono infatti garantiti non solo dalle pronunzie della Corte sovranazionale, ma anche e soprattutto dal controllo diffuso effettuato, anche d'ufficio, da parte dei giudici nazionali, che a loro volta hanno il compito di applicare i principi della Convenzione alla luce dell'interpretazione che di questi dà la Corte e il potere di disapplicare le norme di diritto interno con queste contrastanti

Il controllo del rispetto della Convenzione è così frutto del dialogo tra la Corte interamericana e le corti superiori dell'America Latina⁷⁵. Il dialogo per essere proficuo, peraltro, necessita che le corti superiori siano in grado di produrre decisioni che rispettino il valore verticale e orizzontale dei precedenti. Le corti supreme dell'America Latina, tuttavia, si trovano a gestire, con organici limitati, numeri altissimi di ricorsi così da svolgere con difficoltà la funzione nomofilattica. Oteiza ha in particolare ricordato, nella sua esposizione, le corti superiori dell'Argentina e del Brasile. Così la Corte Suprema argentina, modellata sotto il profilo delle funzioni sulla Corte Suprema statunitense, si trova a decidere più di ventimila casi l'anno⁷⁶; in Brasile, ove il *Superior Tribunal de Justiça* è il guardiano della nomofilachia circa le leggi federali e il *Supremo Tribunal Federal* è incaricato della difesa della Costituzione, quest'ultimo – composto da undici giudici – nel 2004, prima che fosse introdotto un filtro di accesso⁷⁷, aveva reso ben 101.000 decisioni.

Nella direzione della diminuzione del carico di lavoro delle corti supreme si muovono pertanto gli interventi riformatori dei legislatori dell'America Latina, con l'obiettivo appunto di garantire la coerenza e l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali.

gittimazione a proporre ricorso spetta solo agli Stati e alla Commissione interamericana dei diritti umani, che funziona da filtro delle domande dei cittadini).

⁷⁵ Corti superiori che vanno ovviamente intese – cfr. OTEIZA, *supra* cap. 4, par. 1 – in senso ampio, comprensivo, oltre che delle corti di cassazione, delle corti costituzionali, ossia gli organi che hanno l'ultima parola in materia di interpretazione dei diritti fondamentali.

⁷⁶ Un filtro di accesso alla Corte Suprema argentina è stato introdotto nel 1990, riformando l'art. 280 del codice di procedura civile e commerciale e consentendo alla Corte di dichiarare inammissibili i ricorsi per “*falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia*”, giudizio di inammissibilità che, a partire dal 2003, non ha bisogno di essere motivato.

⁷⁷ Affinché il ricorso sia dichiarato ammissibile è necessario dimostrare l'interesse generale della questione costituzionale sollevata (è comunque sufficiente, affinché il ricorso sia ammesso, la decisione positiva di un terzo dei membri del *Supremo Tribunal Federal*).

8. La Corte di cassazione italiana – come con grande chiarezza ha posto in luce Taruffo⁷⁸ – è oggi lontana dal modello puro di corte suprema della legittimità delineato e propugnato da Calamandrei. Su di esso hanno certamente inciso le riforme degli ultimi vent'anni che, nel consentire la decisione nel merito, hanno avvicinato la nostra Corte al modello della revisione.

In realtà la contrapposizione tra il sistema della cassazione e quello della revisione appare oggi scolorato – la stessa *Cour de cassation* francese può oggi decidere nel merito⁷⁹ – e l'attenzione degli operatori, in tutti gli ordinamenti, è piuttosto focalizzata verso il ruolo di nomofilachia esercitato dalle corti supreme e la conseguente ricerca di strumenti di selezione dei ricorsi o comunque di efficienza dei giudizi che consentano l'esercizio di questo ruolo⁸⁰.

A questo proposito, come tutti sappiamo, l'esperienza italiana è profondamente segnata dall'affermazione da parte della Carta costituzionale della garanzia soggettiva del ricorso per cassazione⁸¹ e dall'interpretazione estensiva che di questa hanno fornito la Corte di cassazione⁸² e il legislatore ordinario⁸³.

La conseguenza è evidente ed è ormai da tempo denunciata: la Corte di cassazione, appesantita da un enorme arretrato, si trova a dover decidere ogni anno un numero altissimo di ricorsi e, nonostante gli sforzi organizzativi, da un lato svolge con difficoltà il suo ruolo di garante dell'uniformità dell'interpretazione della legge e

⁷⁸ *Supra*, cap. 9.

⁷⁹ Cfr. l'art. L411-3 del *Code de l'organisation judiciaire* (*infra* Appendice normativa, B, n. 2).

⁸⁰ Per un quadro delle regole di accesso alle corti superiori nei paesi europei si veda l'indagine svolta dall'ufficio del massimario della Corte: *Le corti supreme in Europa: le regole per l'accesso*, Roma, giugno 2008, che può essere letta in www.cortedicassazione.it (l'indagine è stata realizzata, oltre che grazie a un lavoro di studio dei magistrati dell'ufficio del massimario, attraverso le risposte a un questionario date dai magistrati della rete giudiziaria europea di Eurojust), nonché la ricerca, che comprende pure alcuni ordinamenti extra europei, *Cours Suprêmes: comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, sotto la direzione di Vogel, Paris, 2005, svolta dall'*Institut de droit comparé* di Parigi su richiesta del primo presidente della *Cour de cassation*.

⁸¹ Per una recente riaffermazione del significato costituzionale del diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema cfr. Corte cost., 9 luglio 2009, n. 207.

⁸² Per un approccio critico nei confronti della nozione di sentenza elaborata dalla Corte di cassazione cfr. VERDE, *Sul ruolo della cassazione: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 854.

⁸³ Si consideri il nuovo quarto comma dell'art. 360 (introdotto con il d.lgs. n. 40/2006), che estende al ricorso straordinario ex art. 111 Cost. tutti i motivi di impugnazione di cui al primo comma dello stesso art. 360.

dall'altro lato non assicura, soprattutto sotto il profilo della durata, un giudizio efficace ed efficiente⁸⁴.

Cosa fare? È evidente che le riforme messe sinora in campo sono del tutto insufficienti, pensiamo al c.d. filtro di cui all'art. 360-*bis* c.p.c.⁸⁵. Ulteriori modifiche sono anche quest'anno state introdotte, ma pure esse, non incidendo sul diritto a proporre ricorso, appaiono ancora una volta inadeguate e destinate all'insuccesso⁸⁶.

Certo, si può affermare che il diritto al giudizio di legittimità è un diritto irrinunciabile del cittadino che non può essere limitato e vi sono altri ordinamenti, come quello francese, in cui esso è presente. Questo è vero, ma è altrettanto vero – come abbiamo appena visto – che il sistema di cassazione francese presenta elementi di funzionalità e di filtro assenti nel nostro ordinamento e difficilmente in esso trasponibili (pensiamo al numero degli avvocati abilitati a patrocinare le cause di fronte alla Corte).

L'alternativa sembra ineludibile: o il nostro ordinamento rinuncia ad avere un organo che a livello centrale tuteli il c.d. *ius constitutionis* e allora, per garantire in modo effettivo lo *ius litigatoris*⁸⁷, magari pone in essere un ritorno al sistema delle cassazioni regionali⁸⁸ ovvero compie, a livello costituzionale o legislativo o ancora interpretativo, una scelta decisa in favore della funzione nomofilattica della Corte, limitando il diritto soggettivo di ricorrere in cassazione.

⁸⁴ Per una analisi dei dati relativi al carico di lavoro della Corte e alla durata del giudizio che davanti ad essa si svolge cfr. *supra* le relazioni di LUPO e CHIARLONI, nonché LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, Roma 26 gennaio 2012, che può essere letta in www.cortedicassazione.it.

⁸⁵ Sulle modifiche introdotte dalla legge n. 69/2009 si vedano per tutti CARPI, *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 769 ss.; GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione*, *ivi*, 37 ss.

⁸⁶ Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito dalla legge n. 134/2012), all'art. 54, comma 2, lett. b, muta infatti con un ritorno all'originaria formulazione, l'art. 360, n. 5 limitandone pure l'utilizzo (cfr. il nuovo art. 348-*ter*). Per un commento critico si veda CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in Cassazione nel processo civile*, in www.judicium.it.

⁸⁷ La contrapposizione è presente – cfr. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, I, cit., 52 – nel diritto romano: in un passo di Macro (l. 1, § 2 D. XLIX, 8) leggiamo infatti “*contra constitutiones autem indicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronunciatur*”, e la regola era la nullità delle sentenze *contra ius constitutionis*, cioè quelle viziata da un errore relativo all'esistenza di una norma di diritto obiettivo, e invece la validità di quelle *contra ius litigatoris*, cioè viziata da un errore che riguardi solo l'esistenza del diritto soggettivo delle parti (CALAMANDREI, appena citato).

⁸⁸ A favore della reintroduzione, con un potenziamento delle attuali sezioni, delle cassazioni regionali SCARSELLI, *Note sulla crisi della cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in www.judicium.it.

La prima scelta, in astratto legittima, verrebbe però a scontrarsi, se non con la nostra Carta costituzionale⁸⁹, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Secondo la lettura della Corte europea, infatti – come ha ricordato Zagrebelsky⁹⁰ – perché si possa parlare di “legge” e di stato di diritto, le norme devono avere un contenuto conoscibile e prevedibile e questo è possibile solo laddove vi sia una corte suprema che svolgendo un ruolo di guida della giurisprudenza assicuri stabilità interpretativa e una generale ed omogenea applicazione delle norme.

⁸⁹ Secondo PIZZORUSSO (*Corte di cassazione*, in *Enc. giuridica*, IX, Roma, 1988) la funzione nomofilattica della Corte sarebbe infatti stata costituzionalizzata a seguito della previsione del controllo di legittimità da parte dell'art. 111. Sul collegamento tra la garanzia di uniformità della giurisprudenza ed il rispetto del principio di uguaglianza delle parti si veda PROTO PISANI, *Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 65 ss.

⁹⁰ *Supra*, cap. 3.

APPENDICE NORMATIVA

collazionata da MATTEO LUPANO

A – CORTI SOVRANAZIONALI:

1. *Corte europea dei diritti dell'uomo*

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali del 4 novembre 1950, così come modificata dal Protocollo n. 14 del 1 giugno 2010 (estratto)

omissis

Titolo II – Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Art. 19 - Istituzione della Corte

Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata «la Corte». Essa funziona in modo permanente.

Art. 20 - Numero di giudici

La Corte si compone di un numero di giudici pari a quello delle Alte Parti contraenti.

Art. 21 - Condizioni per l'esercizio delle funzioni

1. I giudici devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, o essere dei giureconsulti di riconosciuta competenza.
2. I giudici siedono alla Corte a titolo individuale.
3. Per tutta la durata del loro mandato, i giudici non possono esercitare alcuna attività incompatibile con le esigenze di indipendenza, di imparzialità o di disponibilità richieste da una attività esercitata a tempo pieno. Ogni questione che sorga in applicazione di questo paragrafo è decisa dalla Corte.

Art. 22 - Elezione dei giudici

I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare in relazione a ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall'Alta Parte contraente.

Art. 23 - Durata del mandato e revoca

1. I giudici sono eletti per un periodo di nove anni. Essi non sono rieleggibili.
2. Il mandato dei giudici termina al raggiungimento dell'età di 70 anni.
3. I giudici continuano a restare in carica fino alla loro sostituzione. Tuttavia essi continuano a trattare le cause di cui sono già stati investiti.
4. Un giudice non può essere sollevato dalle sue funzioni a meno che gli altri giudici decidano, a maggioranza dei due terzi, che egli non soddisfa più i requisiti richiesti.

Art. 24 - Cancelleria e relatori

1. La Corte dispone di una cancelleria i cui compiti e la cui organizzazione sono stabiliti dal regolamento della Corte.
2. Quando procede in composizione di giudice unico, la Corte è assistita da relatori che esercitano le loro funzioni sotto l'autorità del presidente della Corte. Essi fanno parte della cancelleria della Corte.

Art. 25 - Assemblea plenaria

La Corte riunita in Assemblea plenaria

- (a) elegge per un periodo di tre anni il suo presidente e uno o due vice-presidenti; essi sono rieleggibili;
- (b) costituisce Camere per un periodo determinato;
- (c) elegge i presidenti delle Camere della Corte che sono rieleggibili;
- (d) adotta il regolamento della Corte;
- (e) elegge il cancelliere e uno o più vice-cancellieri;
- (f) formula le richieste previste all'articolo 26 § 2.

Art. 26 - Composizione di giudice unico, comitati, Camere e Grande Camera

1. Per la trattazione di ogni caso che ad essa viene sottoposto, la Corte procede in composizione di giudice unico, in comitati di tre giudici, in Camere di sette giudici e in una Grande Camera di diciassette giudici. Le Camere della Corte istituiscono i comitati per un periodo determinato.

2. Su richiesta dell'Assemblea plenaria della Corte, il Comitato dei Ministri può, con decisione unanime e per un periodo determinato, ridurre a cinque il numero di giudici delle Camere.

3. Un giudice che siede quale giudice unico non esamina alcun ricorso introdotto contro l'Alta Parte contraente in relazione alla quale quel giudice è stato eletto.

4. Il giudice eletto in relazione a un'Alta Parte contraente parte alla controversia è membro di diritto della Camera e della Grande Camera. In caso di assenza di tale giudice, o se egli non è in grado di

svolgere la sua funzione, siede in qualità di giudice una persona scelta dal presidente della Corte su una lista presentata previamente da quella Parte.

5. Fanno altresì parte della Grande Camera il presidente della Corte, i vice-presidenti, i presidenti delle Camere e altri giudici designati in conformità al regolamento della Corte. Se la controversia è deferita alla Grande Camera ai sensi dell'articolo 43, nessun giudice della Camera che ha pronunciato la sentenza può essere presente nella Grande Camera, a eccezione del presidente della Camera e del giudice che ha partecipato alla stessa Camera in relazione all'Alta Parte contraente in causa.

Art. 27 - Competenza dei giudici unici

1. Un giudice unico può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo della Corte un ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 quando tale decisione può essere adottata senza ulteriori accertamenti.

2. La decisione è definitiva.

3. Se non dichiara il ricorso irricevibile o non lo cancella dal ruolo, il giudice unico lo trasmette a un comitato o a una Camera per l'ulteriore esame.

Art. 28 - Competenza dei comitati

1. Un comitato investito di un ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 può, con voto unanime:

- (a) dichiararlo irricevibile o cancellarlo dal ruolo, quando tale decisione può essere adottata senza ulteriore esame; o

(b) dichiararlo ricevibile e pronunciare congiuntamente sentenza sul merito quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte.

2. Le decisioni e le sentenze di cui al paragrafo 1 sono definitive.

3. Se il giudice eletto in relazione all'Alta Parte contraente parte della controversia non è membro del comitato, quest'ultimo può, in qualsiasi momento della procedura, invitarlo a farne parte al posto di uno dei suoi membri, tenendo conto di tutti i fattori rilevanti, compresa l'eventualità che tale Parte abbia contestato l'applicazione della procedura di cui al paragrafo 1 b.

Art. 29 - Decisioni delle Camere sulla ricevibilità e il merito

1. Se nessuna decisione è stata adottata ai sensi degli articoli 27 o 28, e nessuna sentenza è stata pronunciata ai sensi dell'articolo 28, una delle Camere si pronuncia sulla ricevibilità e sul merito dei ricorsi individuali presentati ai sensi dell'articolo 34. La decisione sulla ricevibilità può essere adottata separatamente.

2. Una delle Camere si pronuncia sulla ricevibilità e sul merito dei ricorsi governativi presentati in virtù dell'articolo 33. Salvo diversa decisione della Corte in casi eccezionali, la decisione sulla ricevibilità è adottata separatamente.

Art. 30 - Rimessione alla Grande Camera

Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione

della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può rimettere il caso alla Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga.

Art. 31 - Competenze della Grande Camera

La Grande Camera

(a) si pronuncia sui ricorsi presentati ai sensi dell'articolo 33 o dell'articolo 34 quando il caso le sia stato deferito dalla Camera ai sensi dell'articolo 30 o quando il caso le sia stato deferito ai sensi dell'articolo 43;

(b) si pronuncia sulle questioni deferite alla Corte dal Comitato dei Ministri ai sensi dell'articolo 46 § 4; e

(c) esamina le richieste di pareri consultivi presentate ai sensi dell'articolo 47.

Art. 32 - Competenza della Corte

1. La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa alle condizioni previste dagli articoli 33, 34, 46 e 47.

2. In caso di contestazione sulla competenza della Corte, è la Corte che decide.

Art. 33 - Ricorsi interstatali

Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente.

Art. 34 - Ricorsi individuali

La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto.

Art. 35 - Condizioni di ricevibilità

1. La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

2. La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'articolo 34, se:

(a) è anonimo; oppure

(b) è essenzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi.

3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che:

(a) il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo; o

(b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi

Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno.

4. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento.

Art. 36 - Intervento di terzi

1. Per qualsiasi questione all'esame di una Camera o della Grande Camera, un'Alta Parte contraente il cui cittadino sia ricorrente ha diritto di presentare osservazioni per iscritto e di partecipare alle udienze.

2. Nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze.

3. Il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa ha diritto di presentare osservazioni per iscritto e di partecipare alle udienze in tutte le cause all'esame di una Camera o della Grande Camera.

Art. 37 - Cancellazione

1. In ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo quando le circostanze permettono di concludere:

(a) che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure

(b) che la controversia è stata risolta; oppure

(c) che per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la pro-

secuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata.

Tuttavia la Corte prosegue l'esame del ricorso qualora il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli lo imponga.

2. La Corte può decidere una nuova iscrizione a ruolo di un ricorso se ritiene che le circostanze lo giustifichino.

Art. 38 - Esame in contraddittorio della causa

La Corte esamina la causa in contraddittorio con i rappresentanti delle parti e, se del caso, procede a un'inchiesta per il cui efficace svolgimento le Alte Parti contraenti interessate forniranno tutte le facilitazioni necessarie.

Art. 39 - Composizione amichevole

1. In ogni momento della procedura, la Corte si mette a disposizione degli interessati al fine di pervenire a una composizione amichevole della controversia che si fondi sul rispetto dei diritti dell'uomo quali sono riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli.

2. La procedura descritta al paragrafo 1 non è pubblica.

3. In caso di composizione amichevole, la Corte cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione che si limita a una breve esposizione dei fatti e della soluzione adottata.

4. Tale decisione è trasmessa al Comitato dei Ministri che sorveglia l'esecuzione dei termini della composizione amichevole quali figurano nella decisione.

Art. 40 - Udienda pubblica e accesso ai documenti

1. L'udienza è pubblica a meno che la Corte non decida diversamente a causa di circostanze eccezionali.

2. I documenti depositati presso l'ufficio di cancelleria sono accessibili al pubblico a meno che il presidente della Corte non decida diversamente.

Art. 41 - Equa soddisfazione

Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.

Art. 42 - Sentenze delle Camere

Le sentenze delle Camere divengono definitive conformemente alle disposizioni dell'articolo 44 § 2.

Art. 43 - Rinvio dinnanzi alla Grande Camera

1. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera.

2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale.

3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza.

Art. 44 - Sentenze definitive

1. La sentenza della Grande Camera è definitiva.
2. La sentenza di una Camera diviene definitiva
 - (a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera; oppure
 - (c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell'articolo 43.
3. La sentenza definitiva è pubblicata.

Art. 45 - Motivazione delle sentenze e delle decisioni

1. Le sentenze e le decisioni che dichiarano i ricorsi ricevibili o irrricevibili devono essere motivate.
2. Se la sentenza non esprime in tutto o in parte l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice avrà diritto di allegarvi l'esposizione della sua opinione individuale.

Art. 46 - Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze

1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.
2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei

Ministri che ne controlla l'esecuzione.

3. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato.

4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1.

5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 7 – 22 noviembre 1969 (estratto)

omissis

Capítulo VIII - La Corte Interamericana de derechos humanos

Sección 1. Organización

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos

uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.

3. Si entre los jueces llamados a co-

nocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.

4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieren un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo

la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2.

Competencia y Funciones

Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la

misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los

Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3. Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.

2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vi-

gente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

B – CORTI NAZIONALI:

1. Corte di cassazione italiana

Codice di procedura civile (estratto) – testo vigente al 14.9.2012

Libro II

Titolo III – Delle impugnazioni

omissis

Capo III:

Del ricorso per cassazione

Sezione I: Dei provvedimenti impugnabili e dei ricorsi

Art. 360 - Sentenze impugnabili e motivi di ricorso

Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione:

- 1) per motivi attinenti alla giurisdizione;
 - 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza;
 - 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro;
 - 4) per nullità della sentenza o del procedimento;
 - 5) per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.
- Può inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tale caso l'impugnazione può proporsi soltanto a norma del primo comma, n. 3.

Non sono immediatamente impugnabili con ricorso per cassazione le sentenze che decidono di questioni insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio. Il ricorso per cassazione avverso tali sentenze può essere proposto, senza necessità di riserva, allorché sia impugnata la sentenza che definisce, anche parzialmente, il giudizio.

Le disposizioni di cui al primo comma e terzo comma si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge.

Art. 360 bis - Inammissibilità del ricorso

Il ricorso è inammissibile:

- 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;
- 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.

Art. 361 - Riserva facoltativa di ricorso contro sentenze non definitive

Contro le sentenze previste dall'articolo 278 e contro quelle che decidono una o alcune delle domande senza definire l'intero giudizio, il

ricorso per cassazione può essere differito, qualora la parte soccombenente ne faccia riserva, a pena di decadenza, entro il termine per la proposizione del ricorso, e in ogni caso non oltre la prima udienza successiva alla comunicazione della sentenza stessa.

Qualora sia stata fatta la riserva di cui al precedente comma, il ricorso deve essere proposto unitamente a quello contro la sentenza che definisce il giudizio, o con quello che venga proposto, dalla stessa o da altra parte, contro altra sentenza successiva che non definisca il giudizio. La riserva non può farsi, e se già fatta rimane priva di effetto, quando contro la stessa sentenza da alcuna delle parti sia proposto immediatamente ricorso.

Art. 362 - Altri casi di ricorso

Possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'articolo 325 secondo comma, le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso.

Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione:

- 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari;
- 2) i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario.

Art. 363 - Principio di diritto nell'interesse della legge

Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti im-

pugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi.

La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza.

Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza.

La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito.

Art. 364 - Deposito per il caso di soccombenza

abrogato

Art. 365 - Sottoscrizione del ricorso

Il ricorso è diretto alla corte e sottoscritto, a pena d'inammissibilità, da un avvocato iscritto nell'apposito albo, munito di procura speciale.

Art. 366 - Contenuto del ricorso

Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità:

- 1) l'indicazione delle parti;
- 2) l'indicazione della sentenza o decisione impugnata;
- 3) l'esposizione sommaria dei fatti della causa;
- 4) i motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle

norme di diritto su cui si fondano, secondo quanto previsto dall'articolo 366 *bis*;

5) l'indicazione della procura, se conferita con atto separato e, nel caso di ammissione al gratuito patrocinio, del relativo decreto;

6) la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda.

Se il ricorrente non ha eletto domicilio in Roma, ovvero non ha indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine, le notificazioni gli sono fatte presso la cancelleria della Corte di cassazione.

Nel caso previsto nell'articolo 360, secondo comma, l'accordo delle parti deve risultare mediante visto apposto sul ricorso dalle altre parti o dai loro difensori muniti di procura speciale, oppure mediante atto separato, anche anteriore alla sentenza impugnata, da unirsi al ricorso stesso.

Le comunicazioni della cancelleria e le notificazioni tra i difensori di cui agli articoli 372 e 390 sono effettuate ai sensi dell'articolo 136, secondo e terzo comma.

Art. 366 *bis* - Formulazione dei motivi

abrogato

Art. 367 - Sospensione del processo di merito

Una copia del ricorso per cassazione proposto a norma dell'articolo 41, primo comma, è depositata, dopo la notificazione alle altre parti, nella cancelleria del giudice davanti a cui pende la causa, il quale sospende il processo se non ritiene l'istanza manifestamente inammissi-

bile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata. Il giudice istruttore o il collegio provvede con ordinanza.

Se la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti debbono riassumere il processo entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza.

Art. 368 - Questione di giurisdizione sollevata dal prefetto

Nel caso previsto nell'art. 41 secondo comma, la richiesta per la decisione della Corte di cassazione è fatta dal prefetto con decreto motivato.

Il decreto è notificato, su richiesta del prefetto, alle parti e al procuratore della Repubblica presso il tribunale, se la causa pende davanti a questo, oppure al procuratore generale presso la Corte di appello, se pende davanti alla Corte.

Il pubblico ministero comunica il decreto del prefetto al capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale pende la causa. Questi sospende il procedimento con decreto che è notificato alle parti a cura del pubblico ministero entro dieci giorni dalla sua pronuncia, sotto pena di decadenza della richiesta.

La Corte di cassazione è investita della questione di giurisdizione con ricorso a cura della parte più diligente, nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto.

Si applica la disposizione dell'ultimo comma dell'articolo precedente.

Art. 369 - Deposito del ricorso

Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della Corte, a pena

d'improcedibilità, nel termine di giorni venti dall'ultima notificazione alle parti contro le quali è proposto.

Insieme col ricorso debbono essere depositati, sempre a pena d'improcedibilità:

- 1) il decreto di concessione del gratuito patrocinio;
- 2) copia autentica della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notificazione, se questa è avvenuta, tranne che nei casi di cui ai due articoli precedenti; oppure copia autentica dei provvedimenti dai quali risulta il conflitto nei casi di cui ai nn. 1 e 2 dell'articolo 362;
- 3) la procura speciale, se questa è conferita con atto separato;
- 4) gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda.

Il ricorrente deve chiedere alla cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata o del quale si contesta la giurisdizione la trasmissione alla cancelleria della Corte di cassazione del fascicolo d'ufficio; tale richiesta è restituita dalla cancelleria al richiedente munita di visto, e deve essere depositata insieme col ricorso.

Art. 370 - Controricorso

La parte contro la quale il ricorso è diretto, se intende contraddire, deve farlo mediante controricorso da notificarsi al ricorrente nel domicilio eletto entro venti giorni dalla scadenza del termine stabilito per il deposito del ricorso. In mancanza di tale notificazione, essa non può presentare memorie, ma soltanto partecipare alla discussione orale.

Al controricorso si applicano le norme degli articoli 365 e 366, in quanto è possibile.

Il controricorso è depositato nella

cancelleria della Corte entro venti giorni dalla notificazione, insieme con gli atti e i documenti e con la procura speciale, se conferita con atto separato.

Art. 371 - Ricorso incidentale

La parte di cui all'articolo precedente deve proporre con l'atto contenente il controricorso l'eventuale ricorso incidentale contro la stessa sentenza.

La parte alla quale è stato notificato il ricorso per integrazione a norma degli articoli 331 e 332 deve proporre l'eventuale ricorso incidentale nel termine di quaranta giorni dalla notificazione, con atto notificato al ricorrente principale e alle altre parti nello stesso modo del ricorso principale.

Al ricorso incidentale si applicano le disposizioni degli articoli 365, 366 e 369.

Per resistere al ricorso incidentale può essere notificato un controricorso a norma dell'articolo precedente.

Se il ricorrente principale deposita la copia della sentenza o della decisione impugnata, non è necessario che la depositi anche il ricorrente per incidente.

Art. 371 bis - Deposito dell'atto di integrazione del contraddittorio

Qualora la Corte abbia ordinato l'integrazione del contraddittorio, assegnando alle parti un termine perentorio per provvedervi, il ricorso notificato, contenente nell'intestazione le parole "atto di integrazione del contraddittorio", deve essere depositato nella cancelleria della Corte stessa, a pena di improcedibilità, entro venti giorni dalla scadenza del termine assegnato.

Art. 372 - Produzione di altri documenti

Non è ammesso il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo, tranne di quelli che riguardano la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità del ricorso e del controricorso.

Il deposito dei documenti relativi all'ammissibilità può avvenire indipendentemente da quello del ricorso e del controricorso, ma deve essere notificato, mediante elenco, alle altre parti.

Art. 373 - Sospensione dell'esecuzione

Il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza. Tuttavia il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata può, su istanza di parte e qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che la esecuzione sia sospesa o che sia prestata congrua cauzione.

L'istanza si propone con ricorso al giudice di pace, al tribunale in composizione monocratica o al presidente del collegio, il quale, con decreto in calce al ricorso, ordina la comparizione delle parti rispettivamente d'innanzi a sé o al collegio in camera di consiglio. Copia del ricorso e del decreto sono notificate al procuratore dell'altra parte, ovvero alla parte stessa, se questa sia stata in giudizio senza ministero di difensore o non si sia costituita nel giudizio definito con la sentenza impugnata. Con lo stesso decreto, in caso di eccezionale urgenza può essere disposta provvisoriamente l'immediata sospensione dell'esecuzione.

Sezione II: Del procedimento e dei provvedimenti

Art. 374 - Pronuncia a sezioni unite

La Corte pronuncia a sezioni unite nei casi previsti nel n. 1) dell'articolo 360 e nell'articolo 362. Tuttavia, tranne che nei casi di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il ricorso può essere assegnato alle sezioni semplici, se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite.

Inoltre il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza.

Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

In tutti gli altri casi la Corte pronuncia a sezione semplice.

Art. 375 - Pronuncia in camera di consiglio

La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio quando riconosce di dovere:

- 1) dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'articolo 360;
- 2) ordinare l'integrazione del contraddittorio o disporre che sia eseguita la notificazione dell'impugnazione a norma dell'articolo 332 ovvero che sia rinnovata;

- 3) provvedere in ordine all'estinzione del processo in ogni caso diverso dalla rinuncia;
- 4) pronunciare sulle istanze di regolamento di competenza e di giurisdizione;
- 5) accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza.

Art. 376 - Assegnazione dei ricorsi alle sezioni

Il primo presidente, tranne quando ricorrono le condizioni previste dall'articolo 374, assegna i ricorsi ad apposita sezione, che verifica se sussistono i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 375, primo comma, numeri 1) e 5). Se la sezione non definisce il giudizio, gli atti sono rimessi al primo presidente, che procede all'assegnazione alle sezioni semplici.

La parte, che ritiene di competenza delle sezioni unite un ricorso assegnato a una sezione semplice, può proporre al primo presidente istanza di rimessione alle sezioni unite, fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione del ricorso.

All'udienza della sezione semplice, la rimessione può essere disposta soltanto su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, con ordinanza inserita nel processo verbale.

Art. 377 - Fissazione dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio

Il primo presidente, su presentazione del ricorso a cura del cancelliere, fissa l'udienza o l'adunanza della camera di consiglio e nomina il relatore per i ricorsi assegnati alle sezioni unite. Per i ricorsi assegnati alle sezioni semplici provvede allo

stesso modo il presidente della sezione.

Dell'udienza è data comunicazione dal cancelliere agli avvocati delle parti almeno venti giorni prima.

Art. 378 - Deposito di memorie di parte

Le parti possono presentare le loro memorie in cancelleria non oltre cinque giorni prima della udienza.

Art. 379 - Discussione

All'udienza il relatore riferisce i fatti rilevanti per la decisione del ricorso, il contenuto del provvedimento impugnato e, in riassunto, se non vi è discussione delle parti, i motivi del ricorso e del controricorso.

Dopo la relazione il presidente invita gli avvocati delle parti a svolgere le loro difese.

Quindi il pubblico ministero espone oralmente le sue conclusioni motivate.

Non sono ammesse repliche, ma gli avvocati delle parti possono nella stessa udienza presentare alla Corte brevi osservazioni per iscritto sulle conclusioni del pubblico ministero.

Art. 380 - Deliberazione della sentenza

La Corte, dopo la discussione della causa, delibera, nella stessa seduta, la sentenza in camera di consiglio. Si applica alla deliberazione della Corte la disposizione dell'articolo 276.

Art. 380 bis - Procedimento per la decisione sull'inammissibilità del ricorso e per la decisione in camera di consiglio

Il relatore della sezione di cui all'articolo 376, primo comma,

primo periodo, se appare possibile definire il giudizio ai sensi dell'articolo 375, primo comma, numeri 1) e 5), deposita in cancelleria una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia.

Il presidente fissa con decreto l'adunanza della Corte. Almeno venti giorni prima della data stabilita per l'adunanza, il decreto e la relazione sono comunicati al pubblico ministero e notificati agli avvocati delle parti, i quali hanno facoltà di presentare, il primo conclusioni scritte, e i secondi memorie, non oltre cinque giorni prima e di chiedere di essere sentiti, se compaiono.

Se il ricorso non è dichiarato inammissibile, il relatore nominato ai sensi dell'articolo 377, primo comma, ultimo periodo, quando appaiono ricorrere le ipotesi previste dall'articolo 375, primo comma, numeri 2) e 3), deposita in cancelleria una relazione con la concisa esposizione dei motivi in base ai quali ritiene che il ricorso possa essere deciso in camera di consiglio e si applica il secondo comma.

Se ritiene che non ricorrono le ipotesi previste dall'articolo 375, primo comma, numeri 2) e 3), la Corte rinvia la causa alla pubblica udienza.

Art. 380 *ter* - Procedimento per la decisione sulle istanze di regolamento di giurisdizione e di competenza

Nei casi previsti dall'articolo 375, primo comma, numero 4), il presidente, se non provvede ai sensi dell'articolo 380-bis, primo comma, richiede al pubblico ministero le sue conclusioni scritte.

Le conclusioni ed il decreto del presidente che fissa l'adunanza

sono notificati, almeno venti giorni prima, agli avvocati delle parti, che hanno facoltà di presentare memorie non oltre cinque giorni prima e di chiedere di essere sentiti, se compaiono, limitatamente al regolamento di giurisdizione.

Non si applica la disposizione del quinto comma dell'articolo 380 *bis*.

Art. 381 - Provvedimento sul deposito
abrogato

Art. 382 - Decisione delle questioni di giurisdizione e di competenza

La Corte, quando decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa, determinando, quando occorre, il giudice competente.

Quando cassa per violazione delle norme sulla competenza, statuisce su questa.

Se riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione, cassa senza rinvio. Egualmente provvede in ogni altro caso in cui ritiene che la causa non poteva essere proposta o il processo proseguito.

Art. 383 - Cassazione con rinvio

La Corte, quando accoglie il ricorso per motivi diversi da quelli richiamati nell'articolo precedente, rinvia la causa ad altro giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza cassata.

Nel caso previsto nell'articolo 360 secondo comma, la causa può essere rinviata al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello al quale le parti hanno rinunciato.

La Corte, se riscontra una nullità del giudizio di primo grado per la quale il giudice d'appello avrebbe

dovuto rimettere le parti al primo giudice, rinvia la causa a quest'ultimo.

Nelle ipotesi di cui all'articolo 348-ter, commi terzo e quarto, la Corte, se accoglie il ricorso per motivi diversi da quelli indicati dall'articolo 382, rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello e si applicano le disposizioni del libro secondo, titolo terzo, capo terzo, sezione terza.

Art. 384 - Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito

La Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3), e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza.

La Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione.

Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione.

Art. 385 - Provvedimenti sulle spese

La Corte, se rigetta il ricorso, condanna il ricorrente alle spese.

Se cassa senza rinvio o per violazione delle norme sulla competenza provvede sulle spese di tutti i precedenti giudizi, liquidandole essa stessa o rimettendone la liquidazione al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.

Se rinvia la causa ad altro giudice, può provvedere sulle spese del giudizio di cassazione o rimetterne la pronuncia al giudice di rinvio.

Art. 386 - Effetti della decisione sulla giurisdizione

La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda.

Art. 387 - Non riproponibilità del ricorso dichiarato inammissibile o improcedibile

Il ricorso dichiarato inammissibile o improcedibile, non può essere riproposto, anche se non è scaduto il termine fissato dalla legge.

Art. 388 - Trasmissione di copia del dispositivo al giudice di merito

Copia della sentenza è trasmessa dal cancelliere della Corte a quello del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, affinché ne sia presa nota in margine all'originale di quest'ultima.

La trasmissione può avvenire anche in via telematica.

Art. 389 - Domande conseguenti alla cassazione

Le domande di restituzione o di ri-

duzione in pristino e ogni altra conseguente alla sentenza di cassazione si propongono al giudice di rinvio e, in caso di cassazione senza rinvio, al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.

Art. 390 - Rinuncia

La parte può rinunciare al ricorso principale o incidentale finché non sia cominciata la relazione all'udienza, o sia notificata la richiesta del pubblico ministero di cui all'art. 375.

La rinuncia deve farsi con atto sottoscritto dalla parte e dal suo avvocato o anche da questo solo se è munito di mandato speciale a tale effetto.

L'atto di rinuncia è notificato alle parti costituite o comunicato agli avvocati delle stesse, che vi appongono il visto.

Art. 391 - Pronuncia sulla rinuncia

Sulla rinuncia e nei casi di estinzione del processo disposta per legge, la Corte provvede con sentenza quando deve decidere altri ricorsi contro lo stesso provvedimento, altrimenti provvede il presidente con decreto. Il decreto o la sentenza che dichiara l'estinzione può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese.

Il decreto ha efficacia di titolo esecutivo se nessuna delle parti chiede la fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione.

La condanna non è pronunciata se alla rinuncia hanno aderito le altre parti personalmente o i loro avvocati autorizzati con mandato speciale.

Art. 391 bis - Correzione degli errori materiali e revocazione delle sentenze della Corte di cassazione

Se la sentenza o l'ordinanza pronunciata ai sensi dell'articolo 375, primo comma, numeri 4) e 5), pronunciata dalla Corte di cassazione è affetta da errore materiale o di calcolo ai sensi dell'art. 287 ovvero da errore di fatto ai sensi dell'art. 395, n. 4), la parte interessata può chiederne la correzione o la revocazione con ricorso ai sensi degli artt. 365 ss. da notificare entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, ovvero di un anno dalla pubblicazione della sentenza stessa.

La Corte decide sul ricorso in camera di consiglio nell'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 380bis.

Sul ricorso per correzione dell'errore materiale pronuncia con ordinanza. Sul ricorso per revocazione pronuncia con ordinanza se lo dichiara inammissibile, altrimenti rinvia alla pubblica udienza.

La pendenza del termine per la revocazione della sentenza della Corte di cassazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto.

In caso di impugnazione per revocazione della sentenza della Corte di cassazione non è ammessa la sospensione dell'esecuzione della sentenza passata in giudicato, nè è sospeso il giudizio di rinvio o il termine per riassumerlo.

Art. 391 ter - Altri casi di revocazione ed opposizione di terzo

Il provvedimento con il quale la Corte ha deciso la causa nel merito è, altresì, impugnabile per revocazione per i motivi di cui ai numeri

1, 2, 3 e 6 del primo comma dell'articolo 395 e per opposizione di terzo. I relativi ricorsi si propongono alla stessa Corte e debbono contenere gli elementi, rispettivamente, degli articoli 398, commi secondo e terzo, e 405, comma secondo.

Quando pronuncia la revocazione o accoglie l'opposizione di terzo, la

Corte decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto; altrimenti, pronunciata la revocazione ovvero dichiarata ammissibile l'opposizione di terzo, rinvia la causa al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.

Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 – Ordinamento giudiziario (estratto)

omissis

Art. 65 - Attribuzioni della Corte suprema di cassazione

La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge.

La Corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio dello Stato e su ogni altro territorio soggetto alla sua sovranità.

Regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578 – Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore (estratto)

omissis

Art. 33

Gli avvocati, per essere ammessi al patrocinio davanti alla Corte di cassazione e alle altre giurisdizioni indicate nell'art. 4, secondo comma, debbono essere iscritti in un albo speciale, che è tenuto dal Consiglio nazionale forense.

Gli avvocati che aspirano all'iscrizione nell'albo speciale devono farne domanda allo stesso Consiglio nazionale forense e dimostrare di avere esercitato per dodici anni almeno la professione di avvocato davanti alle Corti di appello e ai Tribunali.

Questo termine è ridotto a tre anni per gli ex-Prefetti della Repubblica e ad un anno solo per gli ex-Prefetti che abbiano cinque anni di grado.

Non può essere iscritto, né rimanere nell'albo speciale chi non è iscritto nell'albo di un Tribunale.

Tuttavia, dopo venti anni di contemporanea iscrizione nei due albi, l'avvocato ha facoltà di rimanere iscritto nel solo albo speciale.

Il Consiglio nazionale forense procede annualmente alla revisione ed alla pubblicazione dell'albo speciale.

omissis

2. Cour de cassation française

Code de procédure civile (estratto)

omissis

Titre VII: Dispositions particulières à la Cour de cassation.

Article 973

Les parties sont tenues, sauf disposition contraire, de constituer un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Cette constitution emporte élection de domicile.

Chapitre Ier: La procédure avec représentation obligatoire.

Article 974

Le pourvoi en cassation est formé par déclaration au greffe de la Cour de cassation.

Article 975

La déclaration de pourvoi est faite par acte contenant, outre les mentions prescrites par l'article 58:

1° La constitution de l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation du demandeur;

2° L'indication de la décision attaquée;

3° Le cas échéant, les chefs de la décision auxquels le pourvoi est limité;

4° L'état de la procédure d'exécution, sauf dans les cas où l'exécution de la décision attaquée est interdite par la loi.

Elle est signée par l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 976

La déclaration est remise au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de défendeurs, plus deux.

La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué.

Article 977

Le greffier adresse aussitôt au défendeur par lettre simple un exemplaire de la déclaration avec l'indication qu'il doit, s'il entend défendre au pourvoi, constituer un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Il demande simultanément au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision attaquée communication du dossier.

Au cas où l'exemplaire de la déclaration lui serait renvoyé par l'administration des postes, le greffier de la Cour de cassation le transmet aussitôt à l'avocat du demandeur en cassation, lequel le signifie au défendeur en lui rappelant qu'il doit, s'il entend défendre au pourvoi, constituer un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 978

A peine de déchéance, le demandeur en cassation doit, au plus tard, dans le délai de cinq mois à compter du pourvoi, remettre au greffe de la Cour de cassation et signifier au défendeur un mémoire contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée.

A peine d'être déclaré d'office irrecevables un moyen ou un élément de

moyen ne doit mettre en oeuvre qu'un seul cas d'ouverture. Chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même sanction:

- le cas d'ouverture invoqué;
- la partie critiquée de la décision;
- ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

Article 979

A peine d'irrecevabilité du pourvoi prononcée d'office, doivent être remises au greffe dans le délai de dépôt du mémoire:

- une copie de la décision attaquée et de ses actes de signification;
- une copie de la décision confirmée ou infirmée par la décision attaquée;
- toute autre décision rendue dans le même litige et à laquelle la décision attaquée fait référence.

Le demandeur doit également joindre les pièces invoquées à l'appui du pourvoi.

Article 980

Si le défendeur au pourvoi n'a pas constitué avocat, la signification est faite à la partie elle-même.

L'acte de signification indique au défendeur qu'il doit, s'il entend défendre au pourvoi, constituer un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et l'informe que s'il ne constitue pas avocat, l'arrêt à intervenir ne pourra pas être frappé d'opposition. Cet acte précise en outre le délai dans lequel le défendeur doit remettre au greffe son mémoire en réponse et former, le cas échéant, un pourvoi incident.

Article 981

A défaut de remise ou de signification du mémoire dans le délai prévu à l'alinéa 1er de l'article 978,

la déchéance est constatée par ordonnance du premier président ou de son délégué.

Article 982

Le défendeur au pourvoi dispose d'un délai de trois mois à compter de la signification du mémoire du demandeur pour remettre au greffe de la Cour de cassation un mémoire en réponse signé d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et le notifier à l'avocat du demandeur dans la forme des notifications entre avocats.

Le délai prévu à l'alinéa précédent est prescrit à peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, du mémoire en réponse.

Chapitre II: La procédure sans représentation obligatoire.

Article 983

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux pourvois formés dans les matières pour lesquelles une disposition spéciale dispense les parties du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 984

Le pourvoi en cassation est formé par déclaration écrite que la partie ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial remet ou adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe de la Cour de cassation.

Article 985

Outre les mentions prescrites par l'article 58, la déclaration désigne la décision attaquée. Elle indique l'état de la procédure d'exécution, sauf dans les cas où l'exécution de la décision attaquée est interdite par la loi.

Article 986

Le greffier enregistre le pourvoi. Il mentionne la date à laquelle il est formé et délivre, ou adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, récépissé de la déclaration, lequel reproduit la teneur des articles 989 et 994.

Article 987

Le greffier adresse aussitôt au défendeur copie de la déclaration par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Cette notification reproduit la teneur des articles 991 et 994.

Le greffier demande simultanément communication du dossier au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée.

Article 988

Le greffier de la juridiction qui a rendu la décision attaquée transmet sans délai au greffe de la Cour de cassation le dossier de l'affaire auquel sont jointes:

- une copie de la décision attaquée et de ses actes de notification;
- une copie de la décision confirmée ou infirmée par la décision attaquée;
- une copie de toute autre décision rendue dans le même litige et à laquelle la décision attaquée fait référence;
- les conclusions de première instance et d'appel s'il en a été pris.

Il transmet immédiatement au greffe de la Cour de cassation toute pièce qui lui parviendrait ultérieurement.

Article 989

Lorsque la déclaration du pourvoi ne contient pas l'énoncé, même sommaire, des moyens de cassation invoqués contre la décision atta-

quée, le demandeur doit, à peine de déchéance constatée par ordonnance du premier président ou de son délégué, faire parvenir au greffe de la Cour de cassation, au plus tard dans un délai de trois mois à compter de la remise ou de la réception du récépissé de la déclaration, un mémoire contenant cet énoncé, et, le cas échéant, les pièces invoquées à l'appui du pourvoi.

Ce mémoire peut être établi par le mandataire de la partie sans nouveau pouvoir spécial.

Article 990

Lorsqu'un mémoire est produit par le demandeur, le greffier de la Cour de cassation en notifie sans délai une copie au défendeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article 991

Le défendeur au pourvoi dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du mémoire du demandeur ou de l'expiration du délai de trois mois prévu à l'article 989 pour remettre contre récépissé, ou adresser par lettre recommandée, au greffe de la Cour de cassation un mémoire en réponse et former, le cas échéant, un pourvoi incident.

Article 992

Le greffier de la Cour de cassation notifie, sans délai, une copie du mémoire en réponse au demandeur par lettre simple.

En cas de pourvoi incident, il notifie selon les mêmes formes au défendeur à ce pourvoi une copie du mémoire prévu à l'alinéa 1er de l'article 1010.

Article 993

Si un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a déclaré au greffe qu'il représentait une partie, la notification prévue à l'article 990 ou à l'article 992 est remplacée par une notification faite à cet avocat. La remise à l'avocat, contre récépissé, d'une copie du mémoire, portant cachet à date du greffe, vaut notification.

Article 994

En plus de l'original, il est produit par le demandeur autant de copies de son mémoire qu'il y a de défendeurs et par le défendeur autant de copies du mémoire en réponse qu'il y a de demandeurs. Ces copies sont certifiées conformes par le signataire du mémoire.

Article 995

Si le pourvoi a été formé selon les règles de la procédure avec représentation obligatoire, il n'en est pas moins recevable quelle que soit la procédure ultérieurement suivie. Le défendeur n'est pas tenu de se faire représenter par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Chapitre III: La procédure en matière électorale.

omissis

Chapitre IV: Dispositions communes.**Article 1009**

Le premier président, ou son délégué, à la demande d'une des parties ou d'office, peut réduire les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces.

A l'expiration de ces délais, le président de la formation compétente fixe la date de l'audience.

Article 1009-1

Hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l'avis du procureur général et les observations des parties, la radiation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans l'impossibilité d'exécuter la décision.

La demande du défendeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, être présentée avant l'expiration des délais prescrits aux articles 982 et 991.

La décision de radiation n'emporte pas suspension des délais impartis au demandeur au pourvoi par les articles 978 et 989.

Article 1009-2

Le délai de péremption court à compter de la notification de la décision ordonnant la radiation. Il est interrompu par un acte manifestant sans équivoque la volonté d'exécuter.

Article 1009-3

Le premier président ou son délégué autorise, sauf s'il constate la péremption, la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée.

Les délais impartis au défendeur

par les articles 982 et 991 courent à compter de la notification de la ré-inscription de l'affaire au rôle.

Article 1010

Le pourvoi incident, même provoqué, doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, être fait sous forme de mémoire et contenir les mêmes indications que le mémoire du demandeur.

Le mémoire doit, sous la même sanction:

- être remis au greffe de la Cour de cassation avant l'expiration du délai prévu pour la remise du mémoire en réponse;
- être notifié dans le même délai aux avocats des autres parties au pourvoi incident. Si, dans les matières où la représentation est obligatoire, le défendeur n'a pas constitué avocat, le mémoire doit lui être signifié au plus tard dans le mois suivant l'expiration de ce délai.

Le défendeur à un tel pourvoi dispose d'un délai d'un mois à compter de la notification pour remettre, et s'il y a lieu notifier, son mémoire en réponse.

Article 1011

Sauf le cas de déchéance prévu à l'article 978, l'affaire est distribuée dès que le demandeur a remis son mémoire et, au plus tard, à l'expiration du délai imparti à cette fin.

Article 1012

Le président de la formation à laquelle l'affaire est distribuée désigne un conseiller ou un conseiller référendaire de cette formation en qualité de rapporteur.

Il peut fixer aussitôt la date de l'audience.

Article 1013

La formation restreinte de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée statue après un rapport oral.

Article 1015

Le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe.

Article 1015-1

La chambre saisie d'un pourvoi peut solliciter l'avis d'une autre chambre saisie sur un point de droit qui relève de la compétence de celle-ci.

Les parties en sont avisées par le président de la chambre saisie du pourvoi. Elles peuvent présenter des observations devant la chambre appelée à donner son avis.

Article 1016

Conformément aux articles 11-1 et 11-2 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 modifiée, les débats sont publics. La Cour peut néanmoins décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.

Les arrêts sont prononcés publiquement.

Article 1017

Le rapport est fait à l'audience.

Article 1018

Les avocats sont entendus après le rapport s'ils le demandent. Les

parties peuvent aussi être entendues après y avoir été autorisées par le président.

Article 1019

La Cour de cassation statue après avis du ministère public.

Article 1020

L'arrêt vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée.

Article 1021

L'arrêt est signé par le président, le rapporteur et le greffier.

Article 1022

Une copie de l'arrêt est adressée à la juridiction dont émane la décision attaquée.

Article 1022-1

Dans les affaires pour lesquelles les parties sont dispensées du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les décisions de cassation sont notifiées par le greffe de la Cour de cassation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception; les décisions de rejet ou de cassation sans renvoi sont portées par lettre simple à la connaissance des parties qui ne sont pas assistées ou représentées par un avocat au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

Article 1022-2

Le demandeur justifie de l'acquiescement de la contribution pour l'aide juridique au plus tard au moment de la remise de son mémoire. L'irrecevabilité du pourvoi est prononcée soit par ordonnance du premier président, de son délégué ou du président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée, soit par arrêt.

Chapitre V: Dispositions diverses

Section I: Augmentation des délais.

Article 1023

Les délais prévus aux articles 978 et 989 sont augmentés:

- d'un mois si le demandeur demeure dans un département d'outre-mer, à Mayotte ou dans un territoire d'outre-mer;
- de deux mois s'il demeure à l'étranger.

Les délais prévus aux articles 982, 991 et 1010 (dernier alinéa) sont de même augmentés d'un mois ou de deux mois selon que le défendeur demeure dans un département d'outre-mer, à Mayotte, un territoire d'outre-mer ou à l'étranger.

Section II: Le désistement.

Article 1024

Le désistement du pourvoi doit être accepté s'il contient des réserves ou si le défendeur a préalablement formé un pourvoi incident.

Article 1025

Les dispositions des articles 396, 399, 400 et 403 s'appliquent au désistement du pourvoi.

Article 1026

Le désistement est constaté par ordonnance du premier président ou du président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée. Le premier président ou le président de la formation compétente statue, le cas échéant, sur les demandes fondées sur l'article 700.

Toutefois, le désistement est constaté par arrêt s'il intervient après le dépôt du rapport ou si l'accep-

tation du défendeur, lorsqu'elle est nécessaire, n'est donnée qu'après ce dépôt. Cet arrêt équivaut à un arrêt de rejet et entraîne l'application des articles 628 et 630.

Section III: La récusation.

Article 1027

La demande de récusation d'un magistrat de la Cour de cassation est examinée par une chambre autre que celle à laquelle l'affaire est distribuée et qui est désignée par le premier président.

Section IV: La demande en faux.

Article 1028

La demande en faux contre une pièce produite devant la Cour de cassation est adressée au premier président.

Elle est déposée au greffe et signée d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation si le ministère en est obligatoire dans l'affaire à propos de laquelle la demande est présentée.

Article 1029

Le premier président statue après avis du procureur général.

Il rend une ordonnance de rejet ou une ordonnance portant autorisation d'agir en faux.

En cas de rejet, le demandeur peut être condamné au paiement d'une amende civile dans les conditions prévues à l'article 628.

Article 1030

L'ordonnance portant autorisation d'agir en faux est signifiée au défendeur dans le délai de quinze jours, avec sommation de déclarer s'il entend se servir de la pièce arguée de faux.

A cette sommation doit être jointe une copie de la requête et de l'ordonnance du premier président.

Article 1031

Le défendeur doit signifier au demandeur, dans un délai de quinze jours, s'il entend ou non se servir de la pièce arguée de faux.

Dans le premier cas, ou s'il n'est pas répondu dans le délai de quinze jours, le premier président renvoie les parties à se pourvoir devant la juridiction qu'il désigne pour qu'il soit statué sur la demande en faux.

Chapitre VI: La saisine pour avis de la Cour de cassation.

Article 1031-1

Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il surseoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3.

Article 1031-2

La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation.

Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour.

Article 1031-3

La Cour de cassation rend son avis dans les trois mois de la réception du dossier.

Article 1031-4

Dans les matières où la représentation est obligatoire, les observations éventuelles des parties doivent être signées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 1031-5

L'affaire est communiquée au procureur général près la Cour de cassation. Celui-ci est informé de la date de la séance.

Article 1031-6

L'avis peut mentionner qu'il sera publié au Journal officiel de la République française.

Article 1031-7

L'avis est adressé à la juridiction qui l'a demandé, au ministère public auprès de cette juridiction, au premier président de la cour d'appel et au procureur général lorsque la demande n'émane pas de la cour. Il est notifié aux parties par le greffe de la Cour de cassation.

Code de l'organisation judiciaire (estratto)

omissis

Livre IV – La Cour de cassation

Titre Ier: Institution et compétence

Article L411-1

Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation.

Article L411-2

La Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire.

La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire.

Article L411-3

La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond.

Elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.

En ces cas, elle se prononce sur la charge des dépens afférents aux instances civiles devant les juges du fond.

L'arrêt emporte exécution forcée. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article L411-4

Ainsi qu'il est dit à l'article 11-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, l'action récursoire contre les magistrats ayant commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation.

Titre II: Organisation**Article L421-1**

La Cour de cassation comprend des chambres civiles et une chambre criminelle.

Article L421-2

Les pourvois formés à l'encontre des arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière pénale sont portés devant la chambre criminelle dans les conditions prévues au code de procédure pénale.

Article L421-3

Les arrêts de la Cour de cassation sont rendus soit par l'une des chambres, soit par une chambre mixte, soit par l'assemblée plénière.

Article L421-4

Lorsqu'une chambre mixte doit être constituée, elle est composée de magistrats appartenant à trois chambres au moins de la cour.

La chambre mixte est présidée par le premier président, ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le plus ancien des présidents de chambre.

Elle comprend, en outre, les présidents et doyens des chambres qui la composent ainsi que deux conseillers de chacune de ces chambres.

Article L421-5

L'assemblée plénière est présidée par le premier président, ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le plus ancien des présidents de chambre.

Elle comprend, en outre, les présidents et les doyens des chambres ainsi qu'un conseiller de chaque chambre.

Article L421-6

Les dispositions de l'article L. 121-2 ne sont pas applicables à la Cour de cassation.

Article L421-7

Un ou plusieurs avocats généraux à la Cour d'appel de Paris peuvent, par décret, être délégués à la Cour de cassation pour exercer les fonctions du ministère public près cette juridiction.

Article L421-8

Les modalités d'application du présent titre sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Titre III: Fonctionnement**Chapitre Ier: Les chambres de la cour****Section 1: Dispositions générales****Article L431-1**

Les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une formation de trois magistrats appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.

Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre.

Toutefois, le premier président ou le président de la chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties, peuvent renvoyer directement une affaire à l'audience de la chambre par décision non motivée.

Article L431-2

En matière pénale, les dispositions relatives à la formation d'admission des pourvois sont fixées par le code de procédure pénale.

Article L431-3

Les conseillers référendaires siègent, avec voix consultative, dans la chambre à laquelle ils sont affectés. Ils ont voix délibérative dans le jugement des affaires qu'ils sont chargés de rapporter.

En outre, des conseillers référendaires pris par ordre d'ancienneté dans leurs fonctions peuvent, avec voix délibérative, être appelés à compléter la chambre à laquelle ils appartiennent.

Article L431-4

En cas de cassation, l'affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l'article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats.

Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci.

Section 2: Dispositions particulières aux chambres mixtes et à l'assemblée plénière

Article L431-5

Le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes; il doit l'être en cas de partage égal des voix.

Article L431-6

Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens.

Article L431-7

Le renvoi devant une chambre mixte ou devant l'assemblée plénière est décidé soit, avant l'ouverture des débats, par ordonnance non motivée du premier président, soit par arrêt non motivé de la chambre saisie.

Le renvoi est de droit lorsque le procureur général le requiert avant l'ouverture des débats.

Article L431-8

En cas d'empêchement de l'un des membres, il est remplacé par un conseiller désigné par le premier président ou, à défaut de celui-ci, par le président de chambre qui le remplace.

Article L431-9

La chambre mixte et l'assemblée plénière se prononcent sur le pourvoi même si les conditions de leur saisine n'étaient pas réunies.

Article L431-10

Les modalités d'application du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Chapitre II: Le parquet général**Article L432-1**

Le procureur général porte la parole aux audiences des chambres mixtes et de l'assemblée plénière ainsi que dans les assemblées générales de la cour.

Il peut la porter aux audiences des chambres et devant la formation prévue à l'article L. 441-2.

Article L432-2

En cas d'empêchement du procureur général, celui-ci est remplacé pour les actes de ses fonctions par un premier avocat général désigné par le procureur général ou, à défaut, par le plus ancien des premiers avocats généraux.

Article L432-3

Les premiers avocats généraux, les avocats généraux et les avocats généraux référendaires portent la parole, au nom du procureur général, devant les chambres auxquelles ils sont affectés.

Ils peuvent être désignés par le procureur général pour la porter également devant les autres formations de la cour.

Article L432-4

Lorsque l'empêchement d'un avocat général est de longue durée, le

premier président et le procureur général peuvent, par une décision conjointe, déléguer un conseiller dans les fonctions d'avocat général.

Article L432-5

Les modalités d'application du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Titre IV: Dispositions particulières en cas de saisine pour avis de la Cour de cassation**Chapitre unique****Article L441-1**

Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Article L441-2

La formation de la Cour de cassation qui se prononce sur la demande d'avis est présidée par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le président de chambre le plus ancien.

Article L441-3

L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande.

Article L441-4

Les modalités d'application du présent titre sont fixées, en ce qui concerne les juridictions autres que pénales, par décret en Conseil d'Etat.

omissis

Décret n° 91-1125, 28.10.1991 - Conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (estratto)

Titre Ier: Conditions générales d'aptitude à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 1

Nul ne peut accéder à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation s'il ne remplit les conditions suivantes:

1° Etre français ou ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

2° Etre titulaire, sous réserve des dispenses prévues aux articles 2, 3, 4 et 5, d'au moins une maîtrise en droit ou de titres ou diplômes reconnus comme équivalents pour l'accès à la profession d'avocat;

3° Avoir été inscrit pendant un an au moins sur la liste du stage ou au tableau d'un barreau, sous réserve des dispenses prévues aux articles 2, 3, 4 et 5;

4° Avoir suivi la formation prévue au titre II, sous réserve des dispenses prévues aux articles 2, 3, 4 et 5;

5° Avoir subi avec succès l'examen d'aptitude à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation prévu au titre III, sous réserve des dispenses prévues aux articles 2, 3 et 5;

6° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes moeurs;

7° N'avoir pas été l'auteur de faits de même nature ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation,

révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation;

8° N'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou d'autre sanction en application du titre VI de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ou, dans le régime antérieur à cette loi, en application du titre II de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la faillite personnelle et les banqueroutes.

Article 2

Sont dispensés des conditions prévues aux 2°, 3°, 4° et 5° de l'article 1er:

1° Les membres et anciens membres du Conseil d'Etat, à l'exception des maîtres des requêtes et des auditeurs;

2° Les magistrats et anciens magistrats à la Cour de cassation, à l'exception des conseillers référendaires et des auditeurs;

3° Les magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes, à l'exception des conseillers référendaires et des auditeurs.

Article 3

Sont dispensés des conditions prévues aux 2°, 3°, 4° et 5° de l'article 1er, sous réserve de justifier de quatre années au moins d'exercice des fonctions et d'avoir effectué un an de pratique professionnelle auprès d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation:

1° Les professeurs d'université, chargés d'un enseignement juridique;

2° Les maîtres des requêtes et anciens maîtres des requêtes au

Conseil d'Etat et les conseillers référendaires et anciens conseillers référendaires à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes.

Article 4

Sont dispensés des conditions prévues aux 2°, 3° et 4° de l'article 1er, sous réserve d'avoir effectué un an de pratique professionnelle auprès d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, et des dispositions du quatrième alinéa de l'article 17:

1° Les magistrats et anciens magistrats de l'ordre judiciaire régis par l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, autres que ceux bénéficiant des dispenses des articles 2 et 3, justifiant d'au moins huit années d'exercice professionnel dans ce corps;

2° Les membres et anciens membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, autres que ceux bénéficiant des dispenses des articles 2 et 3, les membres et anciens membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et les membres et anciens membres des chambres régionales des comptes, justifiant d'au moins huit années d'exercice professionnel dans leurs corps;

3° Les maîtres de conférences de droit et les anciens maîtres-assistants, titulaires du doctorat en droit, ayant accompli dix années au moins d'enseignement juridique dans un établissement d'enseignement supérieur;

4° Les avocats et anciens avocats ayant été inscrits pendant dix années au moins au tableau d'un barreau français ou d'un Etat membre des communautés européennes;

5° Les conseils juridiques et anciens conseils juridiques ayant été

inscrits pendant dix années au moins sur une liste de conseils juridiques;

6° Les notaires ayant au moins dix années de fonction.

Article 5

Peuvent être nommées avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sans remplir les conditions de diplômes, de formation ou d'examens professionnels prévues à l'article 1er les personnes qui ont suivi avec succès un cycle d'études postsecondaires d'une durée minimale de trois ans ou d'une durée équivalente à temps partiel dans une université ou un établissement d'enseignement supérieur ou dans un autre établissement d'un niveau équivalent de formation et, le cas échéant, la formation professionnelle requise en plus de ce cycle d'études et qui justifient:

1° De diplômes, certificats ou autres titres permettant l'exercice de la même profession dans un Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen délivrés:

a) Soit par l'autorité compétente de cet Etat et sanctionnant une formation acquise de façon prépondérante dans l'Espace économique européen;

b) Soit par un pays tiers, à condition que soit fournie une attestation émanant de l'autorité compétente de l'Etat membre ou partie qui a reconnu les diplômes, certificats ou autres titres certifiant que leur titulaire a une expérience professionnelle de trois ans au moins dans cet Etat;

2° Ou de l'exercice à plein temps de la même profession pendant deux ans au moins au cours des dix an-

nées précédentes dans un Etat membre ou partie qui ne réglemente pas l'accès ou l'exercice de cette profession à condition que cet exercice soit attesté par l'autorité compétente de cet Etat. Toutefois, la condition d'une expérience professionnelle de deux ans n'est pas exigée lorsque le ou les titres de formation détenus par le demandeur sanctionnent une formation réglementée directement orientée vers l'exercice de la profession.

Sauf si les connaissances qu'il a acquises au cours de son expérience professionnelle sont de nature à rendre cette vérification inutile, l'intéressé doit subir devant le jury prévu à l'article 18 un examen d'aptitude dont le programme et les modalités sont fixés par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation:

1° Lorsque sa formation porte sur des matières substantiellement différentes de celles qui figurent aux programmes des diplômes et de l'examen d'aptitude mentionnés au 5° de l'article 1er;

2° Ou lorsqu'une ou plusieurs des activités professionnelles dont l'exercice est subordonné à la possession de ces diplômes et de cet examen ne sont pas réglementées dans l'Etat membre d'origine ou de provenance ou sont réglementées de manière différente et que cette différence est caractérisée par une formation spécifique requise en France portant sur des matières substantiellement différentes de celles couvertes par le diplôme dont le demandeur fait état.

Les intéressés adressent leur dossier au garde des sceaux, ministre de la justice. A la réception du dos-

sier complet de l'intéressé, le garde des sceaux, ministre de la justice, lui délivre un récépissé.

La liste des candidats admis à se présenter à l'examen est, après avis du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, arrêtée par le garde des sceaux, ministre de la justice. La décision du garde des sceaux, ministre de la justice, est motivée et précise, le cas échéant, les matières sur lesquelles les candidats doivent être interrogés compte tenu de leur formation initiale et de leur expérience professionnelle. Elle doit intervenir dans un délai de quatre mois à compter de la date de la délivrance du récépissé.

Nul ne peut se présenter plus de trois fois à l'examen d'aptitude.

Titre II: La formation.

Article 6

Sont admises à suivre la formation à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation les personnes qui satisfont aux conditions prévues aux 2° et 3° de l'article 1er.

Article 7

La formation est dispensée sous l'autorité du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation suivant les modalités fixées par un règlement établi par ses soins et soumis à l'approbation du garde des sceaux, ministre de la justice, dans les conditions définies aux articles suivants. Les personnes admises à la formation sont inscrites sur le registre tenu à cet effet par le conseil de l'ordre.

Article 8

La durée de la formation est de trois ans.

Article 9

La formation comprend un enseignement théorique la participation aux travaux de la conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et des travaux de pratique professionnelle. Sont admises en deuxième, puis en troisième année de formation les personnes ayant été reconnues aptes par le jury prévu à l'article 18 qui se prononce sur l'ensemble des travaux écrits et oraux qu'elles ont effectués au cours de l'année précédente et, éventuellement, après un entretien avec l'intéressé. Chacune des deux premières années ne peut être redoublée qu'une fois.

Article 10

Les deuxième et troisième années de formation comprennent des travaux de pratique professionnelle, qui sont effectués sous le contrôle du conseil de l'ordre et sous la direction et la responsabilité d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, maître de stage. Au cours des deuxième et troisième années de formation, le stagiaire doit accomplir un stage auprès du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

Les travaux de pratique professionnelle s'effectuent dans le cadre d'une collaboration effective et régulière au sein d'un ou plusieurs cabinets d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Lorsque le stagiaire n'a pas trouvé de stage dans un cabinet d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, il appartient au président du conseil de l'ordre de désigner, à

cette fin, un avocat. Ce dernier ne peut, sans motif légitime, refuser d'être maître de stage. Les difficultés nées de l'application du présent alinéa sont soumises à l'arbitrage du vice-président du Conseil d'Etat et du premier président de la Cour de cassation.

L'affectation du stagiaire peut être modifiée en cours de stage par le président du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, soit dans un intérêt pédagogique, soit si le stage ne peut plus être poursuivi dans les conditions où il était effectué. Cette modification est mentionnée au registre prévu à l'article 7.

Article 11

Le stagiaire ne peut se substituer au maître de stage dans les actes de sa fonction. Toutefois, il peut, s'il n'est pas inscrit sur la liste du stage d'un barreau, présenter des observations orales devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel en présence de son maître de stage et sous le contrôle et la responsabilité de ce dernier, avec l'autorisation du président de la formation devant laquelle il se présente.

Les travaux de pratique professionnelle doivent correspondre à la durée normale du travail, telle qu'elle résulte des accords ou usages en vigueur pour la catégorie professionnelle considérée. Toutefois, le maître de stage est tenu de laisser au stagiaire le temps nécessaire pour suivre l'enseignement prévu à l'article 9.

La rémunération du stagiaire est fixée à l'amiable ou, à défaut, par le président du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation conformément

aux accords ou usages mentionnés au deuxième alinéa.

Article 12

Le maître de stage tient un dossier de stage dans lequel il porte, à l'achèvement du stage et au moins chaque année, ses appréciations sur la qualité du travail effectué par le stagiaire.

Une copie du dossier de stage est communiquée au président du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 13

Le maître de stage ou le stagiaire avise le président du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de tous changements dans les conditions d'accomplissement du stage. Le conseil de l'ordre porte ces modifications sur le registre prévu à l'article 7.

Article 14

La personne admise à la formation ne peut suspendre celle-ci pendant plus de trois mois sans motif légitime.

Article 15

La personne admise à la formation est radiée du registre prévu à l'article 7 par décision du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation si elle fait l'objet d'une condamnation pénale définitive pour des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs, ou si elle suspend sa formation sans motif légitime pendant plus de trois mois.

Elle peut être radiée si elle méconnaît gravement les obligations de la

formation ou si elle commet des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs.

Dans tous les cas, la décision ne peut être prise sans que l'intéressé ait été entendu ou appelé.

En cas de réinscription, l'intéressé conserve le bénéfice des périodes de formation accomplies.

Les décisions de radiation ou de non-réintégration, qui doivent être motivées, sont notifiées à l'intéressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

Article 16

A l'issue de la formation, un certificat de fin de formation est délivré aux stagiaires qui ont satisfait à l'ensemble de leurs obligations par le conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Le certificat de fin de formation mentionne la durée du service effectué, la nature des fonctions occupées et les observations du maître de stage sur les conditions dans lesquelles le stagiaire s'est acquitté de sa mission.

Si le conseil de l'ordre estime que le stagiaire n'a pas satisfait à ses obligations, il peut, après avoir entendu l'intéressé, prolonger le stage pour une période d'une année renouvelable une fois. A l'expiration de la prolongation, le certificat est délivré ou refusé.

La décision du conseil de l'ordre est motivée. Elle est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'intéressé et peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

Titre III: L'examen d'aptitude à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 17

L'examen d'aptitude à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a lieu au moins une fois par an.

Le programme et les modalités de l'examen sont fixés par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

L'examen comporte des épreuves écrites, à l'issue desquelles les candidats peuvent être déclarés admissibles aux épreuves orales dont l'une porte sur la réglementation professionnelle et la gestion d'un office.

Les personnes mentionnées à l'article 4 subissent deux épreuves écrites qu'elles choisissent dans les conditions suivantes: soit la rédaction d'un mémoire devant le Conseil d'Etat et celle d'un mémoire devant la Cour de cassation, soit la rédaction d'un de ces deux mémoires, à leur choix, et celle d'une consultation juridique portant sur une affaire relevant de la juridiction supérieure non concernée par le mémoire. Elles sont dispensées des épreuves orales, à l'exception de celle portant sur la réglementation professionnelle et la gestion d'un office.

Sous réserve des dispenses prévues à l'article 4, seules peuvent se présenter à l'examen d'aptitude les personnes titulaires du certificat de fin de formation.

Nul ne peut se présenter plus de trois fois à l'examen d'aptitude à la

profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Article 18

L'examen d'aptitude à la profession d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation est subi devant un jury qui choisit les sujets des épreuves.

Le jury est composé comme suit:

- un conseiller d'Etat;
- un conseiller à la Cour de cassation;
- un professeur d'université, chargé d'un enseignement juridique;
- trois avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Le jury est présidé alternativement par le conseiller d'Etat et par le conseiller à la Cour de cassation.

Le jury du premier examen sera présidé par le conseiller d'Etat. Le président et les membres du jury sont désignés pour une durée de trois ans, renouvelable une fois, par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice. Le conseiller d'Etat est désigné sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat, le conseiller à la Cour de cassation sur proposition du Premier président de la Cour de cassation, le professeur d'université chargé d'un enseignement juridique sur proposition du ministre chargé des universités et les trois avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sur proposition du conseil de l'ordre.

Des suppléants sont nommés en nombre égal et dans les mêmes conditions.

En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

omissis

3. Tribunal Supremo spagnolo

Ley de Enjuiciamiento Civil, 7.1.2000, n. 1 (estratto)

Il testo è consultabile anche all'indirizzo <http://www.mjusticia.gob.es/>

La Ley 10.10.2011, n. 37, ha modificato, a far data dal 30.10.2011, svariate norme in materia di giudizio di cassazione. Si riportano pertanto il testo attuale e quello vigente alla data del convegno, sul quale si è incentrato l'intervento del relatore.

Testo previgente (ultima modifica: Ley 3.11.2009, n. 13)	Testo modificato dalla Ley 10.10.2011, n. 37 (modifiche sottolineate)
LIBRO II - De los procesos declarativos <i>omissis</i>	LIBRO II - De los procesos declarativos <i>omissis</i>
Título IV - De los recursos <i>omissis</i>	Título IV - De los recursos <i>omissis</i>
Capítulo V - Del recurso de casación	Capítulo V - Del recurso de casación
Artículo 477 - Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. 2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: (1) Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. (2) Cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas [150.253,03 €].	Artículo 477 - Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. 2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: (1) Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. (2) <u>Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.</u> (3) <u>Cuando la cuantía del proceso</u>

(3) Cuando la resolución del recurso presente interés casacional. 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.	<u>no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.</u> 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.
Artículo 478 - Competencia. Simultaneidad de recursos. 1. El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, ex-	Artículo 478 - Competencia. Simultaneidad de recursos. 1. El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, ex-

clusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. 2. Cuando la misma parte prepare recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.	clusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. 2. Cuando la misma parte interponga recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.
Artículo 479 - Preparación del recurso. 1. El recurso de casación se preparará mediante escrito presentado ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. 2. Si se pretendiere recurrir sentencia de las previstas en el número 1 del apartado 2 del artículo 477, el escrito de preparación se limitará a exponer sucintamente la vulneración de derecho fundamental que se considere cometida. 3. Cuando se pretenda recurrir una sentencia conforme a lo dispuesto en el número 2 del apartado 2 del artículo 477, el escrito de preparación únicamente deberá indicar la infracción legal que se considera cometida. 4. Cuando se pretenda recurrir una sentencia al amparo de lo dispuesto en el número 30 del apartado 2 del	Artículo 479 - Interposición del recurso. 1. El recurso de casación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. 2. Si la resolución impugnada fuera susceptible de recurso y éste se hubiere formulado dentro de plazo, en el plazo de tres días el Secretario judicial tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso. Si el tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará auto declarando la inadmisión. Contra este auto sólo podrá interponerse recurso de queja. Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso no cabrá recurso alguno, pero la parte

artículo 477, el escrito de preparación deberá expresar, además de la infracción legal que se considere cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue.	<u>recurrida podrá oponerse a la admisión al comparecer ante el tribunal de casación.</u>
<u>Artículo 480 - Resolución sobre la preparación del recurso.</u> 1. Si el recurso o recursos de casación que se hubieren preparado cumplieren los requisitos establecidos en el artículo anterior, el tribunal los tendrá por preparados. Si los requisitos no se cumplieren, dictará auto rechazando el recurso. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja. 2. Contra la providencia en que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a la admisión del recurso al comparecer ante el tribunal de casación.	Artículo 480 - Resolución sobre la preparación del recurso. <u>DEROGADO</u>
Artículo 481 - Contenido del escrito de interposición del recurso. 1. En el plazo de los veinte días siguientes a aquel en que se tenga por preparado el recurso de casación, habrá de presentarse, ante el tribunal que hubiese dictado la sentencia recurrida, escrito de interposición, en el que se expondrán, con la necesaria extensión, sus fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista. 2. Al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias	Artículo 481 - Contenido del escrito de interposición del recurso. <u>1. En el escrito de interposición se expresará el supuesto, de los previstos por el artículo 477.2, conforme al que se pretende recurrir la sentencia. Igualmente se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista.</u> 2. Al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias

que se aduzcan como fundamento del interés casacional. 3. En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida. 4. Finalizado el plazo para interponer el recurso de casación sin haber presentado el escrito de interposición, el Secretario judicial declarará desierto el recurso e impondrá al recurrente las costas causadas, si las hubiere.	que se aduzcan como fundamento del interés casacional. 3. En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida. 4. <u>DEROGADO</u>
Artículo 482 - Remisión de los autos. Negativa a expedir certificaciones. 1. Presentado el escrito de interposición, dentro de los cinco días siguientes el Secretario judicial remitirá todos los autos originales al Tribunal competente para conocer del recurso de casación, con emplazamiento de las partes por término de treinta días. Si el recurrente no compareciere dentro del plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso y quedará firme la resolución recurrida. 2. Si el recurrente no hubiere podido obtener la certificación de sentencia a que se refiere el artículo 481, se efectuará no obstante la remisión de los autos dispuesta en el apartado anterior. La negativa o resistencia a expedir la certificación	Artículo 482 - Remisión de los autos. Negativa a expedir certificaciones. 1. Presentado el escrito de interposición, dentro de los cinco días siguientes el Secretario judicial remitirá todos los autos originales al Tribunal competente para conocer del recurso de casación, con emplazamiento de las partes por término de treinta días. Si el recurrente no compareciere dentro del plazo señalado, el Secretario judicial declarará desierto el recurso y quedará firme la resolución recurrida. 2. Si el recurrente no hubiere podido obtener la certificación de sentencia a que se refiere el artículo 481, se efectuará no obstante la remisión de los autos dispuesta en el apartado anterior. La negativa o resistencia a expedir la certificación

será corregida disciplinariamente y, si fuere necesario, la Sala de casación las reclamará del Secretario judicial que deba expedirla.	será corregida disciplinariamente y, si fuere necesario, la Sala de casación las reclamará del Secretario judicial que deba expedirla.
Artículo 483 - Decisión sobre la admisión del recurso. 1. Recibidos los autos en el tribunal, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación. 2. Procederá la inadmisión del recurso de casación: 1º Si, pese a haberse tenido por preparado el recurso, éste fuere improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier defecto de forma no subsanable en que se hubiese incurrido en la preparación. 2º Si el escrito de interposición del recurso no cumpliese los requisitos establecidos, para los distintos casos, en esta Ley. 3º Si el asunto no alcanzase la cuantía requerida, o no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar. Asimismo se inadmitirá el recurso en los casos del segundo párrafo del apartado 3 del art. 477, cuando el Tribunal Superior de Justicia correspondiente considere que ha sentado doctrina sobre la norma discutida o sobre otra anterior de contenido igual o similar.	Artículo 483 - Decisión sobre la admisión del recurso. 1. Recibidos los autos en el tribunal, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación. 2. Procederá la inadmisión del recurso de casación: <u>1º Si el recurso fuera improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier otro defecto de forma no subsanable.</u> 2º Si el escrito de interposición del recurso no cumpliese los requisitos establecidos, para los distintos casos, en esta Ley. 3º Si el asunto no alcanzase la cuantía requerida, o no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar. Asimismo se inadmitirá el recurso en los casos del segundo párrafo del apartado 3 del art. 477, cuando el Tribunal Superior de Justicia correspondiente considere que ha sentado doctrina sobre la norma discutida o sobre otra anterior de contenido igual o similar.

3. La Sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto mediante providencia la posible causa de inadmisión del recurso de casación a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes. 4. Si la Sala entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida. Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie. 5. Contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso de casación no se dará recurso alguno.	3. La Sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto mediante providencia la posible causa de inadmisión del recurso de casación a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes. 4. Si la Sala entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida. Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie. 5. Contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso de casación no se dará recurso alguno.
Artículo 484 - Decisión sobre la competencia en trámite de admisión. 1. En el trámite de admisión a que se refiere el artículo anterior, la Sala examinará su competencia para conocer del recurso de casación, antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del mismo. Si no se considerare competente, acordará, previa audiencia de las partes por plazo de diez días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la Sala que se estime competente en el plazo de diez días. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, recibidas las actuaciones y personadas las partes ante la Sala que se haya conside-	Artículo 484 - Decisión sobre la competencia en trámite de admisión. 1. En el trámite de admisión a que se refiere el artículo anterior, la Sala examinará su competencia para conocer del recurso de casación, antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del mismo. Si no se considerare competente, acordará, previa audiencia de las partes por plazo de diez días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la Sala que se estime competente en el plazo de diez días. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, recibidas las actuaciones y personadas las partes ante la Sala que se haya conside-

rado competente, continuará la sustanciación del recurso desde el trámite de admisión. 3. Las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no podrán declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo.	rado competente, continuará la sustanciación del recurso desde el trámite de admisión. 3. Las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no podrán declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo.
Artículo 485 - Admisión y traslado a las otras partes. Admitido el recurso de casación, el Secretario judicial dará traslado del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte o partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista. En el escrito de oposición también se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal.	Artículo 485 - Admisión y traslado a las otras partes. Admitido el recurso de casación, el Secretario judicial dará traslado del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte o partes recurridas, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista. En el escrito de oposición también se podrán alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal.
Artículo 486 - Votación y fallo. Eventual vista 1. Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, háyanse presentado o no los escritos de oposición, si todas las partes hubieren solicitado la celebración de vista el Secretario judicial señalará día y hora para su celebración. De igual modo se procederá cuando el Tribunal hubiera resuelto, mediante providencia, por considerarlo conveniente para la mejor impartición de justicia, la celebración de dicho acto. En caso contrario, la Sala señalará día y hora para la votación y fallo del recurso de casación.	Artículo 486 - Votación y fallo. Eventual vista 1. Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, háyanse presentado o no los escritos de oposición, si todas las partes hubieren solicitado la celebración de vista el Secretario judicial señalará día y hora para su celebración. De igual modo se procederá cuando el Tribunal hubiera resuelto, mediante providencia, por considerarlo conveniente para la mejor impartición de justicia, la celebración de dicho acto. En caso contrario, la Sala señalará día y hora para la votación y fallo del recurso de casación.

2. La vista comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias.	2. La vista comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. Si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias.
Artículo 487 - Sentencia. Efectos. 1. La Sala dictará sentencia sobre el recurso de casación dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo. 2. Si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1º y 2º del apartado 2 del art. 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida. 3. Cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3º del apartado 2 del art. 477, si la sentencia considerara fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. Los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado.	Artículo 487 - Sentencia. Efectos. 1. La Sala dictará sentencia sobre el recurso de casación dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo. 2. Si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1º y 2º del apartado 2 del art. 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida. 3. Cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3º del apartado 2 del art. 477, si la sentencia considerara fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. Los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado.

Artículo 488 - Sustanciación y decisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, cuando litigantes de un mismo pleito opten por distinto recurso extraordinario. 1. Cuando distintos litigantes de un mismo proceso opten, cada uno de ellos, por diferente recurso extraordinario, el que se funde en infracción procesal se sustanciará por el tribunal competente con preferencia al de casación, cuya tramitación, sin embargo, será iniciada y continuará hasta que se decida su admisión, quedando después en suspenso. 2. Si se dictara sentencia totalmente desestimatoria del recurso por infracción procesal, se comunicará de inmediato al tribunal competente para la casación, se alzarán de inmediato su suspensión y se tramitará el recurso con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo. 3. Si se estimare el recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación presentado quedará sin efecto, sin perjuicio de lo previsto en el art. 467 de la presente Ley.	Artículo 488 - Sustanciación y decisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, cuando litigantes de un mismo pleito opten por distinto recurso extraordinario. 1. Cuando distintos litigantes de un mismo proceso opten, cada uno de ellos, por diferente recurso extraordinario, el que se funde en infracción procesal se sustanciará por el tribunal competente con preferencia al de casación, cuya tramitación, sin embargo, será iniciada y continuará hasta que se decida su admisión, quedando después en suspenso. 2. Si se dictara sentencia totalmente desestimatoria del recurso por infracción procesal, se comunicará de inmediato al tribunal competente para la casación, se alzarán de inmediato su suspensión y se tramitará el recurso con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo. 3. Si se estimare el recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación presentado quedará sin efecto, sin perjuicio de lo previsto en el art. 467 de la presente Ley.
Artículo 489 - Sustanciación y decisión de los recursos de casación foral y extraordinario por infracción procesal, cuando litigantes de un mismo pleito opten por distinto recurso extraordinario. Cuando distintos litigantes de un mismo proceso opten, cada uno de ellos, por diferente recurso extraordinario, uno por infracción procesal y otro por vulneración de las normas de Derecho civil foral o especial	Artículo 489 - Sustanciación y decisión de los recursos de casación foral y extraordinario por infracción procesal, cuando litigantes de un mismo pleito opten por distinto recurso extraordinario. Cuando distintos litigantes de un mismo proceso opten, cada uno de ellos, por diferente recurso extraordinario, uno por infracción procesal y otro por vulneración de las normas de Derecho civil foral o especial

propio de una Comunidad Autónoma, ambos recursos se sentencia teniendo en cuenta que sólo podrá pronunciarse sobre el recurso de casación si no estimare el extraordinario por infracción procesal.	propio de una Comunidad Autónoma, ambos recursos se sentencia teniendo en cuenta que sólo podrá pronunciarse sobre el recurso de casación si no estimare el extraordinario por infracción procesal.
Capítulo VI - Del recurso en interés de la ley	Capítulo VI - Del recurso en interés de la ley
Artículo 490 - Resoluciones recurribles en interés de la ley.	Artículo 490 - Resoluciones recurribles en interés de la ley.
1. Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. 2. No procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional.	1. Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. 2. No procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional.
Artículo 491 - Legitimación para recurrir en interés de la ley.	Artículo 491 - Legitimación para recurrir en interés de la ley.
Podrán en todo caso recurrir en interés de la ley el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Asimismo, podrán interponer este recurso las personas jurídicas de Derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones.	Podrán en todo caso recurrir en interés de la ley el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Asimismo, podrán interponer este recurso las personas jurídicas de Derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones.

Artículo 492 - Interposición y sustanciación 1. Los recursos en interés de la ley se interpondrán, en el plazo de un año desde que se dictó la sentencia más moderna, directamente ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. 2. Al escrito en que se interponga el recurso en interés de la ley se acompañarán los siguientes documentos: 1º Copia certificada o testimonio de las resoluciones que pongan de manifiesto la discrepancia que se alegue. 2º Certificación expedida por el Tribunal Constitucional, que acredite que, transcurrido el plazo para recurrir en amparo, no se ha interpuesto dicho recurso contra ninguna de las sentencias alegadas. 3. Del escrito o escritos de interposición, con sus documentos anexos, se dará traslado por el Secretario judicial a quienes se hubieren personado como partes en los procesos en que hubieran recaído las sentencias objeto del recurso, para que, en el plazo de veinte días, puedan formular alegaciones expresando los criterios jurídicos que consideren más fundados.	Artículo 492 - Interposición y sustanciación. 1. Los recursos en interés de la ley se interpondrán, en el plazo de un año desde que se dictó la sentencia más moderna, directamente ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. 2. Al escrito en que se interponga el recurso en interés de la ley se acompañarán los siguientes documentos: 1º Copia certificada o testimonio de las resoluciones que pongan de manifiesto la discrepancia que se alegue. 2º Certificación expedida por el Tribunal Constitucional, que acredite que, transcurrido el plazo para recurrir en amparo, no se ha interpuesto dicho recurso contra ninguna de las sentencias alegadas. 3. Del escrito o escritos de interposición, con sus documentos anexos, se dará traslado por el Secretario judicial a quienes se hubieren personado como partes en los procesos en que hubieran recaído las sentencias objeto del recurso, para que, en el plazo de veinte días, puedan formular alegaciones expresando los criterios jurídicos que consideren más fundados.
Artículo 493 - Sentencia. La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial	Artículo 493 - Sentencia. La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial

del Estado» y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.	del Estado» y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.
<i>omissis</i> Disposición final decimosexta - Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios. 1. En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Para la preparación, interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal se seguirán las siguientes reglas: Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1 y 2 del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley. Cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infrac-	<i>omissis</i> Disposición final decimosexta - Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios. 1. En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. <u>Para la interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal se seguirán las siguientes reglas:</u> <u>1.^a Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley.</u> <u>2.^a Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley.</u> <u>3.^a Cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infrac-</u>

ción procesal y en casación, habrá de preparar e interponer ambos recursos en un mismo escrito. A la preparación e interposición de dichos recursos y a la remisión de los autos, les serán de aplicación los plazos establecidos en los artículos 479, 481 y 482, respectivamente. Siempre que se preparen contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un único procedimiento. Cuando se trate de recursos presentados por distintos litigantes, se procederá a su acumulación. Si se tramitarán conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal. Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3 del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal. Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por in-	<u>ción procesal y en casación, habrá de interponer ambos recursos en un mismo escrito. A la interposición de dichos recursos y a la remisión de los autos, les serán de aplicación los plazos establecidos en los artículos 479 y 482, respectivamente.</u> <u>4.^a Siempre que se interpongan contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un único procedimiento. Cuando se trate de recursos presentados por distintos litigantes, se procederá a su acumulación.</u> <u>5.^a Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.</u> <u>Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3.º del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.</u> <u>6.^a Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por in-</u>
--	--

fracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia. Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2 del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia. Contra las sentencias dictadas resolviendo recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación no cabrá recurso alguno.	<u>fracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.</u> <u>7.^a Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia.</u> <u>8.^a Contra las sentencias dictadas resolviendo recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación no cabrá recurso alguno.</u>
2. En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los artículos 466, 468, 472, así como los artículos 488 a 493 y el apartado cuarto del artículo 476. Lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del artículo 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2 del apartado primero del artículo 469 o en vulneraciones del artículo 24 de la Constitución que únicamente afectaran a la sentencia recurrida. Las referencias a los Tribunales Superiores de Justicia, contenidas en el apartado cuarto del artículo 470 y en el artículo 472, se entenderán hechas a la Sala que sea competente para conocer del recurso de casación.	2. En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los artículos 466, 468 y 472, así como los artículos 488 a 493 y el apartado cuarto del artículo 476. Lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del artículo 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2.º del apartado primero del artículo 469 o en vulneraciones del artículo 24 de la Constitución que únicamente afectaran a la sentencia recurrida. <u>Las referencias a los Tribunales Superiores de Justicia, contenidas en el artículo 472 se entenderán hechas a la Sala que sea competente para conocer del recurso de casación.</u>

4. Bundesgerichtshof tedesco

Zivilprozessordnung [ZPO] (estratto)

Traduzione in inglese fornita dal *Bundesministerium der Justiz*, a cura della Samson Übersetzungen GmbH - Dr. Carmen von Schöning.

Il testo è consultabile anche all'indirizzo <http://www.gesetze-im-internet.de/>.

BUCH 3 - Rechtsmittel <i>omissis</i>	BOOK 3 - Appellate remedies <i>omissis</i>
Abschnitt 2 - Revision	Chapter 2 - Appeal on points of law
§ 542 - Statthaftigkeit der Revision (1) Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Endurteile nach Maßgabe der folgenden Vorschriften statt. (2) Gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung entschieden worden ist, findet die Revision nicht statt. Dasselbe gilt für Urteile über die vorzeitige Besitzeinweisung im Enteignungsverfahren oder im Umlegungsverfahren.	§ 542 - Appeal on points of law as an available remedy (1) Subject to the following provisions, an appeal on points of law may be filed against the final judgments delivered by the appellate instance on fact and law. (2) No appeal on points of law may be filed against rulings by which a decision was taken on the issuance, modification, or repeal of a seizure or an injunction. The same shall apply to any judgments regarding instances in which a party has been put into possession early in expropriation proceedings or procedures for the reallocation of land.
§ 543 - Zulassungsrevision (1) Die Revision findet nur statt, wenn sie 1. das Berufungsgericht in dem Urteil oder 2. das Revisionsgericht auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung zugelassen hat.	§ 543 - Admission to appeal (1) An appeal on points of law may be lodged only if: 1. The court of appeal has admitted its being lodged in the judgment, or 2. The court hearing the appeal on points of law has admitted its being lodged based on a complaint against the refusal to grant leave to appeal on points of law.

(2) Die Revision ist zuzulassen, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Das Revisionsgericht ist an die Zulassung durch das Berufungsgericht gebunden.	(2) An appeal on points of law is to be admitted if: 1. The legal matter is of fundamental significance, or 2. The further development of the law or the interests in ensuring uniform adjudication require a decision to be handed down by the court hearing the appeal on points of law. The court hearing the appeal on points of law is bound to the admission of the appeal by the court of appeal.
§ 544 - Nichtzulassungsbeschwerde (1) Die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht unterliegt der Beschwerde (Nichtzulassungsbeschwerde). Die Beschwerde ist innerhalb einer Frist von einem Monat nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber bis zum Ablauf von sechs Monaten nach der Verkündung des Urteils bei dem Revisionsgericht einzulegen. Mit der Beschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Urteils, gegen das die Revision eingelegt werden soll, vorgelegt werden. (2) Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber bis zum Ablauf von sieben Monaten nach der Verkündung des Urteils zu begründen. § 551 Abs. 2 Satz 5 und 6 gilt entsprechend. In der Begründung müssen die Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2) dargelegt werden.	§ 544 - Complaint against denial of leave to appeal (1) Any denial of leave to appeal on points of law by the court of appeal is subject to the right to file a complaint against it (complaint against denial of leave to appeal). Such complaint is to be lodged with the court hearing the appeal on points of law within a statutory period of one (1) month following service of the fully worded ruling, at the latest, however, by the expiry of six (6) months after the judgment has been pronounced. An execution or certified copy of the ruling against which an appeal on points of law is to be lodged shall be submitted to the court along with the brief on appeal. (2) A reasoning for the complaint is to be filed within two (2) months following service of the fully worded ruling, at the latest, however, by the expiry of seven (7) months after the judgment has been pronounced. § 551 (2) fifth and sixth sentences shall apply mutatis mutandis. The reasoning must set out the grounds on which leave to

(3) Das Revisionsgericht gibt dem Gegner des Beschwerdeführers Gelegenheit zur Stellungnahme. (4) Das Revisionsgericht entscheidet über die Beschwerde durch Beschluss. Der Beschluss soll kurz begründet werden; von einer Begründung kann abgesehen werden, wenn sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist, oder wenn der Beschwerde stattgegeben wird. Die Entscheidung über die Beschwerde ist den Parteien zuzustellen. (5) Die Einlegung der Beschwerde hemmt die Rechtskraft des Urteils. § 719 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden. Mit der Ablehnung der Beschwerde durch das Revisionsgericht wird das Urteil rechtskräftig. (6) Wird der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision stattgegeben, so wird das Beschwerdeverfahren als Revisionsverfahren fortgesetzt. In diesem Fall gilt die form- und fristgerechte Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde als Einlegung der Revision. Mit der Zustimmung der Entscheidung beginnt die Revisionsbegründungsfrist.	file an appeal should be granted (§ 543 (2)). (3) The court hearing the appeal on points of law shall give the claimant's opponent in the appeal the opportunity to state his position. (4) The court hearing the appeal on points of law shall rule on the complaint in a corresponding court order. The reasons on which the order is based shall be summarised briefly; such reasoning may be forgone where it would not contribute to clearing up the prerequisites based on which leave for filing an appeal on points of law is to be granted, or where the court finds for the party filing the complaint. The decision regarding the complaint is to be served upon the parties. (5) If a complaint is lodged, this shall suspend the legal validity of the judgment. § 719 sub§s (2) and (3) shall apply mutatis mutandis. Once the court hearing the appeal on points of law refuses to comply with the appeal, the judgment will become final and binding. (6) Insofar as the court finds for the party filing a complaint against the refusal to grant leave to appeal on points of law, the complaint procedure shall be continued as appellate proceedings on points of law. In such event, the complaint filed in proper form and in due time against denial of leave to appeal shall count as the filing of the appeal on points of law. Upon the decision being served on the parties,
---	--

(7) Hat das Berufungsgericht den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt, so kann das Revisionsgericht abweichend von Absatz 6 in dem der Beschwerde stattgebenden Beschluss das angefochtene Urteil aufheben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen.	the period for submitting the reasoning for the appeal on points of law shall commence. (7) Should the court of appeal have violated the claimant's right to be given an effective and fair legal hearing in a manner relevant to the decision, the court hearing the appeal on points of law may repeal the judgment contested, in derogation from sub§ (6), in its order complying with the appeal, and may refer the legal dispute back to the court of appeal, for it to once again hear the case and to rule on it.
§ 545 - Revisionsgründe (1) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht. (2) Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen oder verneint hat.	§ 545 - Grounds for an appeal on points of law (1) An appeal on points of law may only be based on the reason that the contested decision is based on a violation of the law. (2) An appeal on points of law may not be based on the fact that the court of first instance was wrong in assuming that it had or did not have jurisdiction.
§ 546 - Begriff der Rechtsverletzung Das Recht ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.	§ 546 - Definition of the term “violation of the law” The law is violated where a legal norm has not been applied, or has not been applied properly.
§ 547 - Absolute Revisionsgründe Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Rechts beruhend anzusehen, 1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war; 2. wenn bei der Entscheidung ein	§ 547 - Absolute grounds for an appeal on points of law A decision shall always be regarded to have been based on a violation of the law where: 1. The composition of the court of decision was not compliant with the relevant provisions; 2. A judge was involved in the de-

Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist; 3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war; 4. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat; 5. wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind; 6. wenn die Entscheidung entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht mit Gründen versehen ist.	cision who, by law, was prohibited from holding judicial office, unless this impediment has been asserted by a motion to recuse a judge without meeting with success; 3. A judge was involved in the decision although he had been recused for fear of bias and the motion to so recuse him had been declared justified; 4. A party to the proceedings had not been represented in accordance with the stipulations of the law, unless it had expressly or tacitly approved the litigation; 5. The decision has been given based on a hearing for oral argument in which the rules regarding the admission of the public to the proceedings were violated; 6. Contrary to the provisions of the present Code, the decision does not set out the reasons for the judgment.
§ 548 - Revisionsfrist Die Frist für die Einlegung der Revision (Revisionsfrist) beträgt einen Monat; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Berufungsurteils, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	§ 548 - Time limit for filing an appeal on points of law The period for submitting an appeal on points of law shall amount to one (1) month; this is a statutory period and shall begin upon the fully worded appellate judgment having been served, at the latest, however, upon the expiry of five (5) months of the judgment having been pronounced.
§ 549 - Revisionseinlegung (1) Die Revision wird durch Einreichung der Revisionsschrift beim dem Revisionsgericht eingelegt. Die Revisionsschrift muss enthalten:	§ 549 - Filing an appeal on points of law (1) The appeal on points of law is filed by submitting the notice on appeal on points of law to the court hearing the appeal on points of law. The notice on appeal on points of law must include:

1. die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Revision gerichtet wird; 2. die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde. § 544 Abs. 6 Satz 2 bleibt unberührt. (2) Die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze sind auch auf die Revisionsschrift anzuwenden.	1. The reference number and designation of the judgment against which the appeal on points of law is being filed; 2. The declaration that an appeal on points of law is being filed against the said judgment. § 544 (6) second sentence shall remain unaffected hereby. (2) The general regulations regarding preparatory written pleadings are applicable also to notices on appeal on points of law.
§ 550 - Zustellung der Revisionsschrift (1) Mit der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden, soweit dies nicht bereits nach § 544 Abs. 1 Satz 4 geschehen ist. (2) Die Revisionsschrift ist der Gegenpartei zuzustellen.	§ 550 - Service of the notice on appeal on points of law (1) An execution or certified copy of the judgment being contested is to be enclosed with the notice on appeal on points of law, unless this has already been done pursuant to § 544 (1) fourth sentence. (2) The notice on appeal on points of law is to be served on the opponent party.
§ 551 - Revisionsbegründung (1) Der Revisionskläger muss die Revision begründen. (2) Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Revisionsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. § 544 Abs. 6 Satz	§ 551 - Reasoning provided for the appeal on points of law (1) The appellant must provide reasoning for filing the appeal on points of law. (2) Unless already set out in the brief on appeal on points of law, the reasoning for the appeal on points of law is to be submitted to the court hearing the appeal on points of law in a written pleading. The period for submitting the reasoning for the appeal on points of law shall amount to two (2) months. It shall commence upon the fully worded ruling having

3 bleibt unberührt. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden, wenn der Gegner einwilligt. Ohne Einwilligung kann die Frist um bis zu zwei Monate verlängert werden, wenn nach freier Überzeugung des Vorsitzenden der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn der Revisionskläger erhebliche Gründe darlegt; kann dem Revisionskläger innerhalb dieser Frist Einsicht in die Prozessakten nicht für einen angemessenen Zeitraum gewährt werden, kann der Vorsitzende auf Antrag die Frist um bis zu zwei Monate nach Übersendung der Prozessakten verlängern.	been served, at the latest, however, with the expiry of five (5) months upon the judgment having been pronounced. § 544 (6) third sentence shall remain unaffected hereby. Upon a corresponding petition having been filed, the presiding judge may extend the period, subject to this being consented to by the opponent. Should the opponent not grant his consent, the period may be extended by up to two (2) months provided that the presiding judge is satisfied, at his discretion and conviction, that this extension will not delay the legal dispute, or if the appellant demonstrates substantial grounds; if, within this period, it is not possible to grant the appellant the opportunity to inspect the court records of the dispute for a reasonable period of time, the presiding judge may extend the period, upon corresponding application being made, by up to two (2) months following the court records of the dispute having been sent.
(3) Die Revisionsbegründung muss enthalten: 1. die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde (Revisionsanträge); 2. die Angabe der Revisionsgründe, und zwar: a) die bestimmte Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt; b) soweit die Revision darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben.	(3) The reasoning for the appeal on points of law must include: 1. The declaration to which extent the judgment is being contested and a petition is being made for its repeal (petitions made in the appeal on points of law); 2. The grounds for the appeal on points of law, these being: a) The specific designation of the circumstances from which the violation of the law is apparent; b) Insofar as the appeal on points of law is based on the allegation that the law has been violated with regard to the proceedings: the designation of the facts that reflect this irregularity.

Ist die Revision auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde zugelassen worden, kann zur Begründung der Revision auf die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde Bezug genommen werden. (4) § 549 Abs. 2 und § 550 Abs. 2 sind auf die Revisionsbegründung entsprechend anzuwenden.	If the appeal on points of law has been admitted on the basis of a complaint against denial of leave to appeal, reference may be made, in providing the reasoning for the appeal on points of law, to the reasons cited in the complaint against denial of leave to appeal. (4) § 549 (2) and § 550 (2) shall apply mutatis mutandis to the reasoning for the appeal on points of law.
§ 552 - Zulässigkeitsprüfung (1) Das Revisionsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Revision an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Revision als unzulässig zu verwerfen. (2) Die Entscheidung kann durch Beschluss ergehen.	§ 552 - Review of admissibility (1) The court hearing the appeal on points of law is to review ex officio whether the appeal on points of law as such is an available remedy, whether or not it has been filed in keeping with statutory requirements as to form and time, and whether or not the grounds for it have been provided. Should one of these requirements not have been met, the appeal on points of law is to be overruled as inadmissible. (2) The decision may be given as a court order.
§ 552a - Zurückweisungsbeschluss Das Revisionsgericht weist die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision durch einstimmigen Beschluss zurück, wenn es davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vorliegen und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat. § 522 Abs. 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.	§ 552a - Court order denying leave to appeal The court hearing the appeal on points of law shall dismiss by unanimous decision the appeal on points of law admitted by the court of appeal if the court hearing the appeal on points of law is convinced that the prerequisites for admitting the appeal on points of law have not been met and that the appeal on points of law has no chance of success. § 522 (2) second and third sentences hereof shall apply mutatis mutandis.

§ 553 - Terminsbestimmung; Einlassungsfrist (1) Wird die Revision nicht durch Beschluss als unzulässig verworfen oder gemäß § 552a zurückgewiesen, so ist Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. (2) Auf die Frist, die zwischen dem Zeitpunkt der Bekanntmachung des Termins und der mündlichen Verhandlung liegen muss, ist § 274 Abs. 3 entsprechend anzuwenden.	§ 553 - Hearing date as determined by the court; time for entering an appearance (1) Where the appeal on points of law is not overruled as inadmissible by a court order and where it is not dismissed pursuant to § 552a, a hearing is to be scheduled for oral argument and this date is to be made known to the parties. (2) § 274 (3) shall apply mutatis mutandis to the period that must lapse between the time at which the hearing date is made known and the hearing itself.
§ 554 - Anschlussrevision (1) Der Revisionsbeklagte kann sich der Revision anschließen. Die Anschließung erfolgt durch Einreichung der Revisionsanschlussschrift bei dem Revisionsgericht. (2) Die Anschließung ist auch statthaft, wenn der Revisionsbeklagte auf die Revision verzichtet hat, die Revisionsfrist verstrichen oder die Revision nicht zugelassen worden ist. Die Anschließung ist bis zum Ablauf eines Monats nach der Zustellung der Revisionsbegründung zu erklären. (3) Die Anschlussrevision muss in der Anschlussschrift begründet werden. § 549 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 und die §§ 550 und 551 Abs. 3 gelten entsprechend.	§ 554 - Cross appeal on points of law (1) The respondent in the appeal on points of law may join the appeal on points of law. This shall be effected by filing a notice of cross appeal on points of law with the court hearing the appeal on points of law. (2) A cross appeal on points of law is an available remedy also if the respondent in the appeal on points of law has waived an appeal on points of law, if the time limit for filing an appeal on points of law has lapsed, or if the appeal on points of law has been dismissed. A cross appeal on points of law is to be declared prior to the expiry of one (1) month following service of the reasoning for the appeal on points of law. (3) The grounds for the cross appeal on points of law must be set out in the notice of cross appeal. § 549 (1) second sentence and sub§ (2) and §§ 550 and 551 (3) shall apply mutatis mutandis.

(4) Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Revision zurückgenommen, verworfen oder durch Beschluss zurückgewiesen wird.	(4) The cross appeal on points of law shall cease to be effective should the appeal on points of law be withdrawn, should it have been overruled or dismissed by a court order.
§ 555 - Allgemeine Verfahrensgrundsätze (1) Auf das weitere Verfahren sind, soweit sich nicht Abweichungen aus den Vorschriften dieses Abschnitts ergeben, die im ersten Rechtszuge für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Einer Güteverhandlung bedarf es nicht. (2) Die Vorschriften der §§ 348 bis 350 sind nicht anzuwenden.	§ 555 - General procedural rules (1) Unless otherwise provided for in the present Chapter, the rules applying to the proceedings before the regional courts (Landgerichte) as courts of first instance are to be applied mutatis mutandis to the further proceedings. No conciliation hearing need be held. (2) The stipulations of §§ 348 to 350 are not to be applied.
§ 556 - Verlust des Rügerechts Die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift kann in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz nach der Vorschrift des § 295 verloren hat.	§ 556 - Loss of the right to file objections Should a rule concerning the proceedings before the appellate instance on fact and law have been violated, this can no longer be objected to before the court hearing the appeal on points of law wherever, pursuant to the stipulations of § 295, the party has already lost its right to file objections in the proceedings before the appellate instance on fact and law.
§ 557 - Umfang der Revisionsprüfung (1) Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die von den Parteien gestellten Anträge. (2) Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegen auch diejenigen	§ 557 - Scope of the review performed upon an appeal having been filed on points of law (1) Solely the petitions filed by the parties shall be subject to review by the court hearing the appeal on points of law. (2) Those decisions shall also be subject to assessment by the court

Entscheidungen, die dem Endurteil vorausgegangen sind, sofern sie nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar sind. (3) Das Revisionsgericht ist an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden. Auf Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, darf das angefochtene Urteil nur geprüft werden, wenn die Mängel nach den §§ 551 und 554 Abs. 3 gerügt worden sind.	hearing the appeal on points of law that preceded the final judgment, unless they are incontestable pursuant to the stipulations of the present Code. (3) The court hearing the appeal on points of law is not bound to the grounds being asserted in the appeal on points of law. The judgment contested may only be reviewed for irregularities in the proceedings that are not to be taken into account ex officio if such irregularities have been objected to pursuant to §§ 551 and 554 (3).
§ 558 - Vorläufige Vollstreckbarkeit Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil des Berufungsgerichts ist, soweit es durch die Revisionsanträge nicht angefochten wird, auf Antrag von dem Revisionsgericht durch Beschluss für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die Entscheidung ist erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist zulässig.	§ 558 - Provisionally enforceable judgments A judgment handed down by the court of appeal that is not, or not unconditionally, declared provisionally enforceable is to be declared provisionally enforceable by the court hearing the appeal on points of law delivering a corresponding court order upon having been petitioned to do so, unless the judgment has been contested by the petitions submitted in the proceedings of the appeal on points of law. The decision may permissibly be taken only following expiry of the period set for submitting the reasoning for the appeal on points of law.
§ 559 - Beschränkte Nachprüfung tatsächlicher Feststellungen (1) Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Außerdem	§ 559 - Limited review of the facts as established by the courts of prior instance (1) Only those submissions by the parties in the proceedings shall be subject to assessment by the court hearing the appeal on points of law that are apparent from the appellate

können nur die in § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe b erwähnten Tatsachen berücksichtigt werden. (2) Hat das Berufungsgericht festgestellt, dass eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr sei, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend, es sei denn, dass in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist.	judgment or the record of the session of the court. Moreover, solely those facts may be taken into account that have been set out in § 551 (3) number 2 lit. b. (2) If the court of appeal has established that an allegation as to fact is true or untrue, this determination shall be binding upon the court hearing the appeal on points of law, unless it has been challenged by an admissible and justified petition that the court hearing the appeal on points of law review such determination.
§ 560 - Nicht revisible Gesetze Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 545 nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend.	§ 560 - Acts not open to review The decision of the court of appeal regarding the existence and the content of acts, on the violation of which the appeal on points of law pursuant to § 545 cannot be based, shall govern for the decision to be delivered in the appeal on points of law.
§ 561 - Revisionszurückweisung Ergibt die Begründung des Berufungsurteils zwar eine Rechtsverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen.	§ 561 - Denial of leave to appeal on points of law If the reasoning provided for the appellate judgment does indicate that the law has been violated, but the decision itself appears to be correct based on other grounds, leave to appeal on points of law is to be denied.
§ 562 - Aufhebung des angefochtenen Urteils (1) Insoweit die Revision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urteil aufzuheben. (2) Wird das Urteil wegen eines Mangels des Verfahrens aufgehoben	§ 562 - Reversal of the contested judgment (1) To the extent the appeal on points of law is deemed justified, the contested judgment is to be reversed. (2) Where the judgment is reversed due to irregularities in the proceed-

ben, so ist zugleich das Verfahren insoweit aufzuheben, als es durch den Mangel betroffen wird.	ings, the proceedings are to be reversed concurrently to the extent they are affected by such irregularities.
§ 563 - Zurückverweisung; eigene Sachentscheidung (1) Im Falle der Aufhebung des Urteils ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Zurückverweisung kann an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts erfolgen. (2) Das Berufungsgericht hat die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen. (3) Das Revisionsgericht hat jedoch in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist. (4) Kommt im Fall des Absatzes 3 für die in der Sache selbst zu erlassende Entscheidung die Anwendbarkeit von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 545 nicht gestützt werden kann, in Frage, so kann die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.	§ 563 - Referral to a court of lower instance; decision on the merits of the case by the court hearing the appeal on points of law (1) In the event the judgment is reversed, the matter is to be referred to the court of appeal, which is to hear it once again and is to decide on it. The matter may also be referred to another formation of the court of appeal. (2) The court of appeal is to base its decision on the legal assessment on which the reversal of the judgment was based. (3) However, the court hearing the appeal on points of law is to decide on the matter as such if the judgment is reversed only due to a violation of the law, in application of the law to the situation of fact as established, and if in light of said situation the matter is ready for the final decision to be taken. (4) If it is conceivable, in the case set out hereinabove in sub§ (3) for the decision to be delivered on the matter as such, that acts might be applied on the violation of which the appeal on points of law pursuant to § 545 cannot be based, the matter may be referred to the court of appeal, which is to hear it once again and is to decide on it.

§ 564 - Keine Begründung der Entscheidung bei Rügen von Verfahrensmängeln Die Entscheidung braucht nicht begründet zu werden, soweit das Revisionsgericht Rügen von Verfahrensmängeln nicht für durchgreifend erachtet. Dies gilt nicht für Rügen nach § 547.	§ 564 - No reasoning for the decision in the case of objections due to irregularities in the proceedings No reasoning need be provided for the decision insofar as the court hearing the appeal on points of law is of the opinion that the objections as to irregularities in the proceedings are inconsequential. This shall not apply to objections pursuant to § 547.
§ 565 - Anzuwendende Vorschriften des Berufungsverfahrens Die für die Berufung geltenden Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile, über die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und seine Zurücknahme, über die Rügen der Unzulässigkeit der Klage und über die Einforderung, Übersendung und Zurücksendung der Prozessakten sind auf die Revision entsprechend anzuwenden.	§ 565 - Rules of the appeal proceedings to be applied in appeals on points of law The rules applicable to the appeal regarding the contestability of default judgments, regarding the declaration of waiver of appellate remedies and their withdrawal, regarding the objections as to a complaint being inadmissible and regarding the demand for, transmission and return of the court records of the dispute, shall apply mutatis mutandis to the appeal on points of law.
§ 566 - Sprungrevision (1) Gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Endurteile, die ohne Zulassung der Berufung unterliegen, findet auf Antrag unter Übergehung der Berufungsinstanz unmittelbar die Revision (Sprungrevision) statt, wenn 1. der Gegner in die Übergehung der Berufungsinstanz einwilligt und 2. das Revisionsgericht die Sprungrevision zulässt.	§ 566 - Immediate appeal on points of law in lieu of an appeal on facts and law (1) Upon corresponding application being made, an appeal on points of law may be filed directly with the competent court against final judgments delivered in proceedings before the court of first instance where an appeal against such judgments is admissible, thus passing over the appellate instance on fact and law (leap-frog appeal), if: 1. The opponent consents to passing over the appellate instance on fact and law; and 2. The court hearing the appeal on points of law allows the leap-frog appeal.

Der Antrag auf Zulassung der Sprungrevision sowie die Erklärung der Einwilligung gelten als Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung.	The petition for leave to file a leap-frog appeal as well as the declaration of consent shall be deemed to be a waiver of the appellate remedies provided by the appeal.
(2) Die Zulassung ist durch Einreichung eines Schriftsatzes (Zulassungsschrift) bei dem Revisionsgericht zu beantragen. Die §§ 548 bis 550 gelten entsprechend. In dem Antrag müssen die Voraussetzungen für die Zulassung der Sprungrevision (Absatz 4) dargelegt werden. Die schriftliche Erklärung der Einwilligung des Antragsgegners ist dem Zulassungsantrag beizufügen; sie kann auch von dem Prozessbevollmächtigten des ersten Rechtszuges oder, wenn der Rechtsstreit im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess zu führen gewesen ist, zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden.	(2) Leave to appeal is to be petitioned by submitting a written pleading (brief for leave to appeal) to the court hearing the appeal on points of law. §§ 548 to 550 shall apply mutatis mutandis. The petition must set out the prerequisites for granting leave to file a leap-frog appeal (sub§ (4)). The written declaration of consent by the respondent is to be attached to the petition for leave to appeal; it may also be submitted by the attorney of record in the proceedings of first instance or, if the legal dispute in the proceedings before the court of first instance was none in which the parties had to be represented by counsel, it may be recorded with the registry for the files of the court.
(3) Der Antrag auf Zulassung der Sprungrevision hemmt die Rechtskraft des Urteils. § 719 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden. Die Geschäftsstelle des Revisionsgerichts hat, nachdem der Antrag eingereicht ist, unverzüglich von der Geschäftsstelle des Gerichts des ersten Rechtszuges die Prozessakten einzufordern.	(3) The petition for leave to file a leap-frog appeal shall suspend the legal validity of the judgment. § 719 sub§s (2) and (3) shall apply mutatis mutandis. The court registry of the court hearing the appeal on points of law is to demand, and shall do so without undue delay once the petition has been submitted, that the registry of the court of first instance provide it with the court records of the dispute.
(4) Die Sprungrevision ist nur zuzulassen, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen	(4) Leave to file a leap-frog appeal shall be granted only if: 1. The legal matter is of fundamental significance; or 2. The further development of the law or the interests in ensuring uni-

Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Die Sprungrevision kann nicht auf einen Mangel des Verfahrens gestützt werden.	form adjudication require a decision by the court hearing the appeal on points of law. The leap-frog appeal may not be based on irregularities in the proceedings.
(5) Das Revisionsgericht entscheidet über den Antrag auf Zulassung der Sprungrevision durch Beschluss. Der Beschluss ist den Parteien zuzustellen.	(5) The court hearing the appeal on points of law shall decide on the petition for leave to file a leap-frog appeal by delivering a corresponding order. The order is to be served on the parties.
(6) Wird der Antrag auf Zulassung der Revision abgelehnt, so wird das Urteil rechtskräftig.	(6) Should the court refuse to comply with the petition for leave to appeal on points of law, the judgment shall become final and binding.
(7) Wird die Revision zugelassen, so wird das Verfahren als Revisionsverfahren fortgesetzt. In diesem Fall gilt der form- und fristgerechte Antrag auf Zulassung als Einlegung der Revision. Mit der Zustellung der Entscheidung beginnt die Revisionsbegründungsfrist.	(7) Where leave is granted to file an appeal on points of law, the proceedings shall be continued as appellate proceedings on points of law. In this case, the petition for leave to appeal on points of law, submitted in proper form and in due time, shall be deemed to be the filing of the appeal on points of law. Upon the decision being served, the period for submission of the reasoning for the appeal on points of law shall commence.
(8) Das weitere Verfahren bestimmt sich nach den für die Revision geltenden Bestimmungen. § 563 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Zurückverweisung an das erstinstanzliche Gericht erfolgt. Wird gegen die nachfolgende Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts Berufung eingelegt, so hat das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung durch das Revisionsgericht zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen.	(8) The further procedure is determined by the provisions applying to the appeal on points of law. § 563 is to be applied subject to the proviso that the matter is referred to the court of first instance. If an appeal is filed against the subsequent decision of the court of first instance, the court of appeal is to base its decision on the legal assessment that serves as the basis for the reversal of the judgment by the court hearing the appeal on points of law.

Abschnitt 3 - Beschwerde	Chapter 3 - Complaints
Titel 1 - Sofortige Beschwerde	Title 1 - Complaints subject to a time limit
§ 567 - Sofortige Beschwerde; Anschlussbeschwerde (1) Die sofortige Beschwerde findet statt gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte, wenn 1. dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist oder 2. es sich um solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist. (2) Gegen Entscheidungen über Kosten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt. (3) Der Beschwerdegegner kann sich der Beschwerde anschließen, selbst wenn er auf die Beschwerde verzichtet hat oder die Beschwerdefrist verstrichen ist. Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Beschwerde zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.	§ 567 - Complaints subject to a time limit; cross appeal under a complaint (1) A complaint subject to a time limit may be filed against the decisions delivered by the local courts (Amtsgerichte) and regional courts (Landgerichte) in proceedings before them as courts of first instance if 1. This has been expressly determined by law; or 2. The decisions so being challenged did not require a hearing for oral argument and dismissed a petition concerning the proceedings. (2) A complaint may be filed against decisions as to costs only if the subject matter of the appeal is in excess of 200 euros. (3) The respondent in the complaint may join the complaint even in those cases in which he has waived filing a complaint, or the period within which such a complaint must be filed has lapsed. This joinder shall cease to be effective should the complaint be retracted or overruled as inadmissible.
§ 568 - Originärer Einzelrichter	§ 568 - Judge sitting alone as the court of decision
Das Beschwerdegericht entscheidet durch eines seiner Mitglieder als Einzelrichter, wenn die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter oder einem Rechtspfleger	The court hearing the complaint shall rule by one of its members acting as a judge sitting alone in cases in which the contested decision was delivered by a judge sitting alone or a senior

erlassen wurde. Der Einzelrichter überträgt das Verfahren dem Beschwerdegericht zur Entscheidung in der im Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung, wenn 1. die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist oder 2. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Auf eine erfolgte oder unterlassene Übertragung kann ein Rechtsmittel nicht gestützt werden.	judicial officer. The judge sitting alone shall transfer the proceedings to the court hearing the complaint for it to decide in the composition required by the stipulations of the Courts Constitution Act (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) if: 1. The matter is characterised by particular difficulties in fact or in law; or 2. The legal matter is of fundamental significance. Appellate remedies may not be based on a transfer that has been made or has been failed to have been made.
§ 569 - Frist und Form (1) Die sofortige Beschwerde ist, soweit keine andere Frist bestimmt ist, binnen einer Notfrist von zwei Wochen bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die Notfrist beginnt, soweit nichts anderes bestimmt ist, mit der Zustellung der Entscheidung, spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Beschlusses. Liegen die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage vor, so kann die Beschwerde auch nach Ablauf der Notfrist innerhalb der für diese Klagen geltenden Notfristen erhoben werden. (2) Die Beschwerde wird durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt. Die Beschwerdeschrift muss die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung sowie die Erklärung enthalten, dass Be-	§ 569 - Time limit and formal requirements (1) Unless any other period has been determined, the complaint subject to a time limit is to be filed within a statutory period of two (2) weeks with the court the decision of which is being contested, or with the court hearing the complaint. Unless determined otherwise, the statutory period shall commence running upon service of the decision, and at the latest upon expiry of five (5) months of the judgment having been pronounced. Should the requirements be met for an action for annulment or for an action for retrial of the case, the complaint may also be filed following expiry of the statutory period within the statutory periods applying for these actions. (2) The complaint is filed by submitting a notice regarding the complaint on points of law. The brief regarding the complaint on points of law must designate the contested decision as well as the declaration

schwerde gegen diese Entscheidung eingelegt werde. (3) Die Beschwerde kann auch durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden, wenn 1. der Rechtsstreit im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess zu führen ist oder war, 2. die Beschwerde die Prozesskostenhilfe betrifft oder 3. sie von einem Zeugen, Sachverständigen oder Dritten im Sinne der §§ 142, 144 erhoben wird.	that a complaint is being filed against this decision. (3) The complaint may also be declared by recording it with the registry for the files of the court if: 1. The legal dispute in the proceedings before the court of first instance is not, or was not, to be pursued as proceedings in which the parties must be represented by counsel; 2. The complaint concerns assistance with court costs; or 3. The complaint is brought by a witness, an expert or a third party in the sense as defined by §§ 142 and 144.
§ 570 - Aufschiebende Wirkung; einstweilige Anordnungen (1) Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels zum Gegenstand hat. (2) Das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, kann die Vollziehung der Entscheidung aussetzen. (3) Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung aussetzen.	§ 570 - Suspensive effect; interim orders (1) The complaint shall have suspensive effect only where it concerns an order of means of administrative coercion or other coercive measures. (2) The court or the presiding judge whose decision is being contested may suspend the enforcement of the decision. (3) The court hearing the complaint may issue an interim order prior to delivering its decision; in particular, it may suspend the enforcement of the contested decision.
§ 571 - Begründung, Präklusion, Ausnahmen vom Anwaltszwang (1) Die Beschwerde soll begründet werden.	§ 571 - Reasoning; extinction of the exercise of a right (preclusion); exceptions from the statutory requirement to be represented by an attorney (1) The grounds for filing the complaint are to be provided.

(2) Die Beschwerde kann auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gestützt werden. Sie kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.	(2) The complaint may be based on new means of challenge or defence. It may not be based on the fact that the court of first instance was wrong in assuming that it had jurisdiction.
(3) Der Vorsitzende oder das Beschwerdegericht kann für das Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln eine Frist setzen. Werden Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht innerhalb der Frist vorgebracht, so sind sie nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Verfahrens nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. Der Entschuldigungsgrund ist auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen.	(3) The presiding judge or the court hearing the complaint may set a period within which the means of challenge or defence are to be submitted to the court. If the means of challenge or defence are not submitted within this period, they are to be admitted only if the court holds, in its discretion and conviction, that admitting them would not delay the proceedings being dealt with and terminated, or if the party provides sufficient excuse for such delay. Should the court so require, the grounds ruling out culpability are to be demonstrated to the satisfaction of the court.
(4) Ordnet das Gericht eine schriftliche Erklärung an, so kann diese zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden, wenn die Beschwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden darf (§ 569 Abs. 3).	(4) Should the court order that a written declaration be made, this may be recorded with the registry for the files of the court in all instances in which the complaint may be recorded with the registry for the files of the court (§ 569 (3)).
§ 572 - Gang des Beschwerdeverfahrens	§ 572 - Course of the complaint procedure
(1) Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, die Beschwerde für begründet, so haben sie ihr abzuhelpen; andernfalls ist die Beschwerde unverzüglich dem Beschwerdegericht vorzulegen. § 318 bleibt unberührt.	(1) Should the court or the presiding judge whose decision is being contested hold that the complaint is justified, they are to grant redress; in all other cases, the complaint is to be presented to the court hearing the complaint without undue delay. § 318 shall remain unaffected hereby.
(2) Das Beschwerdegericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Be-	(2) The court hearing the complaint is to review ex officio whether the

schwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. (3) Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es dem Gericht oder Vorsitzenden, von dem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen. (4) Die Entscheidung über die Beschwerde ergeht durch Beschluss.	complaint as such is an available remedy and whether or not it has been filed in keeping with statutory requirements as to form and time. Should one of these requirements not have been met, the complaint is to be overruled as inadmissible. (3) Should the court hearing the complaint hold that the complaint is justified, it may transfer the required order to the court or presiding judge who had delivered the decision giving rise to the complaint. (4) The decision as to the complaint shall be delivered by court order.
§ 573 - Erinnerung (1) Gegen die Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle kann binnen einer Notfrist von zwei Wochen die Entscheidung des Gerichts beantragt werden (Erinnerung). Die Erinnerung ist schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen. § 569 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 und die §§ 570 und 572 gelten entsprechend. (2) Gegen die im ersten Rechtszug ergangene Entscheidung des Gerichts über die Erinnerung findet die sofortige Beschwerde statt. (3) Die Vorschrift des Absatzes 1 gilt auch für die Oberlandesgerichte und den Bundesgerichtshof.	§ 573 - Reminder as a legal remedy (1) A petition may be filed for a decision to be issued by the court against the decisions taken by the judge correspondingly delegated or requested, or against those taken by the records clerk of the court registry, within a statutory period of two (2) weeks (reminder). The reminder is to be filed in writing or is to be recorded with the registry for the files of the court. § 569 (1) first and second sentences, sub§ (2) and §§ 570 and 572 shall apply mutatis mutandis. (2) A complaint subject to a time limit may be lodged against the decision of the court delivered on the reminder in the proceedings before the court of first instance. (3) The rule set out in sub§ (1) shall also apply to the higher regional courts (Oberlandesgerichte, OLG) and the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH).

Titel 2 - Rechtsbeschwerde	Title 2 - Complaint on points of law
§ 574 - Rechtsbeschwerde; Anschlussrechtsbeschwerde	§ 574 - Complaint on points of law; cross appeal under a complaint on points of law
(1) Gegen einen Beschluss ist die Rechtsbeschwerde statthaft, wenn 1. dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist oder 2. das Beschwerdegericht, das Berufungsgericht oder das Oberlandesgericht im ersten Rechtszug sie in dem Beschluss zugelassen hat.	(1) A complaint on points of law is an available remedy against a court order if: 1. This has been expressly determined in the law; or 2. The court hearing the complaint, the court of appeal, or the higher regional court (Oberlandesgericht, OLG) has granted leave to do so in its order in the proceedings before the court of first instance.
§ 542 Abs. 2 gilt entsprechend.	§ 542 (2) shall apply mutatis mutandis.
(2) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 ist die Rechtsbeschwerde nur zulässig, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.	(2) In the cases provided for by sub§ (1) number 1, the complaint on points of law shall be admissible only if: 1. The legal matter is of fundamental significance; or 2. The further development of the law or the interests in ensuring uniform adjudication requires a decision to be taken by the court hearing the complaint on points of law.
(3) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen. Das Rechtsbeschwerdegericht ist an die Zulassung gebunden.	(3) In the cases provided for by sub§ (1) number 2, leave to file a complaint on points of law shall be granted where the prerequisites of sub§ (2) have been met. The court hearing the complaint on points of law shall be bound by such leave granted.
(4) Der Rechtsbeschwerdegegner kann sich bis zum Ablauf einer Notfrist von einem Monat nach der Zustellung der Begründungsschrift der Rechtsbeschwerde durch Ein-	(4) The respondent of the complaint on points of law may join the complaint on points of law within a statutory period of one (1) month following service of the brief setting

reichen der Rechtsbeschwerdean- schlusschrift beim Rechtsbe- schwerdegericht anschließen, auch wenn er auf die Rechtsbeschwerde verzichtet hat, die Rechtsbeschwerde defrist verstrichen oder die Rechts- beschwerde nicht zugelassen wor- den ist. Die Anschlussbeschwerde ist in der Anschlusschrift zu be- gründen. Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Rechtsbe- schwerde zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.	out the reasoning for the complaint on points of law by submitting the notice of cross appeal under a com- plaint on points of law with the court hearing the complaint on points of law, and may do so also in those cases in which it has waived a complaint on points of law, in which the period within which such a complaint on points of law must be filed has lapsed or in which no leave has been granted to file a com- plaint on points of law. The reason- ing for filing a cross appeal under a complaint is to be provided in the notice of cross appeal. The joinder shall cease to be effective where the complaint on points of law is re- tracted or overruled as inadmissible.
§ 575 - Frist, Form und Begrün- dung der Rechtsbeschwerde (1) Die Rechtsbeschwerde ist bin- nen einer Notfrist von einem Mo- nat nach Zustellung des Beschlus- ses durch Einreichen einer Be- schwerdeschrift bei dem Rechtsbe- schwerdegericht einzulegen. Die Rechtsbeschwerdeschrift muss ent- halten: 1. die Bezeichnung der Entschei- dung, gegen die die Rechtsbe- schwerde gerichtet wird und 2. die Erklärung, dass gegen diese Entscheidung Rechtsbeschwerde eingelegt werde. Mit der Rechtsbeschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglau- bigte Abschrift der angefochtenen Entscheidung vorgelegt werden. (2) Die Rechtsbeschwerde ist, so- fern die Beschwerdeschrift keine	§ 575 - Time limit, formal re- quirements, and reasoning of the complaint on points of law (1) The complaint on points of law is to be filed within a statutory pe- riod of one (1) month following service of the order by submitting a notice on appeal under a com- plaint with the court hearing the complaint on points of law. The notice or brief regarding the com- plaint on points of law must in- clude: 1. The designation of the decision against which the complaint on points of law is directed, and 2. The declaration that a complaint on points of law was filed against this decision. An execution or certified copy of the contested decision is to be enclosed with the notice or brief regarding the complaint on points of law. (2) Unless the notice regarding the complaint on points of law sets out

Begründung enthält, binnen einer Frist von einem Monat zu begründen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Entscheidung. § 551 Abs. 2 Satz 5 und 6 gilt entsprechend.	its reasons, the grounds for filing the complaint on points of law are to be provided within a period of one (1) month. The period shall begin running upon service of the contested decision. § 551 (2) fifth and sixth sentences hereof shall apply <i>mutatis mutandis</i>.
(3) Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss enthalten: 1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung des Beschwerdegerichts oder des Berufungsgerichts angefochten und deren Aufhebung beantragt werde (Rechtsbeschwerdeanträge), 2. in den Fällen des § 574 Abs. 1 Nr. 1 eine Darlegung zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 Abs. 2, 3. die Angabe der Rechtsbeschwerdegründe, und zwar a) die bestimmte Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt; b) soweit die Rechtsbeschwerde darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben.	(3) The reasoning of the complaint on points of law must include: 1. The declaration as to the extent to which the decision of the court hearing the complaint or of the court of appeal is contested and its reversal is petitioned (petitions under the complaint on points of law); 2. In the cases provided for by § 574 (1) number 1, a presentation of the prerequisites for leave to be granted as set out in § 574 (2); 3. The grounds for the complaint on points of law, these being: a) The specific designation of the circumstances from which the violation of the law is apparent; b) Insofar as the complaint on points of law is based on the allegation that the law was violated with reference to the proceedings: the designation of the facts that reflect this irregularity.
(4) Die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze sind auch auf die Beschwerde- und die Begründungsschrift anzuwenden. Die Beschwerde- und die Begründungsschrift sind der Gegenpartei zuzustellen.	(4) The general regulations governing preparatory written pleadings are to be applied also to the notice regarding the complaint on points of law and the brief setting out the reasoning for the complaint. The notice regarding the complaint on points of law and the brief setting out the reasoning for the complaint are to be served on the opponent party.
(5) Die §§ 541 und 570 Abs. 1, 3 gelten entsprechend.	(5) §§ 541 and 570 sub§s (1) and (3) shall apply <i>mutatis mutandis</i>.

§ 576 - Gründe der Rechtsbeschwerde (1) Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. (2) Die Rechtsbeschwerde kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen oder verneint hat. (3) Die §§ 546, 547, 556 und 560 gelten entsprechend.	§ 576 - Grounds for filing the complaint on points of law (1) The complaint on points of law may only be based on the fact that the decision is based on a violation of federal law or of a rule the territorial scope of which extends beyond the judicial district of a higher regional court (Oberlandesgericht, OLG). (2) The complaint on points of law may not be based on the fact that the court of first instance was wrong in assuming that it had or did not have jurisdiction. (3) §§ 546, 547, 556 and 560 shall apply mutatis mutandis.
§ 577 - Prüfung und Entscheidung der Rechtsbeschwerde (1) Das Rechtsbeschwerdegericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Rechtsbeschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Rechtsbeschwerde als unzulässig zu verwerfen. (2) Der Prüfung des Rechtsbeschwerdegerichts unterliegen nur die von den Parteien gestellten Anträge. Das Rechtsbeschwerdegericht ist an die geltend gemachten Rechtsbeschwerdegründe nicht gebunden. Auf Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, darf die angefochtene Entscheidung nur geprüft	§ 577 - Review of the complaint on points of law and decision (1) The court hearing the complaint on points of law is to review ex officio whether the complaint on points of law as such is an available remedy and whether or not it has been filed in keeping with statutory requirements as to form and time and whether reasoning was provided. Should one of these requirements not have been met, the complaint on points of law is to be overruled as inadmissible. (2) Solely the petitions filed by the parties shall be subject to review by the court hearing the complaint on points of law. The court hearing the complaint on points of law is not bound to the grounds being asserted in the complaint on points of law. The decision contested in the proceedings may only be reviewed for irregularities in the proceedings

werden, wenn die Mängel nach § 575 Abs. 3 und § 574 Abs. 4 Satz 2 gerügt worden sind. § 559 gilt entsprechend.	that are not to be taken into account ex officio wherever such irregularities have been objected to pursuant to § 575 (3) and § 574 (4) second sentence hereof. § 559 shall apply mutatis mutandis.
(3) Ergibt die Begründung der angefochtenen Entscheidung zwar eine Rechtsverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.	(3) In cases in which the reasoning provided for the contested decision does indicate that the law has been violated, but the decision itself appears to be correct based on other grounds, leave to file a complaint on points of law is to be denied.
(4) Wird die Rechtsbeschwerde für begründet erachtet, ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen. § 562 Abs. 2 gilt entsprechend. Die Zurückverweisung kann an einen anderen Spruchkörper des Gerichts erfolgen, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Das Gericht, an das die Sache zurückverwiesen ist, hat die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde liegt, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen.	(4) Where the complaint on points of law is deemed justified, the contested decision is to be reversed and the matter is to be referred back for a new decision to be taken. § 562 (2) shall apply mutatis mutandis. The matter may be referred to another formation of the court that has delivered the contested decision. The court to which the matter is referred is to base its decision on the legal assessment on which the reversal of the judgment is based.
(5) Das Rechtsbeschwerdegericht hat in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Aufhebung der Entscheidung nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist. § 563 Abs. 4 gilt entsprechend.	(5) The court hearing the complaint on points of law is to decide on the matter as such if the decision is reversed only for a violation of the law, in application of the law to the situation of fact as established, and if in light of said situation the matter is ready for the final decision to be taken. § 563 (4) shall apply mutatis mutandis.
(6) Die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ergeht durch Beschluss. § 564 gilt entsprechend. Im Übrigen kann von einer Be-	(6) The decision as to the complaint on points of law shall be delivered by court order. § 564 shall apply mutatis mutandis. The requirement

gründung abgesehen werden, wenn sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen.	to provide reasoning may be forgone in all other regards if this would not be suited to contribute to clearing up fundamental legal issues, to the further development of the law, or to ensuring uniform adjudication.
--	---

Gerichtsverfassungsgesetz [GVG] (estratto)

Traduzione in inglese fornita dal Bundesministerium der Justiz, a cura di Kathleen Müller-Rostin

Il testo è consultabile anche all'indirizzo <http://www.gesetze-im-internet.de/>.

Neunter Titel - Bundesgerichtshof	Title IX - Federal Court of Justice
<i>omissis</i>	<i>omissis</i>
§ 132	§ 132
(1) Beim Bundesgerichtshof werden ein Großer Senat für Zivilsachen und ein Großer Senat für Strafsachen gebildet. Die Großen Senate bilden die Vereinigten Großen Senate.	(1) A Grand Panel for Civil Matters and a Grand Panel for Criminal Matters shall be established at the Federal Court of Justice. The Grand Panels shall form the United Grand Panels.
(2) Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen, so entscheiden der Große Senat für Zivilsachen, wenn ein Zivilsenat von einem anderen Zivilsenat oder von dem Großen Zivilsenat, der Große Senat für Strafsachen, wenn ein Strafsenat von einem anderen Strafsenat oder von dem Großen Senat für Strafsachen, die Vereinigten Großen Senate, wenn ein Zivilsenat von einem Strafsenat oder von dem Großen Senat für Strafsachen oder ein Strafsenat von einem Zivilsenat oder von dem Großen Senat für Zivilsachen oder ein Senat von den	(2) In the event that a panel wishes to deviate from the decision of another panel on a legal issue, the Grand Panel for Civil Matters shall decide if a civil panel wishes to deviate from another civil panel or from the Grand Panel for Civil Matters, the Grand Panel for Criminal Matters shall decide if a criminal panel wishes to deviate from another criminal panel or from the Grand Panel for Criminal Matters, and the United Grand Panels shall decide if a civil panel wishes to deviate from a criminal panel or from the Grand Panel for Criminal Matters or if a criminal panel wishes to

Vereinigten Großen Senaten abweichen will.	deviate from a civil panel or from the Grand Panel for Civil Matters or if a panel wishes to deviate from the United Grand Panels.
(3) Eine Vorlage an den Großen Senat oder die Vereinigten Großen Senate ist nur zulässig, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, daß er an seiner Rechtsauffassung festhält. Kann der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, wegen einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes mit der Rechtsfrage nicht mehr befaßt werden, tritt der Senat an seine Stelle, der nach dem Geschäftsverteilungsplan für den Fall, in dem abweichend entschieden wurde, zuständig wäre. Über die Anfrage und die Antwort entscheidet der jeweilige Senat durch Beschluß in der für Urteile erforderlichen Besetzung; § 97 Abs. 2 Satz 1 des Steuerberatungsgesetzes und § 74 Abs. 2 Satz 1 der Wirtschaftsprüferordnung bleiben unberührt.	(3) A submission to the Grand Panel or to the United Grand Panels shall only be admissible if the panel from whose decision there is to be deviation has declared in response to an inquiry of the adjudicating panel that it stands by its legal opinion. If the panel from whose decision there is to be deviation can no longer be seized of the legal issue due to a change in the roster allocating court business, its place shall be taken by the panel that would be competent pursuant to the roster allocating court business for the case in which the divergent decision was given. The ruling on the inquiry and the response shall be given in a ruling by the respective panel in the composition prescribed for judgments; section 97 subsection (2), first sentence, of the Act on Tax Advisors and section 74 subsection (2), first sentence, of the Auditors' Regulations shall remain unaffected.
(4) Der erkennende Senat kann eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.	(4) The adjudicating panel may submit an issue of fundamental importance to the Grand Panel for a decision if it deems this necessary for the development of the law or in order to ensure uniform application of the law.
(5) Der Große Senat für Zivilsachen besteht aus dem Präsidenten und je einem Mitglied der Zivilsenate, der Große Senate für Strafsachen aus dem Präsidenten und je	(5) The Grand Panel for Civil Matters shall be composed of the president and one member from each of the civil panels; the Grand Panel for Criminal Matters shall be com-

zwei Mitgliedern der Strafsenate. Legt ein anderer Senat vor oder soll von dessen Entscheidung abgewichen werden, ist auch ein Mitglied dieses Senats im Großen Senat vertreten. Die Vereinigten Großen Senate bestehen aus dem Präsidenten und den Mitgliedern der Großen Senate. (6) Die Mitglieder und die Vertreter werden durch das Präsidium für ein Geschäftsjahr bestellt. Dies gilt auch für das Mitglied eines anderen Senats nach Absatz 5 Satz 2 und für seinen Vertreter. Den Vorsitz in den Großen Senaten und den Vereinigten Großen Senaten führt der Präsident, bei Verhinderung das dienstälteste Mitglied. Bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.	posed of the president and two members from each of the criminal panels. If submission is by another panel, or if there is to be deviation from the decision of another panel, a member of that panel shall also sit on the Grand Panel. The United Grand Panels shall be composed of the president and the members of the Grand Panels. (6) The members and their deputies shall be appointed by the presidium for one business year. This shall also apply to the member of another panel pursuant to subsection (5), second sentence, and to his deputy. The Grand Panels and the United Grand Panels shall be presided over by the president or, in the event that he is unable to be present, by the most senior member. In the case of a tie, the presiding judge shall have the casting vote.
---	--

Bundesrechtsanwaltsordnung [BRAO] (estratto)

Achter Teil - Die Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof *omissis*

Zweiter Abschnitt - Die Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof

§ 162 - Entsprechende Anwendung von Vorschriften

Für die Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof gelten der Erste bis Siebente Teil dieses Gesetzes, soweit sich nicht aus den nachstehenden Vorschriften etwas Besonderes ergibt.

§ 163 - Sachliche Zuständigkeit

Von den Aufgaben, die nach den Vorschriften des Ersten bis Siebenten Teils dieses Gesetzes der Rechtsanwaltskammer zugewiesen sind, nimmt das Bundesministerium der Justiz die Aufgaben wahr, die die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und ihr Erlöschen, die Kanzlei sowie die Bestellung eines Vertreters oder Abwicklers betreffen. Das Bundesministerium der Justiz ist die zuständige Stelle nach § 51 Abs. 7 dieses Gesetzes. Es nimmt auch die

Aufgaben wahr, die der Landesjustizverwaltung zugewiesen sind. Die Wahrnehmung der übrigen Aufgaben obliegt der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof. An die Stelle des Anwaltsgerichts und des Anwaltsgerichtshofes tritt in Verfahren zur Ahndung von Pflichtverletzungen der Bundesgerichtshof. Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof nimmt die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr.

§ 164 - Besondere Voraussetzung für die Zulassung

Bei dem Bundesgerichtshof kann als Rechtsanwalt nur zugelassen werden, wer durch den Wahlausschuß für Rechtsanwälte bei dem Bundesgerichtshof benannt wird.

§ 165 - Wahlausschuß für Rechtsanwälte bei dem Bundesgerichtshof

(1) Der Wahlausschuß besteht aus dem Präsidenten und den Senatspräsidenten der Zivilsenate des Bundesgerichtshofes sowie aus den Mitgliedern des Präsidiums der Bundesrechtsanwaltskammer und des Präsidiums der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof.

(2) Den Vorsitz in dem Wahlausschuß führt der Präsident des Bundesgerichtshofes. Er beruft den Wahlausschuß ein.

(3) Die Einladung muß die Tagesordnung für die Sitzung des Wahlausschusses enthalten und den Mitgliedern mindestens eine Woche vor der Sitzung zugehen.

(4) Die Sitzungen sind nicht öffentlich.

(5) Über jede Sitzung wird ein Protokoll aufgenommen.

§ 166 - Vorschlagslisten für die Wahl

(1) Die Wahl findet auf Grund von Vorschlagslisten statt.

(2) Vorschlagslisten können einreichen

1. die Bundesrechtsanwaltskammer auf Grund von Vorschlägen der Rechtsanwaltskammern,

2. die Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof.

(3) In die Vorschlagslisten kann nur aufgenommen werden, wer das fünfunddreißigste Lebensjahr vollendet hat und den Beruf des Rechtsanwalts seit mindestens fünf Jahren ohne Unterbrechung ausübt.

§ 167 - Prüfung des Wahlausschusses

(1) Der Wahlausschuß prüft, ob der Vorgeschlagene die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof besitzt.

(2) Zur Vorbereitung der Wahl bestellt der Wahlausschuß zwei seiner Mitglieder als Berichterstatter.

§ 167a - Akteneinsicht

(1) Der Rechtsanwalt, der in die Vorschlagsliste aufgenommen wurde, hat das Recht, die Protokolle des Wahlausschusses einzusehen.

(2) Die persönlichen, beruflichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Rechtsanwalts werden in einem gesonderten Bericht dargestellt, den der Rechtsanwalt einsehen kann.

(3) § 58 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

§ 168 - Entscheidung des Wahlausschusses

(1) Der Wahlausschuß ist beschlußfähig, wenn die Mehrzahl sowohl der dem Bundesgerichtshof angehörigen Mitglieder als auch der Mitglieder der Präsidien der Bundesrechtsanwaltskammer und der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof anwesend ist. Er entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit. Die Abstimmung ist geheim.

(2) Der Wahlausschuß benennt aus den Vorschlagslisten die doppelte Zahl von Rechtsanwälten, die er für die Zulassung bei dem Bundesgerichtshof für angemessen hält.

(3) Durch die Benennung wird für den Bewerber ein Anspruch auf Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof nicht begründet.

§ 169 - Mitteilung des Wahlergebnisses

(1) Der Vorsitzende des Wahlausschusses teilt das Ergebnis der Wahlen dem Bundesministerium der Justiz mit.

(2) Die Anträge der vom Wahlausschuß benannten Rechtsanwälte, sie beim Bundesgerichtshof zuzulassen, sind der Mitteilung beizufügen.

§ 170 - Entscheidung über den Antrag auf Zulassung

(1) Über den Antrag auf Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof entscheidet das Bundesministerium der Justiz. Die Zulassung kann aufschiebend befristet werden. Die Frist soll drei Monate nicht überschreiten.

(2) Die Entscheidung über den Antrag auf Zulassung kann ausgesetzt werden, wenn einer der in § 10 Abs. 1 bezeichneten Gründe vorliegt.

(3) Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof ist nur dann zu hören, wenn gegen die Zulassung Bedenken bestehen.

(4) Für die Zulassung gilt § 166 Abs. 3 entsprechend.

§ 171 (weggefallen)

Dritter Abschnitt - Die besonderen Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte bei dem Bundesgerichtshof

§ 172 - Beschränkung des Auftretens vor anderen Gerichten

(1) Die bei dem Bundesgerichtshof

zugelassenen Rechtsanwälte dürfen nur vor dem Bundesgerichtshof, den anderen obersten Gerichtshöfen des Bundes, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe und dem Bundesverfassungsgericht auftreten. Das Recht, vor internationalen oder gemeinsamen zwischenstaatlichen Gerichten aufzutreten, wird hierdurch nicht berührt.

(2) In dem Verfahren vor dem ersuchten Richter dürfen sie auch vor einem anderen Gericht auftreten, wenn das Ersuchen von einem der in Absatz 1 genannten Gerichte ausgeht.

§ 172a - Sozietät

Rechtsanwälte, die beim Bundesgerichtshof zugelassen sind, dürfen nur untereinander eine Sozietät eingehen. Eine solche Sozietät darf nur zwei Rechtsanwälte umfassen.

§ 172b - Kanzlei

Der beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwalt hat seine Kanzlei am Sitz des Bundesgerichtshofes einzurichten und zu unterhalten. § 14 Abs. 3 gilt mit der Maßgabe, dass die Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof widerrufen werden kann.

§ 173 - Bestellung eines Vertreters und eines Abwicklers der Kanzlei

(1) Das Bundesministerium der Justiz soll zum Vertreter einen bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt bestellen. Es kann auch einen Rechtsanwalt bestellen, der das fünfunddreißigste Lebensjahr vollendet hat und den Beruf seit mindestens fünf Jahren ohne Unterbrechung ausübt.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Bestellung eines Abwicklers der Kanzlei (§ 55). Weist die Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof nach, dass für die Erledi-

gung der laufenden Aufträge in einer Weise gesorgt ist, die den Rechtsuchenden nicht schlechter stellt als die Anwendung des § 55, unterbleibt die Bestellung eines Abwicklers.

(3) Für die Bestellung eines Vertreters (§ 47 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5, § 161 Abs. 1 Satz 1, § 163) wird eine Gebühr von 25 Euro erhoben. Die Gebühr wird mit der Beendigung der Amtshandlung fällig. Sie kann schon vorher eingefordert werden. § 192 Abs. 2 gilt entsprechend.

Vierter Abschnitt - Die Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof

§ 174 - Zusammensetzung und Vorstand

(1) Die Rechtsanwälte, die bei dem Bundesgerichtshof zugelassen sind, bilden die Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof. Für die Dauer der Zulassung bei dem Bundesgerichtshof ruht die Mitgliedschaft in der bisherigen Rechtsanwaltskammer.

(2) Die Zahl der Mitglieder des Vorstandes wird durch die Geschäftsordnung der Kammer festgesetzt. § 63 Abs. 2 ist nicht anzuwenden.

5. Supreme Court *del Regno Unito*

Constitutional Reform Act 2005 (estratto)

omissis

Part 3 - The Supreme Court

The Supreme Court

23 - The Supreme Court

(1) There is to be a Supreme Court of the United Kingdom.

(2) The Court consists of 12 judges appointed by Her Majesty by letters patent.

(3) Her Majesty may from time to time by Order in Council amend subsection (2) so as to increase or further increase the number of judges of the Court.

(4) No recommendation may be made to Her Majesty in Council to make an Order under subsection (3) unless a draft of the Order has been laid before and approved by resolution of each House of Parliament.

(5) Her Majesty may by letters patent appoint one of the judges to be President and one to be Deputy President of the Court.

(6) The judges other than the President and Deputy President are to be styled "Justices of the Supreme Court".

(7) The Court is to be taken to be duly constituted despite any vacancy among the judges of the Court or in the office of President or Deputy President.

24 - First members of the Court

On the commencement of section 23—

(a) the persons who immediately be-

fore that commencement are Lords of Appeal in Ordinary become judges of the Supreme Court,
(b) the person who immediately before that commencement is the senior Lord of Appeal in Ordinary becomes the President of the Court, and
(c) the person who immediately before that commencement is the second senior Lord of Appeal in Ordinary becomes the Deputy President of the Court.

Appointment of judges

25 - Qualification for appointment

(1) A person is not qualified to be appointed a judge of the Supreme Court unless he has (at any time)—

(a) held high judicial office for a period of at least 2 years,

(b) been a qualifying practitioner for a period of at least 15 years.

(2) A person is a qualifying practitioner for the purposes of this section at any time when—

(a) repealed

(b) he is an advocate in Scotland or a solicitor entitled to appear in the Court of Session and the High Court of Justiciary, or

(c) he is a member of the Bar of Northern Ireland or a solicitor of the Court of Judicature of Northern Ireland.

26 - Selection of members of the Court

(1) This section applies to a recommendation for an appointment

to one of the following offices—
 (a) judge of the Supreme Court;
 (b) President of the Court;
 (c) Deputy President of the Court.
 (2) A recommendation may be made only by the Prime Minister.
 (3) The Prime Minister—
 (a) must recommend any person whose name is notified to him under section 29;
 (b) may not recommend any other person.
 (4) A person who is not a judge of the Court must be recommended for appointment as a judge if his name is notified to the Prime Minister for an appointment as President or Deputy President.
 (5) If there is a vacancy in one of the offices mentioned in subsection (1), or it appears to him that there will soon be such a vacancy, the Lord Chancellor must convene a selection commission for the selection of a person to be recommended.
 (6) Schedule 8 is about selection commissions.
 (7) Subsection (5) is subject to Part 3 of that Schedule.
 (8) Sections 27 to 31 apply where a selection commission is convened under this section.

27 - Selection process

(1) The commission must—
 (a) determine the selection process to be applied,
 (b) apply the selection process, and
 (c) make a selection accordingly.
 (2) As part of the selection process the commission must consult each of the following—
 (a) such of the senior judges as are not members of the commission and are not willing to be considered for selection;

(b) the Lord Chancellor;
 (c) the First Minister in Scotland;
 (d) the First Minister for Wales;
 (e) the Secretary of State for Northern Ireland.
 (3) If for any part of the United Kingdom no judge of the courts of that part is to be consulted under subsection (2)(a), the commission must consult as part of the selection process the most senior judge of the courts of that part who is not a member of the commission and is not willing to be considered for selection.
 (4) Subsections (5) to (10) apply to any selection under this section or section 31.
 (5) Selection must be on merit.
 (6) A person may be selected only if he meets the requirements of section 25.
 (7) A person may not be selected if he is a member of the commission.
 (8) In making selections for the appointment of judges of the Court the commission must ensure that between them the judges will have knowledge of, and experience of practice in, the law of each part of the United Kingdom.
 (9) The commission must have regard to any guidance given by the Lord Chancellor as to matters to be taken into account (subject to any other provision of this Act) in making a selection.
 (10) Any selection must be of one person only.

28 - Report

(1) After complying with section 27 the commission must submit a report to the Lord Chancellor.
 (2) The report must—
 (a) state who has been selected;
 (b) state the senior judges consulted

under section 27(2)(a) and any judge consulted under section 27(3);

(c) contain any other information required by the Lord Chancellor.

(3) The report must be in a form approved by the Lord Chancellor.

(4) After submitting the report the commission must provide any further information the Lord Chancellor may require.

(5) When he receives the report the Lord Chancellor must consult each of the following—

(a) the senior judges consulted under section 27(2)(a);

(b) any judge consulted under section 27(3);

(c) the First Minister in Scotland;

(d) the First Minister for Wales;

(e) the Secretary of State for Northern Ireland.

29 - The Lord Chancellor's options

(1) This section refers to the following stages—

Stage 1: where a person has been selected under section 27

Stage 2: where a person has been selected following a rejection or reconsideration at stage 1

Stage 3: where a person has been selected following a rejection or reconsideration at stage 2.

(2) At stage 1 the Lord Chancellor must do one of the following—

(a) notify the selection;

(b) reject the selection;

(c) require the commission to reconsider the selection.

(3) At stage 2 the Lord Chancellor must do one of the following—

(a) notify the selection;

(b) reject the selection, but only if it was made following a reconsideration at stage 1;

(c) require the commission to re-

consider the selection, but only if it was made following a rejection at stage 1.

(4) At stage 3 the Lord Chancellor must notify the selection, unless subsection (5) applies and he makes a notification under it.

(5) If a person whose selection the Lord Chancellor required to be reconsidered at stage 1 or 2 was not selected again at the next stage, the Lord Chancellor may at stage 3 notify that person's name to the Prime Minister.

(6) In this Part references to the Lord Chancellor notifying a selection are references to his notifying to the Prime Minister the name of the person selected.

30 - Exercise of powers to reject or require reconsideration

(1) The power of the Lord Chancellor under section 29 to reject a selection at stage 1 or 2 is exercisable only on the grounds that, in the Lord Chancellor's opinion, the person selected is not suitable for the office concerned.

(2) The power of the Lord Chancellor under section 29 to require the commission to reconsider a selection at stage 1 or 2 is exercisable only on the grounds that, in the Lord Chancellor's opinion—

(a) there is not enough evidence that the person is suitable for the office concerned,

(b) there is evidence that the person is not the best candidate on merit, or

(c) there is not enough evidence that if the person were appointed the judges of the Court would between them have knowledge of, and experience of practice in, the law of each part of the United Kingdom.

(3) The Lord Chancellor must give the commission reasons in writing for rejecting or requiring reconsideration of a selection.

31 - Selection following rejection or requirement to reconsider

(1) If under section 29 the Lord Chancellor rejects or requires reconsideration of a selection at stage 1 or 2, the commission must select a person in accordance with this section.

(2) If the Lord Chancellor rejects a selection, the commission—

(a) may not select the person rejected, and

(b) where the rejection is following reconsideration of a selection, may not select the person (if different) whose selection it reconsidered.

(3) If the Lord Chancellor requires a selection to be reconsidered, the commission—

(a) may select the same person or a different person, but

(b) where the requirement is following a rejection, may not select the person rejected.

(4) The commission must inform the Lord Chancellor of the person selected following a rejection or requirement to reconsider.

Terms of appointment

32 - Oath of allegiance and judicial oath

(1) A person who is appointed as President of the Court must, as soon as may be after accepting office, take the required oaths in the presence of—

(a) the Deputy President, or

(b) if there is no Deputy President, the senior ordinary judge.

(2) A person who is appointed as

Deputy President of the Supreme Court must, as soon as may be after accepting office, take the required oaths in the presence of—

(a) the President, or

(b) if there is no President, the senior ordinary judge.

(3) A person who is appointed as a judge of the Supreme Court must, as soon as may be after accepting office, take the required oaths in the presence of—

(a) the President, or

(b) if there is no President, the Deputy President, or

(c) if there is no President and no Deputy President, the senior ordinary judge.

(4) Subsections (1) and (2) apply whether or not the person appointed as President or Deputy President has previously taken the required oaths in accordance with this section after accepting another office.

(5) Subsection (3) does not apply where a person is first appointed as a judge of the Court upon appointment to the office of President or Deputy President.

(6) In this section “required oaths” means—

(a) the oath of allegiance, and

(b) the judicial oath,

as set out in the Promissory Oaths Act 1868 (c. 72).

33 - Tenure

A judge of the Supreme Court holds that office during good behaviour, but may be removed from it on the address of both Houses of Parliament.

34 - Salaries and allowances

(1) A judge of the Supreme Court is entitled to a salary.

(2) The amount of the salary is to be determined by the Lord Chancellor with the agreement of the Treasury.

(3) Until otherwise determined under subsection (2), the amount is that of the salary of a Lord of Appeal in Ordinary immediately before the commencement of section 23.

(4) A determination under subsection (2) may increase but not reduce the amount.

(5) Salaries payable under this section are to be charged on and paid out of the Consolidated Fund of the United Kingdom.

(6) Any allowance determined by the Lord Chancellor with the agreement of the Treasury may be paid to a judge of the Court out of money provided by Parliament.

35 - Resignation and retirement

(1) A judge of the Supreme Court may at any time resign that office by giving the Lord Chancellor notice in writing to that effect.

(2) The President or Deputy President of the Court may at any time resign that office (whether or not he resigns his office as a judge) by giving the Lord Chancellor notice in writing to that effect.

(3) In section 26(4)(a) of and Schedule 5 to the Judicial Pensions and Retirement Act 1993 (c. 8) (retirement), for "Lord of Appeal in Ordinary" substitute "Judge of the Supreme Court".

36 - Medical retirement

(1) This section applies if the Lord Chancellor is satisfied by means of a medical certificate that a person holding office as a judge of the Supreme Court—

(a) is disabled by permanent infirmity from the performance of the duties of his office, and

(b) is for the time being incapacitated from resigning his office.

(2) The Lord Chancellor may by instrument under his hand declare the person's office to have been vacated.

(3) A declaration by instrument under subsection (2) has the same effect for all purposes as if the person had, on the date of the instrument, resigned his office.

(4) But such a declaration has no effect unless it is made—

(a) in the case of an ordinary judge, with the agreement of the President and Deputy President of the Court;

(b) in the case of the President, with the agreement of the Deputy President and the senior ordinary judge;

(c) in the case of the Deputy President, with the agreement of the President and the senior ordinary judge.

37 - Pensions

(1) In the tables in sections 1 and 16 of the Judicial Pensions Act 1981 (c. 20) (application and interpretation), for "Lord of Appeal in Ordinary"—

(a) in the first column, substitute "Judge of the Supreme Court", and

(b) in the second column, in each place substitute "judge of the Supreme Court".

(2) In Part 1 of Schedule 1 to the Judicial Pensions and Retirement Act 1993 (qualifying judicial offices: judges), for "Lord of Appeal in Ordinary" substitute "Judge of the Supreme Court".

(3) The amendments made by this

section to the 1981 and 1993 Acts do not affect the operation of any provision of or made under those Acts, or anything done under such provision, in relation to the office of, or service as, Lord of Appeal in Ordinary.

Acting judges

38 - Acting judges

(1) At the request of the President of the Supreme Court any of the following may act as a judge of the Court—

- (a) a person who holds office as a senior territorial judge;
- (b) a member of the supplementary panel under section 39.

(2) A request under subsection (1) may be made by the Deputy President of the Court if there is no President or the President is unable to make that request.

(3) In section 26(7) of the Judicial Pensions and Retirement Act 1993 (c. 8) (requirement not to act in certain capacities after the age of 75) for paragraph (b) substitute—

“(b) act as a judge of the Supreme Court under section 38 of the Constitutional Reform Act 2005;”.

(4) Every person while acting under this section is, subject to subsections (5) and (6), to be treated for all purposes as a judge of the Supreme Court (and so may perform any of the functions of a judge of the Court).

(5) A person is not to be treated under subsection (4) as a judge of the Court for the purposes of any statutory provision relating to—

- (a) the appointment, retirement, removal or disqualification of judges of the Court,
- (b) the tenure of office and oaths to

be taken by judges of the Court, or (c) the remuneration, allowances or pensions of judges of the Court.

(6) Subject to section 27 of the Judicial Pensions and Retirement Act 1993, a person is not to be treated under subsection (4) as having been a judge of the Court if he has acted in the Court only under this section.

(7) Such remuneration and allowances as the Lord Chancellor may with the agreement of the Treasury determine may be paid out of money provided by Parliament to any person who acts as a judge of the Court under this section.

(8) In this section “office as a senior territorial judge” means office as any of the following—

- (a) a judge of the Court of Appeal in England and Wales;
- (b) a judge of the Court of Session, but only if the holder of the office is a member of the First or Second Division of the Inner House of that Court;
- (c) a judge of the Court of Appeal in Northern Ireland, unless the holder holds the office only by virtue of being a puisne judge of the High Court.

39 - Supplementary panel

(1) There is to be a panel of persons known as the supplementary panel.

(2) On the commencement of this section any member of the House of Lords who—

- (a) meets one of the conditions in subsection (3),
- (b) does not hold high judicial office,
- (c) has not attained the age of 75, and

(d) is not a person who was appointed to the office of Lord Chancellor on or after 12 June 2003,

becomes a member of the panel.

(3) The conditions are—

(a) that he ceased to hold high judicial office less than 5 years before the commencement of this section;

(b) that he was a member of the Judicial Committee of the Privy Council immediately before that commencement;

(c) that he ceased to be a member of that Committee less than 5 years before that commencement.

(4) A person becomes a member of the supplementary panel on ceasing to hold office as a judge of the Supreme Court or as a senior territorial judge, but only if, while he holds such office—

(a) his membership of the panel is approved in writing by the President of the Supreme Court, and

(b) the President of the Court gives the Lord Chancellor notice in writing of the approval.

(5) Subsection (4) does not apply to a person who ceases to hold office as a judge of the Supreme Court when he ceases to be President of the Court.

(6) Such a person becomes a member of the supplementary panel on ceasing to be President of the Court, unless—

(a) while President, he gives the Lord Chancellor notice that he is not to become a member of the panel,

(b) he ceases to be President on being removed from office as a judge of the Court on the address of both Houses of Parliament, or

(c) his office is declared vacant under section 36.

(7) A person does not become a member of the supplementary panel under subsection (4) or (6) if—

(a) on ceasing to hold office as a judge of the Supreme Court he takes office as a senior territorial judge, or

(b) on ceasing to hold office as a senior territorial judge he takes office as a judge of the Supreme Court.

(8) A member of the supplementary panel may resign by notice in writing to the President of the Court.

(9) Unless he resigns (and subject to sections 26(7)(b) and 27 of the Judicial Pensions and Retirement Act 1993 (c. 8)), a person ceases to be a member of the supplementary panel—

(a) at the end of 5 years after the last day on which he holds his qualifying office, or

(b) if earlier, at the end of the day on which he attains the age of 75.

(10) In this section—

(a) “office as a senior territorial judge” has the same meaning as in section 38;

(b) a person’s “qualifying office” is the office (that is, high judicial office, membership of the Judicial Committee of the Privy Council, office as a judge of the Supreme Court or office as a senior territorial judge) that he held before becoming a member of the supplementary panel.

Jurisdiction, relation to other courts etc

40 - Jurisdiction

(1) The Supreme Court is a superior court of record.

(2) An appeal lies to the Court from any order or judgment of the Court of Appeal in England and Wales in civil proceedings.

(3) An appeal lies to the Court from any order or judgment of a court in Scotland if an appeal lay from that court to the House of Lords at or immediately before the commencement of this section.

(4) Schedule 9—

(a) transfers other jurisdiction from the House of Lords to the Court,

(b) transfers devolution jurisdiction from the Judicial Committee of the Privy Council to the Court, and

(c) makes other amendments relating to jurisdiction.

(5) The Court has power to determine any question necessary to be determined for the purposes of doing justice in an appeal to it under any enactment.

(6) An appeal under subsection (2) lies only with the permission of the Court of Appeal or the Supreme Court; but this is subject to provision under any other enactment restricting such an appeal.

41 - Relation to other courts etc

(1) Nothing in this Part is to affect the distinctions between the separate legal systems of the parts of the United Kingdom.

(2) A decision of the Supreme Court on appeal from a court of any part of the United Kingdom, other than a decision on a devolution matter, is to be regarded as the decision of a court of that part of the United Kingdom.

(3) A decision of the Supreme Court on a devolution matter—

(a) is not binding on that Court when making such a decision;

(b) otherwise, is binding in all legal proceedings.

(4) In this section “devolution matter” means—

(a) a question referred to the Supreme Court under section 96, 99 or 112 of the Government of Wales Act 2006, section 33 of the Scotland Act 1998 (c. 46) or section 11 of the Northern Ireland Act 1998 (c. 47);

(b) a devolution issue as defined in Schedule 9 to the Government of Wales Act 2006 (c. 38), Schedule 6 to the Scotland Act 1998 or Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998.

Composition for proceedings

42 - Composition

(1) The Supreme Court is duly constituted in any proceedings only if all of the following conditions are met—

(a) the Court consists of an uneven number of judges;

(b) the Court consists of at least three judges;

(c) more than half of those judges are permanent judges.

(2) Paragraphs and of subsection are subject to any directions that in specified proceedings the Court is to consist of a specified number of judges that is both uneven and greater than three.

(3) Paragraph of subsection is subject to any directions that in specified descriptions of proceedings the Court is to consist of a specified minimum number of judges that is greater than three.

(4) This section is subject to section 43.

(5) In this section—

(a) “directions” means directions

given by the President of the Court;

(b) “specified”, in relation to directions, means specified in those directions;

(c) references to permanent judges are references to those judges of the Court who are not acting judges under section 38.

(6) This section and section 43 apply to the constitution of the Court in any proceedings from the time judges are designated to hear the proceedings.

43 - Changes in composition

(1) This section applies if in any proceedings the Court ceases to be duly constituted in accordance with section 42, or in accordance with a direction under this section, because one or more members of the Court are unable to continue.

(2) The presiding judge may direct that the Court is still duly constituted in the proceedings.

(3) The presiding judge may give a direction under this section only if—

(a) the parties agree;

(b) the Court still consists of at least three judges (whether the number of judges is even or uneven);

(c) at least half of those judges are permanent judges.

(4) Subsections (2) and (3) are subject to directions given by the President of the Court.

(5) If in any proceedings the Court is duly constituted under this section with an even number of judges, and those judges are evenly divided, the case is to be re-argued in a Court which is constituted in accordance with section 42.

(6) In this section—

(a) “presiding judge” means the judge who is to preside, or is presiding, over proceedings;

(b) references to permanent judges have the same meaning as in section 42.

Practice and procedure

44 - Specially qualified advisers

(1) If the Supreme Court thinks it expedient in any proceedings, it may hear and dispose of the proceedings wholly or partly with the assistance of one or more specially qualified advisers appointed by it.

(2) Any remuneration payable to such an adviser is to be determined by the Court unless agreed between the adviser and the parties to the proceedings.

(3) Any remuneration forms part of the costs of the proceedings.

45 - Making of rules

(1) The President of the Supreme Court may make rules (to be known as “Supreme Court Rules”) governing the practice and procedure to be followed in the Court.

(2) The power to make Supreme Court Rules includes power to make different provision for different cases, including different provision—

(a) for different descriptions of proceedings, or

(b) for different jurisdiction of the Supreme Court.

(3) The President must exercise the power to make Supreme Court Rules with a view to securing that—

(a) the Court is accessible, fair and efficient, and

(b) the rules are both simple and simply expressed.

(4) Before making Supreme Court Rules the President must consult all of the following—

(a) the Lord Chancellor;
(b) the bodies listed in subsection (5);

(c) such other bodies that represent persons likely to be affected by the Rules as the President considers it appropriate to consult.

(5) The bodies referred to in subsection (4)(b) are—

The General Council of the Bar of England and Wales;

The Law Society of England and Wales;

The Faculty of Advocates of Scotland;

The Law Society of Scotland;

The General Council of the Bar of Northern Ireland;

The Law Society of Northern Ireland.

46 - Procedure after rules made

(1) Supreme Court Rules made by the President of the Supreme Court must be submitted by him to the Lord Chancellor.

(2) Supreme Court Rules submitted to the Lord Chancellor—

(a) come into force on such day as the Lord Chancellor directs, and

(b) are to be contained in a statutory instrument to which the Statutory Instruments Act 1946 (c. 36) applies as if the instrument contained rules made by a Minister of the Crown.

(3) A statutory instrument containing Supreme Court Rules is subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2012
presso Effegi s.a.s. – Portici (NA)
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

