

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

C. CAVALLINI - V. COLESANTI

L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO

G. COSTANTINO - C. FERRI

R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA

S. MENCHINI - E. MERLIN

G. MONTELEONE - R. ORIANI

S. RECCHIONI - G. RUFFINI

A. SALETTI - L. SALVANESCHI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

Gennaio-Marzo
2023

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

DIRITTO PROCESSUALE COMPARATO E INTERNAZIONALE

JOSÉ BONET NAVARRO (*)
Catedrático nell'Università di Valencia

GIURISDIZIONE E CORTI CONSUETUDINARIE E TRADIZIONALI DEL MEDITERRANEO SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. La giurisdizione dei cittadini come valore culturale e giuridico. – 2. Una giurisdizione «in transito». – 3. La prova d'ufficio resta senza censura. – 4. Azione di giustizia in un'unica istanza – 5. I tribunali consuetudinari come modelli di riforma processuale.

1. – Il *boletín oficial del estado*, 15 dicembre 2021, n. 299, ha pubblicato la *l. orgánica* 14 dicembre 2021, n. 10, di modifica della *l.* 1° luglio 1985, n. 6 *delpoder judicial*, per riconoscere nel suo articolo unico il carattere di corte consuetudinaria e tradizionale al *Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y Pueblos de su Marco* e al *Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l'Horta d'Aldaia*, aggiungendo due nuovi commi (5° e 6°) al suo art. 19. Questa riforma evidenzia l'esistenza di un fenomeno molto localizzato territorialmente nel Mediterraneo spagnolo, ma di indubbio interesse per lo studioso di diritto processuale, poiché consente di riflettere su questioni e preoccupazioni di grande attualità come, tra le altre, la configurazione e la delimitazione del concetto di giurisdizione o l'eventuale iniziativa d'ufficio più o meno ampia del giudice.

Secondo l'art. 125 Cost. spagnola, «i cittadini possono esercitare l'azione popolare e partecipare all'amministrazione della giustizia attraverso l'istituzione dei giurati, nei modi e nel rispetto dei procedimenti penali

(*) Questo lavoro è stato realizzato presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro, integrato nel gruppo guidato da Domenico Dalfino, con il contributo concesso dal *Ministerio de Universidades* del governo spagnolo, con ordinanza del 22 giugno 2022 nell'ambito del *Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad en I+D+i, Subprograma Estatal de Movilidad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020*, bando 2021. I miei ringraziamenti a Domenico Dalfino per il suo costante supporto.

stabiliti dalla legge, nonché attraverso le corti consuetudinarie e tradizionali».

Se l'azione popolare, di contenuto singolarmente più ampio di quello particolare che la vittima o la parte offesa potrebbe esercitare, è già un fenomeno di partecipazione cittadina all'esercizio dell'azione penale esclusivo dell'ordinamento spagnolo (artt. 101 e 270 *l. enjuiciamiento criminal*), la partecipazione attraverso i tribunali consuetudinari e tradizionali rappresenta un fenomeno tanto interessante quanto poco conosciuto poiché limitato ad una specifica area territoriale, quale, come anticipato, il cosiddetto Mediterraneo spagnolo (in realtà, ad una parte della comunità autonoma di Valencia e Murcia).

L'importanza di questi tribunali è sia culturale che legale. Ciò vale anche per il Tribunale dell'acqua di Valencia, già formalmente riconosciuto dall'art. 19, 3° comma *l. organica* 1° luglio 1985, n. 6, e senza indugio dichiarato bene di interesse culturale immateriale⁽¹⁾. Nel decreto di approvazione e nel suo allegato si sottolinea, tra l'altro, la sua considerazione come «una delle manifestazioni più rappresentative e preziose della cultura e degli stili di vita dei valenciani»; il suo «ampio grado di riconoscimento locale, nazionale e internazionale»; si afferma che «ha un valore eccezionale dal punto di vista storico, antropologico e giuridico, essendo uno dei principali tratti distintivi dell'identità culturale dei valenciani», e che è il «monumento di un processo storico di genesi e trasferimento della raffinata cultura dell'acqua andalusa». Successivamente, il Comitato intergovernativo dell'Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, nel suo quarto incontro svoltosi ad Abu Dhabi il 30 settembre 2009, ha dichiarato patrimonio immateriale dell'umanità le corti d'acqua del Mediterraneo spagnolo, con espresso riferimento a quelli allora riconosciuti, cioè al Tribunale dell'acqua di Valencia e al Consiglio dei buoni

⁽¹⁾ Con risoluzione del 30 marzo 2005 della *Dirección General de Patrimonio Cultural Valenciano (Conselleria de Cultura, Educación y Deporte)* si è convenuto di avviare una procedura per la dichiarazione del Tribunale dell'acqua di Valencia come bene di interesse culturale immateriale. Il relativo fascicolo contiene un allegato che è stato parzialmente modificato dalla risoluzione emessa dal medesimo organo il 31 maggio successivo. Tutto questo si è tradotto nel decreto n. 73/2006 del *Consell*, che ha dichiarato questo Tribunale di interesse culturale immateriale. Essendo particolarmente interessante l'allegato che si accompagna, v. *diario oficial de la generalitat valenciana*, n. 5.269, 30 maggio 2006. Anche v. D. Sala Giner, *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, patrimonio cultural inmaterial de la humanidad*, in *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, n. 58, 2013, 228 ss.; J.B. Navarro, *El Tribunal de las Aguas y el patrimonio cultural*, in Aa.Vv., *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas*, a cura di J.B. Navarro, M.J. Mascarell, Valencia 2014, 157 ss.

della Piana di Murcia. Il relativo Allegato afferma esplicitamente, tra l'altro, che «i tribunali di irrigazione del Mediterraneo spagnolo sono istituzioni legali consuete per la gestione delle acque, le cui origini risalgono al tempo di *Al Ándalus* (secoli IX-XIII)». I due più importanti, il Consiglio dei buoni della Piana di Murcia e il Tribunale dell'acqua di Valencia, sono riconosciuti dall'ordinamento giuridico spagnolo. I membri di questi due tribunali, che godono di grande autorità e rispetto, sono eletti democraticamente e risolvono le controversie attraverso una procedura orale caratterizzata da rapidità, trasparenza e imparzialità.

Da parte sua, il *Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de la Huerta de Aldaya* ha ricevuto anche il riconoscimento quale bene di rilevanza locale immateriale con risoluzione del 15 febbraio 2022 della *Conselleria de educación, cultura y deporte*. Nell'Allegato di accompagnamento, tra le altre cose, si fa riferimento al fatto che questo stesso tribunale «ha valori di un patrimonio culturale immateriale singolare legato ad altri elementi significativi del patrimonio locale (di natura territoriale, idraulica, etnologica) che sono intimamente legati ad esso».

Tali valori culturali indiscutibili non appannano i valori legali che corrispondono a queste corti di giustizia uniche. Come spiegherò in questo breve contributo, tale aspetto, oltre alle altre questioni come la *conveniencia* (intesa come opportunità) della giustizia in primo grado, permette di riflettere sui profili concettuali della stessa giurisdizione e su temi fortemente dibattuti come le possibilità di iniziativa istruttoria d'ufficio, volta alla massima qualità della decisione in termini di fissazione fattuale. Senza contare che caratteristiche virtuose, quali la certezza, la rapidità e l'economia di attività, che sembrano poter essere considerate come esemplari per qualsiasi riforma procedurale.

2. – Il riconoscimento come tribunali consuetudinari e tradizionali del *Juzgado Privativo de Aguas de Oribeula* e del *Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia* nell'art. 19, commi 5° e 6°, *l. orgánica* 1° luglio 1985 del *poder sudicia* è stato preceduto da quello avvenuto, poco più di vent'anni prima, a favore del Consiglio dei buoni della Piana di Murcia, per *l. orgánica* 14 maggio 1999, n. 13, e si aggiunge a quello già conferito, quasi quindici anni prima, al Tribunale dell'acqua di Valencia, dall'art. 19, comma 3° della stessa *l. orgánica* 1° luglio 1985, n. 6. In tal modo, hanno ottenuto riconoscimento tutti gli organi che soddisfano i requisiti necessari affinché i cittadini possano partecipare all'azione di giustizia attraverso gli stessi.

Questo riconoscimento non presenta un valore meramente simbolico, ma produce importanti effetti giuridici. Per comprenderli, dobbiamo ricordare che in precedenza, secondo la legislazione sull'acqua, tutte le comunità di irrigazione o gli utenti dovevano disporre di un sistema di risoluzione dei conflitti nella loro zona, al quale spettava conoscere le questioni di fatto che sorgevano relazione all'applicazione delle ordinanze e imporre le sanzioni regolamentari ai trasgressori, nonché fissare il risarcimento derivante dalla loro infrazione. Le procedure erano pubbliche e orali, secondo le modalità determinate dalle consuetudini e dai regolamenti. I loro provvedimenti erano esecutivi⁽²⁾.

Dalla natura necessariamente amministrativa di questi organi discendono effetti giuridici coerenti con la natura stessa: sostanzialmente essi emettono atti amministrativi direttamente esecutivi, ma impugnabili dinanzi alla giurisdizione. In questo modo, qualsiasi giuria, corte o tribunale dell'acqua, creato dopo la prima legge sull'acqua del 1866⁽³⁾, riveste natura di ente della pubblica amministrazione a tutti gli effetti. Tuttavia, la stessa normativa riconosce la sopravvivenza di quelle che chiama «organizzazioni tradizionali», nella parte in cui prevede che «laddove ci sono giurie o tribunali di irrigazione, qualunque sia la loro peculiare denominazione, essi continueranno con la loro organizzazione tradizionale»⁽⁴⁾. Giova rivelare che, a differenza dei tribunali consuetudinari, nulla escludeva che tali «organizzazioni tradizionali», anteriori all'anno 1866⁽⁵⁾, potessero, quantomeno in astratto, essere considerate organi giurisdizionali, il che portava ad escluderne la natura propriamente amministrativa. Fatti

⁽²⁾ Artt. 84.1 e 6, r.d. l. 1/2001, del 20 luglio, di ratifica del testo rivisto della l. sull'Acqua e 216.1 e 223 r.d. n. 849/1986, del giorno 11 aprile, che approva il *Reg. Dominio Público Hidráulico*.

⁽³⁾ Con precedenti nel d.r. del 10 giugno 1847 e successive modificazioni. Di particolare interesse il d.r. del 27 ottobre 1848, che dichiarava sussistere i tribunali esclusivi di irrigazione di Valencia, Murcia ed altri già costituiti, richiamandosi, per definirne i poteri, alle disposizioni per il *Sindicato* di Lorca nel citato r.d. del 10 giugno 1847, in cui si distinguevano le questioni di fatto sorte tra gli interessati e che sarebbero risolte in via definitiva dal Tribunale dell'acqua, quelle relative al rispetto delle ordinanze o di qualche atto amministrativo di competenza del Consiglio provinciale, e le questioni di proprietà e possesso che restavano di competenza degli organi ordinari della giurisdizione civile, v. E. Pérez Pérez, *Disposiciones decimonónicas sobre aguas, ley de 1879*, in *Hitos históricos de los regadíos españoles*, a cura di A. Gil e A. Morales, Madrid 1992, 188 ss.

⁽⁴⁾ Artt. 85.II *l. de Aguas (Real decreto legislativo, 20 luglio 2001, n. 1)* e 215.1.II *Reg. Dominio Público Hidráulico*.

⁽⁵⁾ Nonostante la possibile mancanza di riconoscimento, secondo la Corte cost. spagnola 12 luglio 2004, n. 113, sarebbero giurisdizionali i tribunali d'acqua creati prima della l. sull'acqua del 1866.

salvi i dubbi inizialmente sollevati, la questione è stata risolta dall'art. 125 Cost. spagnola in relazione alla *l. orgánica del poder judicial*, che, come è stato detto, prevede genericamente che i cittadini possano partecipare all'azione di giustizia attraverso i tribunali consuetudinari e tradizionali creati prima dell'anno 1866, purché siano stati riconosciuti dal citato art. 19. In questo modo, è come il Tribunale dell'acqua di Valencia, il Consiglio dei buoni della Piana di Murcia, il *Juzgado Privativo de Aguas de Oribeuela* e il *Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l'Horta d'Al-daia*, non sono semplici organi amministrativi, ma veri e propri tribunali per l'amministrazione della giustizia. Nonostante tali precetti normativi non abbiano effetti costitutivi, in quanto si limitano a riconoscere o dichiarare carattere consuetudinario e tradizionale preesistente, a partire dal riconoscimento tali enti cessano di emanare meri atti amministrativi direttamente esecutivi, impugnabili dinanzi alla giurisdizione ordinaria. Invece, cominciano ad emettere vere e proprie sentenze, di condanna o di assoluzione, con effetto di cosa giudicata e definitivamente esecutive, in quanto non impugnabili nell'ambito della giurisdizione per mancanza di un organo superiore. E poiché esercitano la giurisdizione, ne derivano importanti conseguenze pratiche, come quella che, non trattandosi di atti amministrativi, le loro sentenze non possono essere impugnate in sede giurisdizionale, né, pertanto, la comunità in cui è integrato il tribunale può essere condannata al pagamento delle spese giudiziali. L'impugnazione, come si dirà in seguito, è limitata al ricorso per *amparo* dinanzi alla Corte costituzionale per violazione dei diritti fondamentali.

Questo transito dall'amministrazione alla giurisdizione nei termini visti invita a riflettere su uno dei temi classici del diritto processuale⁽⁶⁾: il concetto stesso di giurisdizione e i suoi tradizionali elementi identificativi. Insomma, perché il «disinteresse oggettivo della giurisdizione»⁽⁷⁾, contrapposto all'attività di interesse oggettivo o di autotutela con cui agisce l'amministrazione⁽⁸⁾, diminuisce la loro capacità identitaria in consequen-

⁽⁶⁾ J. Bonet Navarro, *Los elementos identificadores de la función jurisdiccional desde la justicia de aguas*, in *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, a cura di I. Díez Picazo e J. Vegas, Madrid 2016, 427 ss.

⁽⁷⁾ G. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal*, I, tradotto da J. Casáis, Madrid 1922, 344, 347 ss. P. Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. I, tradotto da S. Sentís, Buenos Aires 1973, 189. M. Ortells Ramos, *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Cáceres 1984-5, 417. A. De la Oliva Santos, *La Jurisdicción, el Derecho Procesal y los órganos jurisdiccionales*, in *Derecho Procesal, Introducción*, Madrid 1999, 21 s.

⁽⁸⁾ L'organo amministrativo soddisfa «oggettivamente gli interessi generali e agisce (...) con piena soggezione alla legge e al diritto» (art. 103 n. 1 Cost. spagnola, per il quale il

za della tendenza espansiva degli interessi generali che nella maggior parte dei casi concorrono e si sovrappongono a quelli strettamente privati. Se osserviamo da vicino, i diritti privati e pubblici coesistono allo stesso tempo nei conflitti di irrigazione, così che, a seconda di come si guarda, si può ritenere che alienità e autotutela concorrano allo stesso tempo. L'interesse strettamente privato dell'utente, quello più generale della comunità e l'interesse pubblico si mescolano e collocano questi organismi in una zona di confine. Qui tutto è relativo. Per il singolo utente i giudici delle acque agiscono con «disinteresse oggettivo» rispetto agli interessi esterni. Tuttavia, per un soggetto esterno alla comunità, quello in esame potrebbe essere visto come un fenomeno di autotutela. Ma questo effetto ottico non sminuisce la loro attitudine o legittimità, poiché lo stesso si potrebbe dire di qualsiasi giudice della giurisdizione ordinaria che riflette anche la società in cui esercita la giurisdizione, così come qualsiasi giudice dell'acqua riflette il microcosmo della corrispondente comunità di irrigatori⁽⁹⁾.

Invece, il criterio, identificativo della giurisdizione, dell'irrevocabilità delle decisioni, unitamente al fatto che esistono organi giurisdizionali che emettono alcune sentenze non irrevocabili in procedimenti sommari (art. 447 n. 2 – 4 *l. enjuiciamiento civil*) e che il solo criterio della irrevocabilità potrebbe paventare il rischio di consentire al legislatore ordinario di «oltrepassare» le condizioni che la Costituzione contempla al fine di stabilire le ipotesi in cui la giurisdizione è necessaria, non si appalesa affatto sufficiente.

Peraltro, più concretamente, l'irrevocabilità delle decisioni non risulta essere un criterio sicuro, in quanto, a ben guardare, la funzione giurisdizionale dipende dal riconoscimento di quest'ultima da parte del legislatore in capo all'organo chiamato ad esercitarla nella veste di tribunale consuetudinario e tradizionale (artt. 125 della Costituzione spagnola e 19 *l. orgánica del poder judicial*), piuttosto che dalla mancanza del regime di impugnazione.

potere amministrativo è esercitato con oggettivo interesse nella gestione degli interessi generali in quanto suo proprio, e per questo ha il potere di imporre imperativamente ed esecutivamente le conseguenze previste dalla norma che tutela detti interessi; v. E. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1997, 499 e 512).

⁽⁹⁾ Ciononostante, nei diversi tribunali si stabiliscono ulteriori garanzie di imparzialità, come l'esclusione dal tribunale del *síndic* del canale d'irrigazione dove è sorto il conflitto presso il Tribunale dell'acqua di Valencia o l'incompatibilità dei membri del *Tribunal del Comuner* (con la sola eccezione del suo presidente) per l'integrazione del Consiglio di amministrazione di *Rollet de Gràcia*, che è la loro comunità.

In tutta evidenza, la questione si pone in quanto, sul piano generale, non è sufficientemente chiaro se l'irrevocabilità derivi dalla natura giurisdizionale o, viceversa, se tale natura sia conseguenza della prima. In ogni caso, la stessa irrevocabilità, che indubbiamente ricorre nei tribunali consuetudinari e tradizionali, non basta da sola a identificare la giurisdizione.

In altri termini, sebbene l'immutabilità della decisione possa conseguire alla funzione giurisdizionale, essa non costituisce affatto un presupposto per il riconoscimento degli organi giurisdizionali ovvero per affermare che l'organo amministrativo tramuti in organo giurisdizionale; la questione relativa al confine che delimita giurisdizione e amministrazione⁽¹⁰⁾ è ben più ampia: gli organi amministrativi e giurisdizionali che pur svolgono attività analoghe tra loro, sono soggetti a regimi diversi e la irrevocabilità non può essere considerata da sola condizione sufficiente per poter tracciare tale confine⁽¹¹⁾.

Risulta così che, almeno in questo ambito, il confine tra amministrazione e giurisdizione è «transitabile». E infatti, è stato attraversato certamente in due occasioni: a) i contorni o limiti di quel confine non sono perfettamente definiti, al punto che i suoi presunti caratteri identificativi non sono del tutto operativi e il «disinteresse oggettivo» rispetto agli interessi privati si sta progressivamente sovrapponendo ad interessi generali sempre più ampi; b) l'irrevocabilità, indipendentemente dalle sue eccezioni, non è possibile sapere se sia causa o conseguenza della giurisdizione in materia.

3. – Il già lungo dibattito sul grado di iniziativa probatoria d'ufficio attribuito al giudice è più politico che giuridico, poiché riguarda sostanzialmente il ruolo che corrisponde allo Stato. Tuttavia, i processi che si attuano dinanzi alle corti consuetudinarie e tradizionali del Mediterraneo spagnolo sono un magnifico esempio, svincolato da ogni nesso politico, di come la qualità possa essere accresciuta in termini di fissazione fattuale in

⁽¹⁰⁾ Eloquenti in tal senso furono le parole della Cass. pen. spagnola 13 maggio 1879, quando affermava che «le giurie e i tribunali d'acqua (...) esercitano funzioni pubbliche, in parte amministrative e in parte giudiziarie (...) giudicanti questioni di fatto tra gli irrigatori e impone determinate sanzioni con una vera forma di giudizio». V. anche Cass. amministrativa spagnola 20 febbraio 1997, n. 1194.

⁽¹¹⁾ Oltre a quelle già citate di non impugnabile, avrà altre conseguenze quali l'applicazione dello statuto di giudici e magistrati: garanzie di indipendenza e imparzialità, regole di protocollo sociale (*tratamiento y precedencia*), considerazione dell'autorità a fini penali (ai fini, tra altri, di aggressione, prevaricazione o esecuzione arbitraria del diritto degli artt. 550, 446 a 449 c.p. spagnolo).

giusto equilibrio con le garanzie. Curiosamente, di solito non si trova un riferimento a queste corti, forse perché sconosciute, disdegnate o entrambe le cose contemporaneamente. Quel che è certo è che, nelle due fasi del processo dichiarativo (le indagini preliminari e il dibattimento orale) vi è una marcata tendenza ad ottenere d'ufficio il materiale probatorio sui dati rilevanti. L'esempio del processo dinanzi al Tribunale dell'acqua di Valencia, essenzialmente equivalente in tutti i corti di questa categoria, è paradigmatico.

L'inizio delle indagini ha luogo quando chiunque, a conoscenza di un'infrazione delle ordinanze per violazione dell'equa distribuzione o per danno alle colture o al sistema idraulico, informa al *síndic* o a qualsiasi altro degli irrigatori membri della Comunità⁽¹²⁾. Quando il conflitto si verifica esclusivamente tra utenti, senza che la comunità irrigua sia considerata interessata, almeno direttamente, il *síndic* tenta una conciliazione tra le parti. Se viene raggiunto un accordo, il processo termina; in caso contrario, prosegue. Ma se l'infrazione commessa lede, da sola o congiuntamente, l'interesse della comunità, il procedimento si svolge in modo che, quantificate le somme da pagare, l'imputato sia condannato al pagamento. Per le caratteristiche dei fatti, le infrazioni di solito non lasciano tracce durature per molto tempo, quindi il *síndic* procederà immediatamente alla *visura*.

Questa consiste in una ricognizione o ispezione oculare del luogo degli eventi e anche nell'interrogatorio dei testimoni, se del caso, allo scopo di verificare *in situ* la veridicità dei fatti. Nella *visura*, il *síndic* può essere accompagnato dai cosiddetti *veedores* che agiscono in qualità di periti, importanti soprattutto per il calcolo del danno (nonché dagli *electes*, che faranno da testimoni)⁽¹³⁾. Parimenti, lo stesso *denunciante*, sia esso un privato o il *guarda* del canale d'irrigazione corrispondente, può avviare procedure di perizia. Se sorge contestazione quando queste ultime sono unilateralmente richieste dal *denunciante*, i risultati dell'attività possono

(12) Nel caso del Tribunale dell'acqua di Valencia, generalmente avviene attraverso il *guarda* o anche l'*atandador* o il *veedor*. Il primo svolge funzioni di ufficiale giudiziario; il secondo (quale equivalente dell'esperto in materia) controlla e concede l'ordine di irrigazione. Poiché l'attività di *guarda* si svolge fisicamente nello stesso sistema idraulico, è solito che acquisisca la prima conoscenza dei fatti e li metta a conoscenza del *síndic*. Il *guarda*, inoltre, soprattutto quando l'infrazione riguarda la comunità, interviene fin dall'inizio assumendo un ruolo analogo a quello del pubblico ministero. Cfr. V. Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, 2ª ed., Valencia 1988, 345.

(13) V. Fairén Guillén, *op. cit.*, 338 ss.

essere valutati in sede processuale e permettere l'eventuale condanna. Questa attività preparatoria si adatta perfettamente alle caratteristiche peculiari dei problemi di irrigazione nei terreni agricoli, contraddistinti dall'urgenza di provvedere poiché i possibili effetti delle violazioni spesso cessano di essere evidenti in un breve periodo di tempo. Una volta concluso il procedimento iniziale, sia che il conflitto sia stato limitato agli utenti tra i quali non si è raggiunto un accordo, sia che abbia riguardato la comunità e non siano stati corrisposti gli importi dovuti (sanzione, risarcimenti e spese), il *sindic* ordinerà al *guarda* di convocare verbalmente le parti per la successiva udienza. Se l'attore (*denunciant*) non si presenta, si considera avere rinunciato al proprio diritto e non semplicemente avere abbandonato il processo in analogia a quanto avviene nel processo penale. Tale inattività si risolverebbe in un'accusa non formulata e porterebbe a una pronuncia di merito, con effetto di cosa giudicata⁽¹⁴⁾.

Tutta questa attività viene svolta prevalentemente d'ufficio, non tanto in senso strettamente cautelare, quanto piuttosto come forma di assicurazione o, se del caso, anticipazione delle prove. Le attività svolte possono servire a prevenire il mantenimento o l'aumento degli eventi dannosi e delle loro conseguenze, ma non credo che abbiano un rapporto diretto con il *periculum in mora* presupposto delle misure cautelari, né i provvedimenti adottati possono ritenersi strumentali rispetto alla utilità della sentenza di merito. Invece, è orientata alla fissazione fattuale con la massima corrispondenza con la realtà e, in tal modo, finalizzata alla emissione di una sentenza di qualità superiore. Si tratta, insomma, di acquisire nel modo più veritiero possibile i fatti oggetto del processo (per questo, secondo i diversi tribunali, il *sindic*, anche giudice del corrispondente canale di irrigazione, non si integrerà nella corte, o, comunque, il giudice non interviene direttamente in questa fase), l'esatta portata del danno ai fini della sua valutazione nel dibattimento orale e dell'eventuale successiva liquidazione della sentenza. E nell'udienza del processo, questi poteri d'ufficio vengono mantenuti e persino aumentati. La parola sarà data al *denunciant*, cioè, se del caso, al *guarda* se l'infrazione lede gli interessi della comunità e dell'utente che ha sofferto un danno. In quest'ultimo caso, ogni membro del tribunale può interrogarlo d'ufficio per valutare la veridicità dei fatti denunciati e chiedergli anche di fornire le prove necessarie. Se il denunciante è il *guarda*, tale attività probatoria non sarà necessaria poiché le sue dichiarazioni, portando in giudizio i fatti, i segni e i materiali acquisiti nella

(14) Id., *op. cit.*, 348.

fase istruttoria o preparatoria nei termini visti al punto precedente, fanno prova di per sé perché «basta la parola del *guarda* che fa fede nel giudizio»⁽¹⁵⁾.

Tuttavia, è nei casi di contumacia che la prova d'ufficio acquisisce un ruolo speciale poiché il tribunale non condanna automaticamente, ma «cerca la verità dei fatti»⁽¹⁶⁾. Il «presidente e gli altri membri del tribunale possono porre le domande necessarie per la migliore informazione sul caso»⁽¹⁷⁾. Parimenti, in ogni momento il giudice può disporre il compimento della *visura* o il riconoscimento giudiziario. E sia in queste attività, come nella dichiarazione delle parti, dei testimoni e dei periti, spiccano i poteri d'ufficio del giudice. Infatti, il presidente del tribunale può disporre il confronto, chiedere i chiarimenti e porre le domande che ritiene opportune, particolarmente rilevanti quando il *guarda* agisce come *denunciant* o come testimone per la presunzione di veridicità che gli corrisponde. È frequente che la Corte chieda d'ufficio i chiarimenti che ritiene opportuni sia al *guarda* che, quando appropriato, al *síndic* del canale irriguo colpito dal conflitto (nel caso del Tribunale dell'acqua di Valencia non fa parte della corte)⁽¹⁸⁾. E lo stesso avviene con le prove testimoniali attraverso cui si possono anche ordinare i confronti ritenuti necessari; con le dichiarazioni di un perito, al quale il tribunale può chiedere ciò che ritiene opportuno al fine di un chiarimento; e con la *visura*, che può essere disposta quando il tribunale d'ufficio lo ritenga necessario, con la sospensione dell'udienza oppure alla conclusione del processo, come avviene nel processo ordinario spagnolo con le chiamate *diligencias finales*. Inoltre, il giudice può chiedere d'ufficio una proroga del procedimento, ad esempio per la rinnovazione delle dichiarazioni delle parti, testimoni o periti, o per una nuova *visura*, in breve, il Tribunale ha il diritto di iniziativa di verificare di per sé i fatti «fino ad aver acquisito la convinzione della verità»⁽¹⁹⁾.

Questa configurazione è il risultato di diverse cause storiche e sociologiche, ma quel che è certo è che i *síndics*, agricoltori privi della necessaria formazione giuridica formale ma di grande prestigio sociale e buon senso, hanno configurato un processo, con la forza dell'*auctoritas*, distaccato di pregiudizi e dubbi circa l'azione giudiziaria attiva, con senso pratico e

⁽¹⁵⁾ A.G. Rodríguez de Cepeda, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y los modernos jurados de riego*, Valencia 1920, 68.

⁽¹⁶⁾ V. Fairén Guillén, *op. cit.*, 351.

⁽¹⁷⁾ V.G. Boira, *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*, Valencia 1988, 48.

⁽¹⁸⁾ M.J. Mascarell Navarro, *El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico*, in *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, Valencia 2010, 35.

⁽¹⁹⁾ V. Fairén Guillén, *op. cit.*, 361 s.

adeguato alle particolari condizioni e caratteristiche dei conflitti, richiedendo un trattamento urgente e immediato, basato su esperienza, buon senso e praticità, con rettitudine nell'agire e guadagnando quotidiano rispetto.

Hanno così costruito un processo che, tra gli altri pregi che verranno menzionati più avanti, evidenzia fortemente l'aspirazione a una decisione di qualità ricercando la massima certezza. Per il resto, è interessante notare che, nonostante l'iniziativa d'ufficio, ad oggi non vi è alcuna denuncia, obiezione o reclamo per l'eventuale perdita delle garanzie, circostanza che non dovrebbe essere ignorata quando si affronta questo tipo di discussioni.

4. – Uno degli effetti più immediati che derivano dal fatto che i tribunali consuetudinari esercitano l'amministrazione della giustizia e, quindi, il potere giurisdizionale è che le loro sentenze sono irrevocabili e hanno effetto di cosa giudicata, a differenza di quanto accade con le decisioni amministrative, tutte provvisorie e revocabili⁽²⁰⁾. Tale circostanza ha una conseguenza pratica rilevante dal punto di vista economico in quanto, non essendo impugnabile dinanzi alla giurisdizione contenzioso-amministrativa, la Comunità non può comunque essere condannata al pagamento delle spese (art. 139 *l.* 13 luglio 1998, n. 29 *reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*). A questa irrevocabilità si aggiunge l'impossibilità di un successivo riesame per il semplice fatto che l'organigramma dei tribunali consuetudinari e tradizionali non dispone di un organo superiore per conoscere tali impugnazioni⁽²¹⁾. Per l'*auctoritas* che essi hanno in relazione alla particolare tipologia e alle caratteristiche dei conflitti in materia irrigua, nonché per il disagio pratico che la impugnazione comporterebbe.

Tutto ciò, con diversa intensità, ha portato all'irrevocabilità e al fatto che, una volta riconosciuti come veri e propri organi giurisdizionali, i conflitti si risolvono in un'unica istanza⁽²²⁾. Questa giustizia di primo

⁽²⁰⁾ V.G. Sendra, *Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación*, in *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1978, 321, osserva che mentre la decisione dell'autorità amministrativa «è provvisoria, le decisioni della giurisdizione sono definitive e vincolanti».

⁽²¹⁾ Al massimo si potrebbe chiedere una *visura* in fase di *liquidación* della sentenza, v. C. Favretto, *El Tribunal de las Aguas: Mito y evolución reciente*, in *Braçal* 2004, 204.

⁽²²⁾ In relazione al Tribunale dell'Acqua di Valencia, principalmente, v. R. Bellido Penadés, *Los medios de impugnación de las sentencias del Tribunal de las Aguas de Valencia*, in Aa.Vv., *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas*, a cura di J. Bonet e M.J. Mascarell, Valencia 2014, 379 ss. J. Bonet Navarro, *Consideraciones sobre la instancia única*

grado è possibile solo perché, sebbene presenti alcune somiglianze formali (impropriamente si parla di denuncia, *denunciant*, sanzione o pena), non è un procedimento penale⁽²³⁾, come quanto accade occasionalmente nei procedimenti civili spagnoli, ad esempio, con sentenze pronunciate nei processi verbali adeguato all'importo quando non supera i 3.000 euro (art. 455 n. 1, *l. enjuiciamiento civil*). In ogni caso, l'importante Corte cost. spagnola 12 luglio 2004, n. 113, pronunciandosi sull'impossibilità di impugnare una sentenza del Consiglio dei buoni della Piana di Murcia, ha chiarito che «il sistema dei ricorsi non ha, se non nell'ordinamento penale, nesso costituzionale (...) l'esistenza di un ricorso avverso le decisioni del Consiglio è materia che naturalmente riguarda esclusivamente la libertà di configurazione cui spetta al legislatore».

Poiché il fondamento del sistema di impugnazione nel processo civile si basa sul mero interesse a correggere le decisioni viziate, che hanno sufficiente rilevanza, si può affermare che tale interesse si riduce in ragione dell'aumento della qualità della decisione sotto il profilo della certezza.

Con l'esperienza che questi tribunali ci offrono, possiamo verificare una tendenza alla fiducia e, quindi, alla generalizzazione della giustizia di primo grado nella misura in cui aumenta l'iniziativa probatoria d'ufficio che offre una maggiore garanzia di giustizia, almeno quanto a certezza. Tuttavia, l'unicità dell'istanza nei tribunali consuetudinari è spiegata anche da altre ragioni, come l'economia procedurale e l'utilità che deriva dalla sua idoneità e praticità⁽²⁴⁾, che compenserebbe il rischio di una sentenza ingiusta, errata o erronea. A prescindere da queste specifiche circostanze, conviene comunque valutare come qui operano l'«azione di giustizia» e l'equilibrio tra la qualità risolutiva derivata dall'iniziativa probatoria d'ufficio.

Forse questo tipo di riflessione offrirebbe spunti interessanti nell'attuazione di riforme procedurali su aspetti probabilmente troppo controversi.

en los tribunales consuetudinarios y tradicionales, in *Nuevos horizontes del derecho procesal, libro homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, a cura di M. Jimeno e J. Pérez, Barcelona 2016, 49 ss.

⁽²³⁾ Gli artt. 14.5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 2.1 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali non sono di ausilio alla sua configurazione. I precetti normativi che fondano l'ordinamento giuridico spagnolo consentono di affermare che il diritto al ricorso rientra nella tutela giurisdizionale effettiva in materia penale come una delle garanzie previste dall'art. 24, comma 2°, Cost. spagnola (v. Corte cost. spagnola 18 maggio 2009 n. 120).

⁽²⁴⁾ Questi motivi sono ampiamente sviluppati da V. Fairén Guillén, *op. cit.*, 551 ss.

5. – Se qualche caratteristica risalta a prima vista nei processi attuati dalle corti consuetudinarie e tradizionali del Mediterraneo spagnolo, è la loro notevole antichità rispetto ai processi della giurisdizione ordinaria, che non sono nemmeno proprio giovani. Per il loro carattere consuetudinario e orale, unitamente ad una probabile lunga gestazione che li ha progressivamente plasmati fino alla configurazione attuale, anche se non è stato possibile datarne con precisione la nascita⁽²⁵⁾, non c'è alcun dubbio sul fatto che siano notevolmente vecchi. Questa longevità, insieme alla ripetitività di atti che creano diritto, ha condotto a una procedura di base molto efficace perché ancorata al buon lavoro, nonché al rispetto e all'autorità dei *síndic* e alla loro costante ricerca della qualità nella fissazione dei fatti, unitamente alla relativa semplicità e specificità delle questioni, come abbiamo visto, che è chiaramente finalizzata ad ottenere un alto grado di certezza nelle sentenze. Nonostante il fatto che, da un'analisi rigorosa, alcuni miglioramenti tecnici siano ancora possibili sulla base dei dubbi che sono stati sollevati⁽²⁶⁾, ci si trova al cospetto di un processo altamente

(25) Sulle origini sconosciute del Tribunale dell'Acqua di Valencia, equivalenti in tutte le altre corti consuetudinarie e tradizionali, tra gli altri v. F. J. Jaubert de Passà, *Canales de riego de Cataluña y Reino de Valencia*, tradotto in spagnolo da Fiol, Valencia 1844, 482 ss.; T.F. Glick, *Irrigation and Society in medieval Valencia*, London 1970; S. Martín Retortillo, *La elaboración de la Ley de Aguas de 1866*, in *Revista de Administración Pública* 1960, 49; A. Valiño Arcos, *Aguas y conflictividad en el mundo antiguo: a propósito de la génesis del Tribunal de las Aguas*, in Aa.Vv. *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas*, a cura di J. Bonet Navarro e M.J. Mascarell, Valencia 2014, 25 ss.

(26) Almeno in tre aspetti. Il primo si riferisce proprio all'ampia iniziativa dell'ufficio che, nonostante i vantaggi citati, non cessa di generare alcuni dubbi circa le garanzie, soprattutto l'eventuale perdita di imparzialità. Sarebbe opportuno se queste larghissime prerogative potessero essere in qualche modo delimitate per chiarire ogni dubbio circa l'apparenza di imparzialità. In secondo luogo, sarebbe opportuno rafforzare l'aspetto motivazionale. È vero che non c'è impugnazione se non il ricorso all'amparo come si è visto, ma sarebbe auspicabile un rafforzamento in tal senso. Ricordiamo che la Corte cost. 12 luglio 2004, n. 113, in consonanza con il *voto particular*, espresso in senso contrario alla sentenza emanata e in esso contenuto, di R. García, Calvo Montiel, ha affermato che il ricorso amparo «avrebbe dovuto essere accolto per mancanza di motivazione in quanto la sentenza accoglie la domanda ma non giustifica le ragioni della sua decisione», v. su questo secondo aspetto M.J. Mascarell Navarro, *Las sentencias del Tribunal de las Aguas*, in Aa.Vv., *Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas*, a cura di J. Bonet Navarro e M.J. Mascarell, Valencia 2014, 329 ss. Il terzo, vale la pena sottolineare per migliorare ciò che si riferisce all'esecuzione, che, pur funzionando correttamente, si basa praticamente sull'autorità, la conoscenza, l'onestà e il rispetto dei giudici fiduciari, anche se in alcuni casi il carattere giuridico è esecutiva garantita delle proprie decisioni (art. 13 reg. Consiglio dei buoni della Piana di Murcia) e l'art. 117, comma 3°, Cost. spagnola, non richiede la partecipazione diretta dell'organo giurisdizionale all'esecuzione, il potere di ordinare l'esecuzione degli atti dovrebbe essere garantito quando necessario, v. J. Martín Pastor, *La ejecución de las resoluciones del Tribunal de las Aguas*, in Aa.Vv., *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves*

efficiente, che si contraddistingue per rapidità ed economia, che sono proprio caratteristiche tanto ricercate quanto poco realizzate negli organi di giurisdizione ordinaria. La verità è che il rispetto e talvolta la venerazione che questi tribunali ricevono non è proprio casuale. A mio avviso, insieme a quanto già detto, questo fenomeno è dovuto al fatto che sono difficilmente superabili sotto il profilo della legittimità democratica, nonché dell'oralità, dell'economia e della rapidità che li caratterizzano, ciò che rappresenta l'aspirazione di qualsiasi riforma procedurale.

Oltre alla legittimità riconosciuta dalla stessa Costituzione spagnola insieme alla *l. orgánica del poder judicial*, da tempo immemorabile e nonostante i tanti regimi politici non proprio inclini alla democrazia a cui sono sopravvissuti, questi tribunali hanno sempre funzionato democraticamente.

Ciò si evince dal fatto che l'accesso alla carica di *síndic*, giudice, giuria o qualunque sia il loro nome, è sempre stato riservato agli stessi irrigatori, scelti tra i membri della comunità⁽²⁷⁾, con il solo requisito di possedere qualità personali di rettitudine che generano rispetto e *auctoritas*. In alcuni casi, peraltro, è anche richiesto di essere coltivatore diretto della terra per ostacolare l'accesso ai meri proprietari non agricoli.

Da parte sua, il costume ha creato un processo perfettamente adattato alle sfide che si presentano nel contesto di uno specifico «sistema idráulico»⁽²⁸⁾. Ed è così che si è configurato per alcuni aspetti un procedimento con una struttura simile al processo penale, come la fase istruttoria, con una chiara tendenza a raggiungere l'autocomposizione che consente di evitare il contenzioso e, quindi, mantenere un'attività a risoluzione relativamente bassa come manifestazione palpabile del proprio successo. E proprio l'aspirazione costante dell'attuale legislatore in relazione all'oralità, all'economia e alla velocità sono qualità che lo caratterizzano da secoli⁽²⁹⁾,

jurídicas, a cura di J. Bonet Navarro e M.J. Mascarell, Valencia 2014, 393 ss., spec. 396 e 401.

⁽²⁷⁾ Nel caso del Consiglio dei buoni della Piana di Murcia sono anche costituiti per estrazione casuale secondo gli artt. 5 e 6 reg. Consiglio.

⁽²⁸⁾ J. Cámara Ruiz, *La costumbre como fuente del Derecho Procesal y el Tribunal de las Aguas*, in Aa.Vv. *El Tribunal de las Aguas de Valencia, claves jurídicas*, a cura di J. Bonet Navarro e M.J. Mascarell, Valencia 2014, 253-70.

⁽²⁹⁾ V. Fairén Guillén, *El principio de la unidad jurisdiccional y el Tribunal de las Aguas de Valencia*, in *Revista de Administración Pública* 1978, 11, afferma che il procedimento è «disciplinato da un sistema coerente di principi procedurali (oralità-concentrazione-immediatezza-pubblicità generale, ecc.) che lo rendono esemplare», v. anche L. Cucarella Galiana, *Los principios del procedimiento ante el Tribunal de las Aguas*, in *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, a cura di J. Bonet Navarro e M.J. Mascarell, Valencia 2014, 287 ss. Id., *El*

attraverso un'estrema concentrazione, immediatezza e pubblicità tali che, in molte occasioni, i processi si svolgono completamente sulla stessa strada pubblica e, se no, sempre con la porta aperta⁽³⁰⁾. In sintesi, l'oralità, attraverso l'immediatezza, accresce la qualità risolutiva, la concentrazione, insieme al carattere non tecnico che informa l'intero procedimento e il lavoro istruttorio solitamente efficace che ne deriva nell'ottenere elementi di convinzione generalmente a basso costo (e che si verifica anche in materia che sono solitamente molto specializzati ma ripetitive e relativamente semplici), producono un risultato estremamente veloce ed economico, con procedure che durano da una a due settimane ad un costo praticamente inesistente se non intervengono professionisti.

Ci troviamo così di fronte ad un processo antico ma modernissimo, efficiente fino all'estremo, soprattutto per quanto riguarda una costante aspirazione all'efficienza e alla velocità, sempre in giusta tensione con le garanzie. Un processo che riesce a coniugare certezze, poco o nessun bisogno di impugnazione, consuetudini rispettose dei principi costituzionali, austerità e quindi economia estrema. Insomma, attuano un processo che merita di essere ricordato, non dimenticato o disdegnato per affrontare qualsiasi riforma procedurale moderna che si pretenda efficiente.

procedimiento seguido ante el Tribunal del Comuner, manifestaciones de los principios de audiencia y contradicción, in *Rollet de Gràcia de la buerta de Aldaia, tradición y costumbre en la resolución de conflictos*, Valencia 2019, 211 ss.

⁽³⁰⁾ Il Tribunale dell'acqua di Valencia ha le sue sessioni ogni giovedì alla porta degli apostoli della cattedrale di Valencia; il Consiglio dei buoni della Piana di Murcia, nell'aula plenaria del comune di Murcia o nel luogo designato sempre a porta aperta; il *Juzgado Privativo de Aguas de Orihueles* presso la propria sede a porta aperta; e il *Tribunal del Comuner*, a seconda dell'occasione, nella piazza del paese, nella sala plenaria del comune o nei locali della comunità, sempre con la porta aperta.