



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Lois modèles et Traditions nationales - Leyes modelos y tradiciones nacionales

(Model Laws and National Traditions)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the University of La Plata, Argentina.

Honorary President of the Iberoamerican Institute of Procedural Law

Frédérique Ferrand

Professor at the University Jean Moulin, Lyon 3.

Honorary professorin at the University of Augsburg, Germany.

Member of the *Institut Universitaire de France*

Abstract: The text represents the complete versión of the General Report presented at the XIV IAPL World Congress in Heidelberg, Germany, 2011.

Keywords: Model Laws. Civil Procedure.

1. Le XIVème congrès mondial de l'Association Internationale de Droit Judiciaire est consacré au thème de « *Procedural Justice in a Globalized World* » (la justice procédurale dans un monde globalisé). Ce titre traduit à la fois une réalité tant économique que juridique (la mondialisation) et un enjeu, celui de garantir des principes essentiels de justice au sein de procédures rapides et efficaces qui ne dépayseraient profondément aucun des plaideurs.



Dans le cadre du phénomène de mondialisation-globalisation se pose de façon naturelle la question de la place qu'occupent et peuvent conserver les traditions nationales face à la nécessité croissante d'harmonisation juridique, nécessité souvent justifiée par un souci de facilitation des échanges, par la recherche d'un accès égal et effectif à la justice et donc – notamment dans les organisations économiques régionales intégrées telles que l'Union européenne¹ ou le MERCOSUR créé par le Traité d'Asuncion du 26 mars 1991 entré en vigueur le 31 décembre 1994 – par une suppression des obstacles de procédure qui nuisent à une concurrence saine et peuvent provoquer des distorsions et discriminations.

2. Le rapport général consacré aux interactions entre *Lois modèles et Traditions nationales* est divisé en trois parties ; la première a été rédigée par les deux rapporteurs généraux séparément, le Professeur Berizonce ayant présenté la genèse des *Códigos modelos* ibéro-américains tandis que le Professeur Ferrand a étudié le concept de traditions nationales et les lois modèles de procédure autres que les codes modèles ibéro-américains. La seconde partie a également été partagée entre les deux rapporteurs généraux, le Professeur Berizonce ayant procédé à l'analyse du droit des pays d'Amérique du Sud tandis que le Professeur Ferrand s'est penchée sur les pays européens, les sources européennes de procédure civile pouvant avoir un effet de modèle et les Principes ALI/Unidroit de procédure civile. Enfin, la dernière partie, elle, a été co-rédigée par les deux rapporteurs généraux.

Le rapport général a été établi sur le fondement de seize rapports nationaux transmis par

¹ V. par ex. l'article 81 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) concernant la coopération judiciaire en matière civile, et qui énonce « 1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, *notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur*, des mesures visant à assurer:

- a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution;
- b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires;
- c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence;
- d) la coopération en matière d'obtention des preuves;
- e) *un accès effectif à la justice*;
- f) *l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres*;
- g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges;
- h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice ».



- le Professeur Thomas Pfeiffer, Université de Heidelberg, pour l'*Allemagne*,
- le Professeur Neil Andrews, Clare College, Université de Cambridge, pour l'*Angleterre* et le *Pays de Galles*,
- le Professeur Eduardo David Oteiza, Université nationale de La Plata, pour l'*Argentine*,
- le Professeur Benoit Allemeersch, Université catholique de Louvain, pour la *Belgique*,
- les Professeurs Ada Pellegrini Grinover et Kazuo Watanabe, Université de São Paulo, pour le *Brésil*,
- les Professeurs Álvaro Pérez Ragone et Raúl Nuñez Ojeda, Université de Valparaiso, pour le *Chili*,
- le Professeur Ramiro Bejarano Guzmán, avec la collaboration de Fredy Toscano et Camillo Valenzuela, Université Externado, pour la *Colombie*,
- le Professeur Fernando Gascón Inchausti, Université Complutense de Madrid, pour l'*Espagne*,
- le Professeur Emmanuel Jeuland, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, pour la *France*,
- les Professeurs Palayia Yessiou-Faltsi et Charoula Apalagaki, pour la *Grèce*,
- le Professeur Chiara Besso, Université de Turin, pour l'*Italie*,
- le Professeur Remco van Rhee, Université de Maastricht et le Professeur Xandra Kramer, Université de Rotterdam, pour les *Pays-Bas*,
- les Professeurs Juan Monroy Galvez et Omar Cairo, Université de Lima, pour le *Pérou*,
- le Professeur Maria Filatova, Académie russe de commerce extérieur, pour la *Russie*.
- les Professeurs Ángel Landoni Sosa, Université de la República et Santiago Pereira Campos, Université de Montevideo, pour l'*Uruguay*,
- les Professeurs René Molina Galicia et Yajaira Yrureta Ortiz, Université Central, pour le *Venezuela*.



Sur les seize rapports nationaux sur lesquels a pu se fonder le rapport général, neuf concernent des pays européens (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Angleterre, Russie) et sept des États d'Amérique latine (Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Pérou, Uruguay, Venezuela). Les rapporteurs généraux remercient vivement les auteurs des rapports nationaux pour leur synthèse riche et claire et leur analyse approfondie des rapports entre lois modèles et droit nationaux dans leur ordre juridique.

3. Afin de guider quelque peu les rapporteurs nationaux dans le large champ d'étude qu'implique le sujet *Lois Modèles et Traditions nationales*, sans toutefois les enfermer dans une approche exclusive du sujet, les rapporteurs généraux ont rédigé une introduction au thème et l'ont accompagnée d'un questionnaire non exhaustif valant davantage comme suggestion d'approche du sujet que comme modèle impératif. Le questionnaire tendait tant à percevoir les contours des traditions nationales en matière de procédure dans les divers pays donnant lieu à rapport qu'à appréhender l'intervention et la place possible de textes modèles dans les droits processuels nationaux à la faveur de diverses évolutions. Déjà en 2003, lors du XIIème congrès de l'Association Internationale de Droit Judiciaire (IAPL) de Mexico, le Professeur Chase notait que « *convergence et harmonisation sont des termes en vogue dans la doctrine comparatiste actuelle* »². Les lois modèles, terme sur lequel il conviendra de s'entendre afin de conduire l'étude, participent de ce mouvement de « *soft law* » destiné à convaincre non par un caractère obligatoire et impératif, mais par l'utilité pragmatique de l'harmonisation que la norme-modèle – qui peut être le résultat d'un certain consensus reposant sur des dénominateurs communs comme celui d'une « *better law approach* » - permet de réaliser. Se heurtent-elles à des traditions nationales fortes, vigoureuses et rigides en matière de procédure civile ? Existe-t-il encore des différences marquées entre systèmes procéduraux qui rendent rare ou difficile le recours à des « lois modèles » unificatrices ? Comme l'écrivait Loïc Cadiet dans le rapport général du XIIème congrès (Mexico 2003) consacré à « *Culture et administration judiciaire de la preuve* » à propos des différences dans les solutions nationales retenues en matière de preuve, « *ces différences ne sont sans doute pas l'essentiel : évolutives dans le temps, soumises à des influences extérieures, elles sont marquées du sceau de la relativité, ce qui fait du droit de la preuve un droit assez facilement*

² CADIET L. et CHASE O. G., « Culture et administration judiciaire de la preuve, The Culture and Science of Obtaining Information and Proof-Taking », XIIème congrès de l'IAPL, Mexico, 2003, n° 74.



universalisable »³. Cette affirmation peut aujourd'hui être étendue à d'autres champs de la procédure civile, marquée par des évolutions similaires dans nombre de pays, même si les « traditions nationales » laissent leur empreinte.

4. Confrontés souvent à des défis de même nature⁴ et notamment au souci de gestion des flux de contentieux⁵, les États tendent à intervenir de façon plus fréquente qu'auparavant pour rendre plus économiques⁶ et plus effectives les procédures juridictionnelles et, de plus en plus, pour favoriser et rendre attractifs les modes alternatifs de résolution des litiges plus souvent connus sous les acronymes *ADR (Alternative Dispute Resolution)* ou *MARC (modes alternatifs de règlement des conflits)*. La globalisation de la société a également accru le nombre de litiges transfrontières pour lesquels il peut être opportun d'adopter des règles harmonisées facilitant l'accès égal au juge de la part de toutes les parties au litige.

Dès lors, la question se pose de la possible opposition entre traditions nationales et lois modèles, ou au contraire celle de leur rencontre pour faire naître un modèle procédural « commun »⁷, au sens du *jus commune*, qui transcenderait les traditions nationales pour consacrer un modèle de procès civil universel comme s'est efforcé de l'établir, pour les litiges du commerce transnational, le groupe de travail de l'American Law Institute et d'Unidroit qui a rédigé les Principes ALI/Unidroit de

³ CADIET L. et CHASE O. G., « Culture et administration judiciaire de la preuve, The Culture and Science of Obtaining Information and Proof-Taking », XII^{ème} congrès de l'IAPL, Mexico, 2003, n°29.

⁴ V. par ex. ZUCKERMAN A.S., « Justice in Crisis : Comparative Dimension of Civil Procedure », in ZUCKERMAN A.S. (dir.), *Justice in Crisis*, 1999 : « le sentiment de crise dans l'administration judiciaire n'est en aucun cas universel, mais il est répandu. La plupart des pays évoqués dans ce livre connaissent des difficultés dans le fonctionnement de leur système judiciaire civil ».

⁵ V. GUINCHARD S., « Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite », *Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 287 qui, à propos de l'article 526 du Code de procédure civile français (CPC) qui permet au juge de radier, sur demande de l'intimé, une affaire en appel si le perdant de première instance n'a pas exécuté le jugement de première instance bénéficiant de l'exécution provisoire, relève que « *il ne faut pas se leurrer; ce dispositif n'a pas été mis en place pour tenir compte de l'amélioration de la qualité de la justice en France, comme il a été prétendu par certains, mais pour satisfaire à la seule exigence de célérité. C'est un avatar de l'ambition qui avait agité certains esprits, plus soucieux de cette célérité et d'une logique de gestion des flux que de qualité, de généraliser l'exécution de droit en première instance...* »; FERRAND F., *Répertoire de procédure civile*, v° Appel, n° 230 et s.

⁶ V. BONE R., *The Economics of Civil Procedure*, Foundation Press 2003.

⁷ Pour une appréciation critique du « caractère vain et utopique de toute entreprise d'uniformisation globale des droits judiciaires qui se heurterait à la résistance des États membres attachés à leurs particularismes nationaux », car « derrière la technicité de la procédure, l'apparente interchangeabilité de ses mécanismes, se nichent des institutions solidement ancrées dans les traditions nationales », v. NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in : BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, pp. 153 et s.



Procédure civile transnationale. C'est ainsi que de l'adoption de lois modèles par les États pourrait naître une « *fonds commun procédural* », socle fondamental sur lequel reposerait le procès civil et qui réunirait, au-delà de leurs différences, toutes les traditions procédurales.

5. **Plan** – Le rapport général abordera dans un premier temps les termes du débat (**Première partie**) pour ensuite confronter traditions nationales et lois modèles en examinant la possible interaction entre elles (**Deuxième partie**) avant de s'efforcer de tirer les enseignements de l'interaction entre lois modèles et traditions nationales au regard d'une possible « modélisation » du procès civil et des exigences actuelles en matière de justice (**Troisième Partie**).

Première Partie

Les termes du débat

6. Il conviendra dans un premier temps de délimiter les termes du débat : comment définir les traditions, qui plus est nationales (I) et qu'entendre par « loi modèle », expression qui peut avoir une acception étroite qui ne sera pas privilégiée dans ce rapport ; au contraire, nous retiendrons un sens large de l'expression afin de rendre compte de divers mouvements d'harmonisation reposant sur des incitations diverses. (II).

I. Traditions nationales -

7. L'Association Internationale de Droit Judiciaire a déjà eu l'occasion de travailler, lors de son XIIème congrès mondial, sur le thème de la culture juridique et judiciaire. Dans son discours inaugural, le Professeur Stürner relevait ainsi que « *le phénomène mondial d'homogénéisation des civilisations humaines engendre une harmonisation de la pensée juridique et ainsi des formes de procédure. Il s'avère quasiment impossible de réaliser un classement définitif des systèmes de droit du monde en cultures*



juridiques »⁸ et que les classifications classiques en procès roman, procès germanique et procès anglo-américain n'étaient plus pertinentes aujourd'hui en raison de développements récents au sein de ces différentes familles de droit⁹. Les cultures procédurales évoluent ; elles reposent en partie sur des traditions nationales, même si les deux termes de « culture » et de « *tradition* » ne sont pas interchangeables. Il convient donc de définir la notion de tradition (1.1) et de préciser ce qu'il faut entendre par « tradition *nationale* » (1.2).

1.1. La notion de « tradition ».

8. Le terme « *tradition* » - Le recours au dictionnaire permet de voir en la tradition, terme qui vient du latin *traditio* (action de transmettre) « *un ensemble de pratiques, idées, connaissances transmises de génération en génération* », « *les choses transmises de cette façon* » ou encore « *un ensemble de légendes, faits, doctrines, opinions, coutumes, usages etc. transmis oralement sur un long espace de temps* », voire une « *manière d'agir ou de penser transmise depuis des générations à l'intérieur d'un groupe* »¹⁰. Le dictionnaire Littré donne quatre sens principaux au terme de « *tradition* » : 1° « *action par laquelle on livre quelque chose à quelqu'un* » (sens qui est utilisé en droit notamment lorsque l'on fait référence à la remise matérielle d'une chose mobilière en exécution d'une obligation de délivrance, entraînant transfert de la possession¹¹) ; 2° « *transmission de faits historiques, de doctrines religieuses, de légendes, d'âge en âge par voie orale et sans preuve authentique et écrite* » (la tradition, la vraie, orale, à travers les âges ?) ; 3° dans l'Église, transmission de siècle en siècle de la connaissance des choses qui concernent la religion et qui ne sont pas dans l'Écriture sainte ; 4° « *tout ce que l'on sait ou pratique par tradition, c'est-à-dire par une transmission de génération à génération à l'aide de la parole ou de l'exemple* ».

Il ressort de ces définitions aux facettes nombreuses et variant suivant le domaine dans lequel on se situe (religieux, juridique ...) que la tradition est liée à la *transmission* : ancrage et passage de

⁸ STÜRNER R., « Procédure civile et culture juridique », *RIDC* 2004-4, p. 798.

⁹ Pour un maintien de la distinction entre *Common law* et *Civil law*, mais pas uniquement dans le cadre de la procédure, v. BULLIER A.J., *La Common Law*, Dalloz, 2007, qui met toutefois en exergue les évolutions pour partie différentes des pays dits de *Common Law*, notamment les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume Uni, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande. V. aussi V. MURRAY P., « Reception and Transmission of Procedural Law in the United States : A Two-Way Street ? », in DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Maklu éd., Anvers/Apeldoorn, 2008, pp. 326 et 331.

¹⁰ Dictionnaire Larousse.

¹¹ En ce sens, v. ROLAND H., *Lexique juridique, Expressions latines*, Paris, Litec 2010, v. *Traditio*.



valeurs, de principes, de données culturelles dans le temps, à travers l'histoire¹². La tradition serait alors un héritage immatériel qui pourrait constituer un *vecteur d'identité d'une communauté humaine*. La tradition serait alors *mémoire*, conscience collective issue d'une pratique prolongée au sein d'un groupe social. Mais comme cela a pu être relevé, se référer à la « tradition » ne peut signifier se limiter à la *conservation* des éléments d'une culture (juridique ou autre)¹³, c'est-à-dire à leur maintien dans un même état : « à sa *capacité passive de conservation, toute tradition ajoute ainsi sa capacité active d'intégration d'existants nouveaux par leur adaptation à des existants antérieurs* »¹⁴.

9. Déterminer ce qui est « tradition » serait alors la tâche de l'ethnologue. Il s'agit en effet d'examiner une position et un mouvement dans le temps. « *La tradition serait un fait de permanence du passé dans le présent, une survivance à l'œuvre* »¹⁵, « *de l'ancien persistant dans du nouveau* », « *objet glissant du passé vers le présent* » une « *conservation dans le temps* » avec cependant deux réserves : 1° la tradition n'est pas tout ce qui vient du passé, mais un « *dépôt culturel sélectionné* »¹⁶ par une opération de filtrage ; 2° la tradition suppose un mode particulier de transmission car tout ce qui se transmet ne forme pas nécessairement tradition : serait traditionnel « *ce qui passe de génération en génération par une voie essentiellement non écrite* »¹⁷. La notion de « tradition » se heurte alors à une difficulté : celle de savoir comment qualifier de traditionnelle telle ou telle valeur culturelle dès lors qu'il est impossible de vérifier si elle est « *identique à une formule d'origine qui n'a jamais été directement observée* »¹⁸. Comment alors établir clairement et avec certitude ce qui est accomplissement ou expression d'une tradition ? Comment s'ériger en juge de ce qui est tradition dans notre procédure civile nationale et de ce qui est changement ? D'ailleurs, la tradition, comme nous l'avons signalé déjà, n'exclut pas tout changement¹⁹. Dès lors, certains auteurs ethnologues²⁰ suggèrent d'abandonner les

¹² C'est d'ailleurs le sens que le terme de tradition a en sociologie : coutume ou habitude mémorisée et transmise de génération en génération, sans qu'il soit forcément besoin d'une système écrit.

¹³ V. POUILLON J., « Tradition : transmission ou reconstruction », in : POUILLON J., *Fétiches sans fétichisme*, Paris, Maspero, 1975, p. 155 et s.

¹⁴ *Encyclopedia Universalis*, v° Tradition.

¹⁵ LENCLUD G., « La tradition n'est plus ce qu'elle était...Sur les notions de tradition et de société traditionnelle en ethnologie », *terrain, revue d'ethnologie de l'Europe* n°9, oct 1987, qui est critique sur toutes ces assertions.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Supra* n°8.

²⁰ V. surtout POUILLON J., « Tradition : transmission ou reconstruction », in : POUILLON J., *Fétiches sans fétichisme*, Paris, Maspero, 1975, p. 155 et s. et not. p. 160 ; G. Lenclud, préc.



deux présupposés selon lesquels 1° la tradition serait « *un donné promis d'avance au recueil et à la connaissance* »²¹ et 2° la tradition serait enfermée dans le « *trajet qui mène du passé vers le présent* », c'est-à-dire que sa vérité serait chronologique. La tradition serait au contraire *un point de vue que les hommes du présent développent sur ce qui les a précédés*, en quelque sorte une interprétation du passé en fonction de critères contemporains²² ; la tradition est alors une « *rétro-projection* » du présent vers le passé²³. Cette analyse du terme « tradition » permet de dégager l'utilité de cette dernière : « *fournir au présent une caution pour ce qu'il est : en l'énonçant, une culture justifie d'une certaine manière son état contemporain* »²⁴. Et il faut convenir avec G. Lenclud²⁵ qu'« *il paraît assez logique d'admettre que toutes les sociétés se constituent au jour le jour des traditions en développant des points de vue sur leur passé, que toutes élèvent la tradition à la hauteur d'un argument et que chez toutes, le critère de l'« authentique » tradition n'est pas son seul contenu, bien hypothétiquement conservé en l'état, mais bien l'autorité sociale de ceux qui ont reçu pour mission (ou se sont donné eux-mêmes la mission) de veiller sur elle, c'est-à-dire d'en user* ».

10. Pour H.P. Glenn, il existe un concept de tradition juridique (nationale) distinct du système juridique (national) ; pour lui, la tradition, loin d'être morte, est un phénomène général « *de plus en plus moderne, vu le dépassement des notions vieillissantes de système* »²⁶. La tradition, c'est « *la mémoire humaine* », c'est « *ce qui nous vient du passé* »²⁷ et qu'il convient de ne pas confondre avec le processus de *tradition* qui n'est que la transmission de la tradition. « *La tradition, c'est donc l'information* »²⁸ car la capture de l'information permet de faire naître une tradition, lui donne la possibilité de se construire. « *S'il y a eu capture de l'information, comme point de départ, il faut qu'il y ait ensuite traditio, une transmission pour qu'une tradition ait la possibilité d'être vivante* », ajoute H.P. Glenn²⁹ qui constate que « *la tradition vivante existe donc comme une sorte de grande boucle ou « looping » d'information qui se*

²¹ LENCLUD G., préc.

²² POUILLON J., préc., p. 160.

²³ Comp. POUILLON J., *ibid.* : « *Nous choisissons ce que par quoi nous nous déclarons déterminés, nous nous présentons comme les continuateurs de ceux dont nous avons fait nos prédécesseurs* ».

²⁴ LENCLUD G., préc.

²⁵ Préc.

²⁶ GLENN H.P., « *La tradition juridique nationale* », *RIDC* 2-2003, p. 268 et not. p. 271.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*



déroule à travers le temps »³⁰. La tradition a un caractère normatif, car elle repose sur ce qui a été capté et préservé à travers le temps. Pour H.P. Glenn, la tradition est également ouverte en principe, car « de nouvelles informations peuvent donner lieu à un changement de cap dans la définition principale de la tradition [...]. Puisque les traditions sont ouvertes, sont expertes en comparaison et en commensuration et n'ont pas de frontières précises, elles pratiquent une sorte de dialogue constant entre elles. Dans ce jeu d'influence, et non pas de commande ou de promulgation, c'est encore une fois la persuasion qui est en jeu »³¹. Il est évident que pour pouvoir parler de « tradition », il est indispensable de se placer dans une optique comparative car les spécificités d'un ordre juridique ne ressortent bien que lorsqu'il est confronté à d'autres modèles d'organisation des rapports sociaux et juridiques.

11. La tradition peut ainsi se développer dans de nombreux domaines, dont celui du droit. Elle peut être nationale, ou internationale. L'emploi du terme « tradition » se trouve par exemple dans l'article 6.3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des *traditions constitutionnelles communes* aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Ainsi, il arrive à la Cour de Justice de l'Union européenne de constater, dans ses arrêts, l'existence de traditions communes dans le droit national des États membres ou de s'y référer de façon plus générale³², ce qui élève la tradition nationale au rang de tradition européenne³³ et permet de dégager un consensus qui conduira à des solutions en harmonie avec le droit national des États membres.

³⁰ GLENN H.P., « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2-2003, p. 272.

³¹ GLENN H.P., « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2-2003, p. 273.

³² V. par ex. CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder*, aff. 29/69 ; 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* 1970, p. 1125 : la Cour réaffirme « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect [...] en s'inspirant des *traditions constitutionnelles communes aux États membres* » ; 28 mars 2000, *Krombach c/ Bamberski*, aff. 7/98 : après avoir rappelé que le droit à être défendu " *figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres* ", la Cour de Justice renvoie à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits de la défense, protégés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³³ Sur les tradition européennes en procédure civile, v. C.H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Anvers, Intersentia, 2005.



1.2. Des traditions *nationales*

12. La « tradition nationale » ne doit pas être confondue avec la notion de « famille juridique » ou de « système juridique » au sens de la méthode comparative classique, de plus en plus discutée aujourd'hui. Les différentes classifications qui ont pu être proposées des droits, que ce soit par René David dans son ouvrage sur *Les grands systèmes de droit contemporain*³⁴, Konrad Zweigert et Hein Kötz³⁵ dans leur *Einführung in die Rechtsvergleichung* ou, de façon plus récente, par Ugo Mattei³⁶ ou Jaako Husa³⁷ tendent à créer des modèles-types (certes de plus en plus relatifs dans les théories récentes) facilitant surtout l'exposé pédagogique, mais dont le caractère avéré n'est que très relatif et temporaire, un ordre juridique pouvant, en évoluant, passer d'une catégorie à une autre. Certains de ces modèles

³⁴ V. la première édition Paris, Dalloz, 1969.

³⁵ *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3ème éd. 1996, Mohr Siebeck.

³⁶ MATTEI U., « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 5. Cet auteur propose de distinguer trois grands types de types de droits, tout en relevant que toutes les classifications sont relatives bien qu'elles soient statiques, et qu'un ordre juridique peut présenter des traits de plusieurs catégories, tout en se rattachant de façon majoritaire à l'une d'elles ; la classification retenue ne doit pas être rigide et avec le temps, un système juridique peut évoluer d'une catégorie à une autre. Les trois types de base théoriques proposés par U. Mattei reposent sur trois types de normes qui influencent le comportement des individus, et sont : la *professional law*, la *political law* et la *traditional law*. Font partie des pays reposant sur la *professional law* les pays de droit civil d'origine germanique ou romane, de même que les pays de *common law*, autrement dit les pays occidentaux avant tout. Ils se caractérisent par la séparation nette entre décisions juridiques et politiques ainsi que par un principe de sécularisation du droit. Font partie des pays fondés sur la *political law* certains pays de l'ancien empire socialiste de même que des pays peu développés d'Afrique et d'Amérique du Sud ; dans ce modèle, les processus juridiques sont largement influencés par les rapports politiques. Enfin, les pays de *traditional law* seraient ceux dans lesquels le droit et la religion n'ont pas été séparés, si bien qu'aucune sécularisation ne s'est produite : pays islamiques, Inde, pays asiatiques où le confucianisme est prégnant.

³⁷ HUSA J., « Classification of Legal Families today, Is it time for a memorial hymn? », *RIDC* 1-2004, p. 11. L'auteur relève qu'il n'existe pas de consensus sur la question de savoir comment les systèmes juridiques devraient être classifiés : en familles, cultures, traditions ou même sphères. Il propose une classification qu'il qualifie de « *dynamic classification by metamorphosis* » qui distinguerait 1° la *Western legal culture* (pays de droit romano-germanique et pays de *common law*, culture dominante dans le monde et dont les deux faces de la médaille ont tendance à se rapprocher) ; 2° *Non-Western legal culture* (pays de droit islamique et Inde) et enfin 3° *Hybrid legal culture* (systèmes juridiques mixtes ayant subi diverses influences et dont d'ailleurs, selon J. Husa, le droit de l'Union européenne serait un des éléments, de même que des pays tels qu'Israël ou le Québec (« *hybrid legal systems are an indication of the difficulty involved in the classification of legal families because in their case systems are in a continuous state of change more obviously than in other legal cultures* »). J. Husa considère que la classification qu'il suggère a l'avantage de permettre des réactions aux changements et des passages d'un groupe à un autre, ce que les classifications fondées sur la géographie ou les États nations ne permettent pas.



mettent en avant la place des trois pouvoirs dans la production du droit, le rôle spécifique dévolu à l'État et à l'organisation sociale, notamment dans le domaine de la procédure³⁸.

La tradition nationale, elle, n'impose pas de placer le pays concerné dans une des grandes classifications de la macro-comparaison des droits. Elle tend à créer et refléter un socle solide, affirmé, caractérisant les principaux traits de l'ordre juridique. Elle aussi peut évoluer, en fonction d'éléments internes comme externes. Nous verrons ainsi que dans le domaine de la procédure civile, cette évolution se fait à la fois sous la pression de contraintes internes (notamment budgétaires), internationales (les pactes et conventions relatifs aux droits fondamentaux) et sous celle de la globalisation des échanges et donc de la recherche d'une procédure parfois simplifiée, accessible et donnant à l'État concerné de « bonnes chances » d'être concurrent sur le « marché du droit du procès »³⁹.

13. Pour pouvoir mettre en exergue ce qui est spécifiquement national et traditionnel dans un État donné, il est indispensable de se livrer à l'art de la comparaison. Sinon, comment savoir où sont l'ancrage, la spécificité, les particularités d'un pays ?⁴⁰ A l'heure où le « dépassement du système » juridique national a pu être constaté par la doctrine⁴¹ en raison du renouvellement des sources du droit (et notamment de la place prise par les sources internationales ou supranationales), il a pu être souligné que la diversité dans la structure et le contenu des systèmes juridiques notamment en Europe résulte du fait « *qu'ils représentent des traditions vivantes différenciées et non pas simplement un cadre anonyme* »⁴². Il est vrai que si l'on prend l'exemple de l'Europe, on constate qu'à partir d'un modèle procédural roman commun par exemple, la France, l'Espagne ou l'Italie ont assez tôt développé des spécificités nationales dont les raisons ne sont pas toujours transparentes. Sous l'empire d'influences

³⁸ V. not. CAPPELETTI M., « Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe », 69 *Mich. L. Rev.* 847, 885-6; CHASE O. G., « American "Exceptionalism" and Comparative Procedure », 50 *American J. Comp. Law* 277 (2002); DAMASKA M. R., *The Faces of Justice and State Authority*, 1986; W.L.F. « Felstiner, Influences of Social Organization on Dispute Processing », 9 *Law and Society review* 63 (1974); TARUFFO M., « Transcultural Dimensions of Civil Justice », XXIII *Comparative Law Review* 1 (2000).

³⁹ V. BLAUROCK U. (éd.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, qui contient des rapports de droit français et de droit allemand.

⁴⁰ Très tôt d'ailleurs, dès le XVI^{ème} siècle, ont été comparés les droits romain, canonique et coutumier, v. H.P. Glenn, « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2-2003, pp. 268 et s.

⁴¹ V. not. ZÉNATI F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. I., p. 15 et not. p. 20.

⁴² GLENN H.P., « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2-2003, p. 270.



entre systèmes, de processus d'échanges et de débat vivifiés, les traditions nationales évoluent peu à peu.

14. La tradition nationale peut reposer sur un modèle de base-type qu'on pourrait dénommer un « stéréotype »⁴³. Longtemps, on a mis en exergue, en procédure, la distinction, voire l'opposition entre pays de *common law* et pays de droit civil. Cette dichotomie de base, si elle peut encore avoir quelque sens⁴⁴, tend à perdre sa pertinence en raison de rapprochements de plus en plus poussés entre les différents pays relevant de ces catégories⁴⁵. Il apparaît ainsi aujourd'hui, à la lecture des rapports nationaux, que si chaque droit national se rattache originairement à la tradition de *common law*, de droit civil branche romane ou de droit civil branche germanique, les évolutions qu'il a connues au cours des siècles et surtout au cours des vingt ou trente dernières années révèlent des tendances communes dont il conviendra de chercher à mettre au jour les raisons et objectifs. La continuité des traditions nationales sera variable d'un pays à l'autre, certains étant plus réceptifs aux changements et influences diverses que d'autres⁴⁶. Aux yeux d'un ethnologue⁴⁷, pour qu'il puisse y avoir changement, il faut « *disposer d'une référence aussi assurée que possible à ce par rapport à quoi l'on entend changer. Plus une société a les moyens de reproduire exactement le passé, plus elle est donc apte à perpétuer le changement. A l'inverse, moins une société a les outils et le souci de la conservation littérale du passé, moins elle détient la capacité, sinon de changer, de moins de projeter le changement* ». Finalement,

⁴³ V. KRONKE H., « Le cadre du projet ALI/Unidroit », in F. Ferrand (dir), *La procédure civile mondiale modélisée*, EJT éd., 2004, p. 18.

⁴⁴ V. HAZARD G., STÜRNER R., TARUFFO M. et GIDI A., « Reporters' Preface » in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. xxviii.

⁴⁵ V. ANDREWS N., *The Modern Civil Process*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht 50, Mohr Siebeck éd. 2008, n°1.02, qui écrit avec humour „*In fact English law is sandwiched between civil law of Europe and the distinctive Common law system of the USA*“ et qui décrit dans son ouvrage comment le droit anglais s'est adapté (et doit continuer à s'adapter) afin d'offrir un modèle attractif et moderne de justice civile. Comp. STÜRNER R., « Anglo-American and Continental Civil Procedure : The English Reform as a Model for Further Harmonization ? », in *The Future of Transnational Civil Litigation*, British Institute of Comparative Law 2004, p. 9.

⁴⁶ V. par ex. STÜRNER R., « Procédure civile et culture juridique », *RIDC* 2004-4, p. 803 et s. qui, à propos de la France, souligne que « *le procès français, comme célèbre représentant du procès roman, a fait preuve d'une continuité étonnante. Déjà avant la Révolution, d'une certaine façon, les ordonnances royales mirent fin à son développement. Une introduction écrite du procès était suivie – si nécessaire – d'une production des moyens de preuve devant le juge d'instruction qui, une fois la cause mise en état, renvoyait le cas à la Chambre pour que celle-ci mène le débat oral et rende une décision. Cette structure s'est conservée jusqu'à ce jour* ».

⁴⁷ LENCLUD G., « La tradition n'est plus ce qu'elle était...Sur les notions de tradition et de société traditionnelle en ethnologie », *terrain, revue d'ethnologie de l'Europe* n°9, oct 1987.



n'est-ce pas au moment où une société se dirige vers un ailleurs ou un autrement qu'apparaît rétrospectivement ce qui faisait sa spécificité ?

15. L'évolution des traditions nationales peut être expliquée par le phénomène déjà mentionné de dépassement du système juridique national par l'évolution de ses sources. Celles-ci s'ouvrent en effet à des normes internationales de plus en plus nombreuses, à un droit supranational pour les États qui font partie d'une organisation économique régionale (Union européenne, Conseil de l'Europe, Mercosur etc.). Cette multiplication des sources rend le droit plus complexe⁴⁸. Pour le simplifier par une sorte d'harmonisation volontaire, les lois modèles sont un outil de « *soft law* » auquel il peut être recouru.

11. Les « lois modèles »

16. L'expression « loi modèle » peut se voir conférer une acception stricte et étroite (2.1). Il semble toutefois aux rapporteurs généraux qu'il convient, dans le cadre de cette étude, de lui attribuer un sens plus large afin de mieux faire apparaître dans quelle mesure un effet de modélisation du procès civil national peut découler de normes qui, sans être des lois modèles à proprement parler, produisent un effet de modèle dont les États vont s'inspirer, effet qui peut même être de nature intégrante⁴⁹ (2.2).

2.1. Le concept étroit.

2.1.1. La définition de la loi modèle au sens strict

17. Au sens strict, une loi modèle est un texte sans normativité directe, qui est proposé à l'adoption des États intéressés. Sont synonymes les expressions de « loi type » ou encore de « *soft law* ». Les concepts de « loi modèle » ou « loi type » insistent sur le fait que le texte établi a pour

⁴⁸ Comp. GLENN H.P., « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2-2003, p. 274, qui estime que « l'ouverture dans les sources du droit admises par les institutions nationales et autres, indique le dépassement du système juridique et ses sources exclusives. L'ouverture s'effectue à cause de la normativité et de l'efficacité des sources nouvelles dans les situations nouvelles qui se présentent. Etant donné l'acceptation de nouvelles sources, le droit devient plus complexe et il y a plus de situations de choix qui vont être contrôlées par des méthodes de comparaison et de persuasion », ajoutant que « la *soft law* a nécessairement sa place dans cette nouvelle configuration ».

⁴⁹ V. HERB B., « The Integration Effect of European Civil Procedural Law », *European Journal of Law Reform* 4 (1) 2002, p. 13 et s.



objectif de servir de modèle pour la réglementation par les législateurs nationaux d'un domaine du droit, alors que l'expression de « *soft law* » souligne la nature non contraignante des dispositions établies, qui ne peuvent être imposées à un État, mais que ce dernier peut librement décider d'adopter s'il est convaincu de leur pertinence, de leur utilité et de leur efficacité. Il apparaît ainsi que la loi modèle au sens strict ne s'impose que par sa valeur intrinsèque, sa force de conviction et les avantages que les États peuvent voir à l'adopter. Relèvent de cette catégorie également les Principes (par exemple ceux élaborés par Unidroit) dont l'adoption est laissée à la discrétion des États, ou encore les codes modèles proposés par l'Institut Ibéroaméricain de Droit Processuel.

2.1.2. Des auteurs de lois modèles au sens strict

18. Dans ce sens étroit, la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, UNCITRAL en anglais) est par exemple un auteur de lois modèles. Il en va de même d'Unidroit, Institut International pour l'Unification du Droit Privé, ou encore de l'Institut ibéroaméricain de droit processuel qui a contribué largement à l'avènement des Codes modèles ibéroaméricains. Dans le cadre de l'Afrique, l'Unité Africaine élabore également un certain nombre d'instruments modèles, même si ses interventions n'ont pas jusqu'à maintenant concerné la procédure civile.

2.1.2.1. La CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International)

19. La CNUDCI a été créée par une résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 17 décembre 1966 afin d'« *encourager l'harmonisation et la modernisation progressives du droit commercial international* » en élaborant des instruments dont la Commission « *encourage l'utilisation et l'adoption dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial* »⁵⁰. Ces domaines clefs sont : le *règlement des différends*, les pratiques en matière de contrats internationaux, les transports, l'insolvabilité, le commerce électronique, les paiements internationaux,

⁵⁰ V. *Guide de la CNUDCI, L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Vienne, 2007, sur le site internet : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/06-58165_Ebook.pdf.



les opérations garanties, la passation de marchés et la vente de marchandises⁵¹. On constate, à la lecture de cette liste, que le règlement des litiges, dont la dimension économique ne peut être niée, figure en première place parmi les domaines d'intervention de la CNUDCI, dont la mission est d'élaborer « *des règles modernes, équitables et harmonisées sur les opérations commerciales* »⁵² car « *le commerce stimule la croissance, améliore le niveau de vie et crée de nouveaux débouchés* » qu'il s'agit d' « *accroître* »⁵³.

Forte de cette mission, la CNUDCI élabore

- des conventions, lois types et règles « *acceptables dans le monde entier* »,
- des guides et recommandations d'utilité pratique,
- des états d'informations actualisées sur la jurisprudence et l'adoption de lois commerciales uniformes.

Dans son Guide, la CNUDCI expose qu'elle utilise *trois grandes catégories de techniques* pour atteindre une harmonisation en matière commerciale : 1° les techniques *législatives* (conventions lorsqu'est recherché un haut degré d'harmonisation, telles que la convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ; lois types qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit national ; guides législatifs et recommandations⁵⁴ ; dispositions types⁵⁵ ; recueil de jurisprudence tendant à favoriser une interprétation uniforme des textes législatifs) ; les techniques *contractuelles* (qui, lors de la rédaction des contrats, permettent de renvoyer à des clauses ou règles types, par exemple une clause de règlement des différends faisant référence au règlement d'arbitrage de la CNUDCI) ; 3° les techniques *explicatives* (guides juridiques donnant par exemple des explications sur la rédaction des contrats ; déclarations interprétatives pour parvenir à l'interprétation uniforme d'un texte).

⁵¹ *Guide de la CNUDCI, op. cit.*, p. 1.

⁵² V. site internet de la CNUDCI, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/about_us.html.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Lorsque les États ne sont pas prêts à s'entendre sur une approche unique d'harmonisation ou lorsqu'aucun consensus ne règne sur la nécessité d'harmoniser le règlement de telle ou telle question, la CNUDCI peut recourir à des principes ou recommandations législatives proposant des solutions législatives possibles (v. par ex. le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de 2004).

⁵⁵ V. *Guide de la CNUDCI, op. cit.*, p. 14 et s. et spéc. p. 16.



Elle propose également une assistance technique dans le cadre de projets de réforme du droit et organise des séminaires sur le droit commercial uniforme car il ne s'agit pas seulement de faire, mais également de faire savoir.

20. Intérêt des lois types - Pour la CNUDCI, la loi type est « *un bon moyen pour moderniser et harmoniser les lois nationales lorsque l'on pense que les États souhaiteront ou devront adapter le texte type aux conditions locales qui varient d'un système à l'autre, ou lorsqu'une stricte uniformité n'est ni nécessaire ni souhaitable. C'est précisément cette souplesse qui rend une loi type potentiellement plus facile à négocier qu'un texte contenant des obligations non modifiables* »⁵⁶. Toutefois, pour que l'unification soit mieux atteinte sans doute sur sa portée, la CNUDCI recommande aux États de s'éloigner le moins possible de la loi type lorsqu'ils l'intègrent dans leur droit national⁵⁷.

L'acceptabilité des lois types rédigées par la CNUDCI résulte du processus international de négociation, auquel participent non seulement les États membres de la CNUDCI, mais également des États non membres et des organisations intergouvernementales ou non gouvernementales. Pour la CNUDCI, ceci rend les textes « *acceptables par le plus grand nombre car ils apportent des solutions adaptées à des traditions juridiques différentes et à des pays ayant des stades de développement économique différents* »⁵⁸.

21. Des domaines variés du commerce international et du règlement international des litiges -

La première loi type qui a été adoptée par la CNUDCI est celle sur l'*arbitrage commercial international* (1985)⁵⁹, qui a fait l'objet d'amendements en 2006⁶⁰. D'autres ont suivi dans le domaine du droit

⁵⁶ *Guide de la CNUDCI, op. cit.*, p. 14.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁸ *Guide de la CNUDCI, op. cit.*, p. 1.

⁵⁹ Les États suivants se sont inspirés de la loi type CNUDCI sur l'arbitrage pour réformer leur droit national : Allemagne (1998), Arménie (2006), Australie (1989, 2010), Autriche (2005), Azerbaïdjan (1999), Bahreïn (1994), Bangladesh (2001), Bélarus (1999), Bulgarie (2002), Cambodge (2006), Canada (1986), Chili (2004), Chine (Région administrative spéciale de Hong Kong (1996) et Région administrative spéciale de Macao (1998)), Chypre, Croatie (2001), Danemark (2005), Égypte (1994), Espagne (2003), Estonie (2006), États-Unis d'Amérique (États de Californie (1996), Connecticut (2000), Floride (2010), Illinois (1998), Louisiane (2006), Oregon et Texas), ex-République yougoslave de Macédoine (2006), Fédération de Russie (1993), Géorgie (2009), Grèce (1999), Guatemala (1995), Honduras (2000), Hongrie (1994), Inde (1996), Iran (République islamique d') (1997), Irlande (1998, 2010), Japon (2003), Jordanie (2001), Kenya (1995), Lituanie (1996), Madagascar (1998), Malte (1995), Maurice (2008), Mexique (1993), Nicaragua (2005), Nigéria (1990), Norvège (2004), Nouvelle-Zélande (1996, 2007),



matériel (loi type sur les virements internationaux de 1992, ou encore loi type sur le commerce électronique de 1996) mais aussi du droit procédural. Peuvent ainsi être mentionnées ici plus spécialement la loi type sur l'insolvabilité internationale de 1997 et la loi type de 2002 sur la conciliation commerciale internationale. Ces textes en matière procédurale montrent que bien que l'objectif de la CNUDCI (stimuler le commerce et la croissance en établissant des règles harmonisées pour le commerce international) ne peut pas faire l'économie de dispositions en matière de règlement des litiges, dont le coût tant financier qu'économique doit être pris en considération par les entreprises dans leur activité du commerce international. C'est ainsi que la loi type de 2002 sur la conciliation commerciale internationale propose des règles uniformes sur les aspects procéduraux de la conciliation : nomination des conciliateurs, début et fin de la procédure, conduite de la conciliation, communication entre conciliateur et parties, caractère confidentiel et recevabilité des éléments de preuve au cours d'une autre procédure, force exécutoire de l'accord issu de la conciliation etc. Des textes législatifs nationaux fondés sur cette loi type ont été adoptés dans divers pays tels que l'Albanie (2003), le Canada (2005), la Croatie (2003), le Honduras (2000), la Hongrie (2002), le Nicaragua (2005), la Slovénie (2008). Aux Etats-Unis d'Amérique, le *Uniform Mediation Act*, inspiré de la loi type CNUDCI, a été adopté en Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, South Dakota, Utah, Vermont, Washington et District of Columbia.

22. La CNUDI, dans la résolution de l'Assemblée générale adoptant une loi type, n'hésite pas à recommander « à tous les États d'envisager sérieusement d'incorporer la Loi type [...] dans leur droit interne », par exemple – pour la loi type de 2002 sur la conciliation commerciale internationale -, « car il

Oman (1997), Ouganda (2000), Paraguay (2002), Pérou (1996, 2008), Philippines (2004), Pologne (2005), République de Corée (1999), République dominicaine (2008), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Écosse (1990) et Bermudes, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni), Rwanda (2008), Serbie (2006), Singapour (2001), Slovénie (2008), Sri Lanka (1995), Thaïlande (2002), Tunisie (1993), Turquie (2001), Ukraine (1994), Venezuela (République bolivarienne du) (1998), Zambie (2000) et Zimbabwe (1996).

⁶⁰ La loi type sur l'arbitrage commercial international de 1985 porte sur toutes les étapes du processus arbitral : convention d'arbitrage, composition et compétence du tribunal arbitral, étendue de l'intervention du tribunal étatique, et reconnaissance et exécution de la sentence arbitrale. Le 7 juillet 2006 ont été réalisés des amendements au par. 2 de l'art. 1er, à l'art. 7 et au par. 2 de l'art. 35 ; un nouveau chapitre IV A remplace l'art. 17 et un nouvel art. 2A a été adopté. La version révisée de l'art. 7 tend à moderniser l'exigence de forme pour les conventions d'arbitrage afin de mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux. Le nouveau chapitre IV A établit un régime juridique plus complet sur les mesures provisoires prononcées à l'appui de l'arbitrage.



est souhaitable d'assurer l'uniformité du droit relatif aux procédures de règlement des litiges et de répondre aux exigences particulières de la pratique de la conciliation commerciale internationale »⁶¹.

Il n'est pas rare que la CNUDCI, lorsqu'elle adopte une loi type, adjoigne à celle-ci un Guide pour l'incorporation de la loi type en droit interne (autrement dit, un modèle « clé en main »). Cela est une tendance récente qui peut par exemple être constatée dans la loi type sur l'insolvabilité internationale ou encore dans la loi type relative à la conciliation commerciale internationale de 2002.

2.1.2.2. Unidroit (Institut International pour l'Unification du Droit Privé)

23. Unidroit (Institut International pour l'Unification du Droit Privé) – Les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale – Unidroit, qui fut créé en 1926 puis reconstitué en 1940 et qui comprend aujourd'hui 63 États membres⁶², est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome⁶³. Elle a pour tâche d'étudier « *des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé - en particulier le droit commercial - entre des États ou des groupes d'États et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles* »⁶⁴. Unidroit choisit les sujets sur lesquels vont se pencher des experts en fonction, souvent, de la volonté des États d'accepter une nouvelle solution de telle ou telle question sur le plan international, mais aussi des motifs

⁶¹ La résolution relative à la loi type sur la conciliation commerciale internationale souligne en outre que les méthodes de règlement des différends dénommées conciliation ou médiation « *sont de plus en plus courantes dans la pratique commerciale internationale et nationale à la place de la procédure contentieuse* », que « *le recours à ces méthodes de règlement des litiges se traduit par des avantages non négligeables, notamment en ce qu'il réduit les cas où un litige aboutit à la cessation d'une relation commerciale, facilite aux parties commerciales l'administration des opérations internationales et permet aux États de faire des économies dans l'administration de la justice* ». L'Assemblée générale estime ainsi que « *la loi type sera très utile aux États pour renforcer leur législation régissant le recours aux techniques modernes de la conciliation ou de la médiation ou pour en élaborer une dans les cas où il n'en existe pas* ». Elle est ainsi « *convaincue que la loi type [...] apporte beaucoup à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé assurant le règlement juste et efficace des litiges nés des relations commerciales internationales* ».

⁶² Les langues officielles d'Unidroit sont l'allemand, l'anglais, l'espagnol, le français et l'italien. Ses langues de travail sont l'anglais et le français.

⁶³ Unidroit entretient des relations étroites avec d'autres organisations internationales telles que la Conférence de La Haye de droit international privé et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

⁶⁴ V. site internet d'Unidroit <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103293>.



en faveur d'une harmonisation de tel ou tel domaine. L'intervention d'Unidroit porte avant tout sur la matière commerciale, mais elle n'est pas exclusive.

24. Les instruments élaborés par Unidroit sont souvent des *conventions internationales*. Mais de plus en plus sont utilisées d'autres formes d'unification dès lors que l'adoption d'un texte contraignant ne paraît pas indispensable. Unidroit a ainsi proposé tant des *lois modèles* que des *principes* à l'adoption des États. Ainsi ont été adoptées deux lois types : celle sur la divulgation des informations en matière de franchise (2002) et celle sur la location et la location-financement (2008). En matière de procédure civile, domaine dans lequel Unidroit s'était jusqu'alors montré sur la réserve, ont été élaborés des Principes de procédure civile transnationale (2003), plus connus sous le nom de Principes ALI/Unidroit⁶⁵ car ils ont été rédigés par un Comité d'étude composé de membres de l'American Law Institute et de personnalités choisies par Unidroit. La réunion des experts⁶⁶ avait été précédée de la rédaction d'une étude de faisabilité rédigée par le Professeur Stürner. Suite à cette étude, le Conseil de direction d'Unidroit a invité le Secrétariat à constituer un Comité d'étude composé d'experts siégeant à titre personnel. Les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale ont été

⁶⁵ L'initiative émanait initialement des Professeurs G. Hazard (Pennsylvania Law School, ancien directeur de l'American Law Institute – ALI -) et M. Taruffo (Université de Pavie, Italie) qui avaient, en 1997, décidé d'unir leurs efforts pour rédiger, dans le plus pur style américain, des *Transnational Rules of Civil Procedure* (sur l'une des premières versions de ces Règles, voir *Preliminary Draft* n°2 de mars 2000, publié in FOUCHARD Ph. (sous la dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute, op. cit.*, p. 173) très détaillées qui devaient permettre aux États intéressés d'appliquer des règles procédurales harmonisées pour les litiges du commerce transnational. L'accueil qui fut fait en France au premier projet, fortement marqué par l'influence américaine, avait été extrêmement négatif lors d'un colloque organisé à Paris par le regretté Ph. Fouchard le 27 octobre 2000, à tel point que ce dernier s'était demandé, en clôture de la journée, s'il avait été fait aux auteurs du projet un mauvais procès, et si ceux-ci avaient choisi « la bonne procédure » pour l'élaboration des Règles, qui avaient été inspirées de la procédure fédérale américaine. En 2003 se tint un nouveau colloque en France, à Lyon cette fois, afin que les universitaires et praticiens français s'expriment sur la nouvelle version des Principes, v. FERRAND F. (sous la dir.), *La procédure civile mondiale modélisée*, Paris, EJT éd., 2004 (Actes du colloque). L'accueil réservé aux Principes fut beaucoup plus positif que lors du colloque de Paris.

⁶⁶ Le Comité d'Étude conjoint de l'American Law Institute et d'UNIDROIT était composé de : N. Andrews (*Cambridge University*, Royaume-Uni), A. R. Kemelmajer De Carlucci (Cour Suprême de Mendoza, Argentine), F. Ferrand (Université Jean Moulin, Lyon, France), G. C. Hazard Jr. (*University of Pennsylvania Law School*, États-Unis d'Amérique), M. Kawano (Faculté de droit de l'Université de Nagoya, Japon), P. Lalive (Lalive & Associés et l'Université de Genève, Suisse), R.T. Nhlapo, (Ministre, Afrique du Sud; Membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT), R. Stürner (Université de Freiburg, Allemagne) et M. Taruffo (Université de Pavie, Italie). R.T. Nhlapo, Président du Comité, et G. C. Hazard Jr. et R. Stürner, co-rapporteurs. A. Gidi (Brésil, *American Law Institute*) a rempli les fonctions de Secrétaire du Comité.



approuvés par le Conseil de direction d'Unidroit en avril 2004 et par l'American Law Institute en mai de la même année.

25. Les trente et un Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale ont pour objectif de « *mettre en compatibilité des divergences caractérisant les règles de procédure civile des systèmes juridiques nationaux, en s'attachant aux particularités des litiges transnationaux au regard des différends strictement internes* »⁶⁷. Dans l'optique de l'American Law Institute et d'Unidroit, ils sont destinés à « *servir de lignes directrices dans la préparation de codes dans des pays dépourvus de tradition procédurale ancrée de longue date, mais peuvent aussi inspirer les réformes juridiques dans des pays qui auraient en revanche un droit de la procédure de haute qualité depuis longtemps ; ils pourraient également être appliqués par analogie dans l'arbitrage commercial international* »⁶⁸. Les Principes ne sont pas contraignants, car « *the language of binding is not essential to this function [to serve as an example or a model], since the standard is that to which people will be attracted* » ; « *these forms of law are effective because they are taken as the best practices and most legitimate source of normativity for the group of people, the network in the modern language, which makes use of them* »⁶⁹. Les Principes, dans la publication qui a en a été faite aux éditions Cambridge University Press en 2006⁷⁰, sont suivies de Règles (*Rules*) plus détaillées destinées à servir d'illustration possible pour la mise en œuvre des Principes.

Comme pour les lois types de la CNUDCI, l'intervention d'Unidroit s'est faite dans le cadre de procédures *commerciales* transnationales : en tout premier lieu est énoncé le champ d'application des Principes : le « *règlement des litiges transnationaux en matière commerciale* », même si le texte ajoute que les Principes « *peuvent être également appropriés pour la solution de la plupart des autres litiges de nature civile et peuvent constituer le fondement de futures réformes des règles nationales de procédure* ». Les Principes ALI/Unidroit, dont le contenu sera plus précisément confronté aux

⁶⁷ V. la présentation des Principes sur le site internet d'Unidroit <http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm>.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ GLENN H.P., « The ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication », *Rev. dr. unif.* 2004-4, pp. 842 et s., qui définit les Principes ALI/Unidroit comme « *the first major attempt to effect a synthesis of western procedural techniques, on a world-wide basis* ».

⁷⁰ ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006.



règlementations nationales de procédure civile dans la deuxième partie de ce rapport, ont donc un point de départ similaire aux lois types adoptées par la CNUDCI : favoriser une harmonisation (en l'espèce des principes de procédure) afin d'éviter des discriminations affectant telle ou telle partie au litige dans le cadre du *commerce international* et de permettre à chaque plaideur d'être assuré de bénéficier, devant le tribunal saisi du litige, de principes essentiels de bonne justice. D'inspiration initialement très américaine, le texte est désormais la traduction d'une recherche d'équilibre et de compromis entre tradition de *Common Law* et culture procédurale des pays de droit civil. Le secrétaire général d'Unidroit H. Kronke et le directeur de l'ALI, L. Liebman⁷¹, affirmaient ainsi être fiers d'avoir mené à terme l'entreprise et être « *certain de l'influence à laquelle elle est promise alors que l'essor du commerce global entraînera un besoin accru de systèmes de règlement des litiges recueillant la confiance des usagers* » ; ils sont convaincus « *que ce projet contribuera utilement aux efforts d'adaptation des systèmes juridiques nationaux à un environnement toujours plus interdépendant* ».

Il semble que le Mexique ait largement tenu compte des travaux en cours du groupe de travail ALI-Unidroit lorsqu'il a entamé la refonte de sa procédure civile ; le Vietnam et les pays d'Afrique⁷² ont également contacté Unidroit en manifestant leur intérêt pour les Principes.

2.1.2.3. L'Institut Iberoaméricain de Droit Processuel

26. L'*Instituto iberoamericano de derecho procesal (IIDP)* fut fondé en 1957. C'est une association qui a pour objet l'étude du droit processuel des pays de la péninsule ibérique et d'Amérique latine. Il compte plus de cent membres⁷³. L'objet de l'Institut est énoncé dans l'article 2 de ses Statuts : il s'agit essentiellement de favoriser le progrès scientifique en droit processuel ; de faciliter la connaissance exacte de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence procédurales des différents pays couverts par son champ d'étude ; de faciliter l'organisation des recherches scientifiques en matière processuelle et l'enseignement pratique

⁷¹ *Rev. dr. uniforme* 2004-4, p. 755.

⁷² V. NHLAPO R., « Keynote by the Chairman of the Joint ALI/Unidroit Study Group », *Rev. dr. unif.* 2004-4, p. 812 et s.

⁷³ Pour une présentation de cet Institut et de ses activités, voir son site internet <http://www.iidp.org/>.



de la matière ; de *promouvoir la généralisation et l'unification par des conventions internationales en matière procédurale* ; d'organiser des colloques, conférences et débats ; de contribuer à l'établissement de liens et d'échanges entre ses membres ; d'établir des liens avec les revues spécialisées dans le monde entier et avec d'autres instituts ou associations de processualistes. C'est dans le cadre de cet Institut qu'a été avancée l'idée de proposer un code modèle ibéroaméricain de procédure civile qui a fait l'objet de nombreux et longs débats et qui a finalement été adopté en 1988, suivi en 2004 par un code modèle relatif aux recours collectifs.

27. 1° El Código Procesal Civil “Tipo” para Iberoamérica (1988) - El Código Modelo se gestó laboriosamente al cabo de casi dos décadas de estudios, debates y decisiones escalonadas que culminaron con su aprobación durante las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Río de Janeiro, 1988)⁷⁴. Primero se acordó la preparación de “bases uniformes”, debatiéndose en los sucesivos encuentros los principios esenciales para finalmente estructurar el anteproyecto que fuera obra de los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart, Luis A. Torello y Enrique Vescovi. Fue el fruto de la feliz confluencia de diversos factores que se cobijaron en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, un logro que nació de la necesidad de impulsar un cambio en profundidad para transformar radicalmente los sistemas de enjuiciamiento imperantes⁷⁵ y sustituirlos por un nuevo paradigma sustentado en la idea-fuerza de la oralidad y el proceso por audiencias, con todos sus consecutarios, para superar la palmaria ineficacia del tradicional proceso escriturario y el estado de insatisfacción de la justicia.

La exposición de motivos⁷⁶ se explaya sobre los *principios rectores*, dedicando atención a la oralidad y proceso por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes. Entre las principales instituciones transformadoras que

⁷⁴ GELSI BIDART A., TORELLO L. y VESCOVI E., *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma...*, en *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 25 y ss.. Sobre los antecedentes y bases del anteproyecto: GELSI BIDART A., *Código “tipo” y reforma del proceso civil en América Latina: entre derecho común y uniforme en Un “Codice Tipo” di procedure civile per l’America Latina*, a cura di S. Schipani y R. Vaccarella, Cedam, Padova, 1990, pp. 41 y ss.. VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 20-22.

⁷⁵ Sobre el sentido transformador del anteproyecto de Código modelo: VESCOVI E. y GELSI BIDART A., *Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil*, Rev. Fac. Cs. Jurid. y Soc. de Guatemala, set.1982. VESCOVI E., *El proyecto de Código procesal civil uniforme para América Latina*, Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc., Bogotá, 1986, n° 4. GELSI BIDART A., *Código “tipo”...*, ob. cit., pp. 41 y ss..

⁷⁶ *Código Procesal Civil y Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 41-70.



recoge el código se destacan aquellas propias de la creciente publicización del proceso civil y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción; la adopción del proceso por audiencias orales; la regulación de una audiencia preliminar, con finalidades múltiples (arts. 301, 302); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes de observancia inexcusable (arts. 33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas, potestades que se acentúan en los denominados procesos sociales (art. 310); doble instancia con un juez monocrático; la organización independiente del ministerio público (art. 36 a 42); la regulación de la tutela de los intereses colectivos o difusos (art. 53, 194); la prevención de los procesos fraudulentos o colusorios (art. 64); la protección cautelar genérica (art. 280); la instauración de procesos de estructura monitoria (art. 311 a 316); la admisión de medidas conminatorias para asegurar el cumplimiento de las decisiones; la consagración, en fin, de principios y directivas generales para guiar la interpretación finalista de los preceptos procesales (art. 1 a 3). Se trataba, en definitiva, de las grandes líneas tendenciales que por entonces se avizoraban en el derecho procesal iberoamericano⁷⁷.

Una ilustrada doctrina procesal⁷⁸ ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del CMPCI y su proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra recepción en el CGP Ur. de 1989⁷⁹ y parcialmente en el CPC Per. de 1993⁸⁰.

⁷⁷ El Código “tipo”, como lo señalara VESCOVI, se inspiró en las más avanzadas instituciones de la región: el despacho saneador y el rechazo preliminar de la demanda, del derecho brasileño; el principio venezolano de que “las partes están a derecho”; los poderes del juez acordados por el código procesal argentino; el desarrollo de la prueba en audiencia de la legislación colombiana; el proceso monitorio del derecho uruguayo; el sistema apelatorio y el efecto diferido de origen costarricense y argentino, etc. (*Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo...*, en *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano*, estrato da Roma e America. Diritto Romano comune, Mucchi ed., Roma, 1997, p. 110).

⁷⁸ VESCOVI E., *Los códigos modelos. El Código Modelo para Iberoamérica*, en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLitoral, Santa Fe, 1997, p. 491 y ss.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Le code-modele de procedure civile pour l’Amerique latine...*, en *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 191 y ss.. SIMON L.M., *La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica*, relato general, *VII Seminario Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile*, Roma, 2002.

⁷⁹ La bibliografía uruguaya es amplísima. Por toda ella: VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, ob. cit., pp. 22 y ss.. VESCOVI E., director, *Código General del Proceso*, ed. Abaco, Montevideo, v. I, 1992 y sucesivos. Sobre el sistema de los principios del CGP y su fuente en el Código Modelo, v. 1, pp. 54-55.

⁸⁰ MONROY GALVEZ J., *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. aumentada, Palestra ed., Lima, 2004, *passim*, especialmente pp. 81-89; 153-165; 289-314; 315-349; 351-355; 357-377; 433-447. Del mismo autor: *La reforma del proceso civil peruano quince años después*, en *Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., AADP, Rubinzal Culzoni ed., Bs.As., 2009, pp. 125 y ss.. SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú*, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Univ. de Lima, Lima, 2008, pp. 19 y ss..



28. 2° **El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004)** - La idea surgida en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en 2002 de elaborar un ordenamiento tipo sobre procesos colectivos en base al anteproyecto presentado por los profesores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, generó de inmediato numerosos aportes doctrinarios⁸¹, en base a los cuales se aprobó finalmente en 2004 el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica⁸². A partir de entonces se ha generado un fructífero debate que sigue abierto⁸³.

Tal como se expresa en la exposición de motivos, el modelo propuesto se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existente en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas de modo de configurar un sistema típico, diferenciado de los modelos norteamericano y brasileño que le sirvieron, junto con la legislación colombiana, de principales fuentes inspiradoras.

⁸¹ THEODORO Jr. H., *Acciones populares y acciones para la tutela de los derechos colectivos*, Rev. Iberoam. Der. Proc., Nº 2, 2002, pp. 85 y ss.. Asimismo: PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, en la misma rev., pp. 165 y ss.. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Porrúa, México – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, *passim*. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *Procesos colectivos...*, ed. Porrúa, México, 2003, *passim*. GIDI A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *passim*. Asimismo, PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Proposta de Código Modelo de Processos Colectivos para Ibero-américa...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2003, nº 3, pp. 165 y ss.; MARINONI L.G., *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el "Anteproyecto de Código Modelo..."*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 4, pp. 193 y ss.; *Exposición de motivos. Anteproyecto de Código Modelo...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 5, pp. 19 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER A., *Pareceres sobre as propostas de emendas apresentadas ao Anteproyecto...*, en la misma rev., pp. 67 y ss.; CASTRO MENDEZ A.G. de, *Relatorio General Processos Colectivos...*, en la misma rev., pp. 155 y ss.; BEJARANO GUZMÁN R., *VIII Congreso Internacional... Relatorio General. De los proveimientos jurisdiccionales...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 6, pp. 51 y ss.; SAID A., *VIII Seminario... Los procesos colectivos. El anteproyecto...*, en la misma Rev., pp. 99 y ss.; LANDONI SOSA A., *XIV Jornadas Iberoamericanas. La acción colectiva para la tutela de los intereses difusos...*, en la misma Rev., pp. 123 y ss..

⁸² Exposición de motivos y texto publicado en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, año VI-Nº 9, 2006, en versión castellana y portuguesa.

⁸³ Puede consultarse los comentarios a todo su articulado en GIDI A., FERRER MAC GREGOR E., coord., *Código de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, Porrúa-UNAM, México, 2008.



2.1.2.4. Des lois modèles sur le continent africain

29. Ce n'est pas tellement dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)⁸⁴, créée par le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice), que des lois modèles peuvent être rencontrées. En effet, l'OHADA est une organisation qui a pour objectif de favoriser, sur le plan économique, le développement et l'intégration régionale ainsi que la sécurité juridique et judiciaire, notamment en dotant les États parties d'un *même droit des affaires* « simple, moderne et adapté à la situation de leurs économies »⁸⁵ et ce par le biais de lois uniformes. Le traité institue la primauté des Actes uniformes sur le droit national et leur applicabilité directe, ce qui les rend comparables aux règlements de l'Union européenne. Dès lors, les Actes uniformes ont un effet contraignant direct qui est contradictoire avec le concept de loi modèle au sens strict. L'OHADA a ainsi adopté, en matière de procédure, un Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution (10 juillet 1998) et un Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage (11 juin 1999).

30. En revanche, dans le cadre de l'Unité africaine (anciennement OUA, Organisation de l'Unité africaine, qui a été créée en 1963 puis dissoute en 2002), des lois modèles ont été adoptées, même si elles ne concernent pas le droit de la procédure. Peuvent ainsi être citées la loi type sur la biosécurité en Afrique, adoptée en 2001 et dont une révision a été envisagée récemment, ou encore la loi modèle de l'OUA pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques, qui n'a que très lentement été adoptée par les États africains.

31. Il nous semble que dans le cadre de ce rapport général, il est possible de concevoir la « loi modèle » dans un sens plus large qui permettra d'examiner l'influence d'autres sources juridiques sur les traditions nationales des États.

⁸⁴ L'OHADA regroupe actuellement seize pays (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo). La République démocratique du Congo est en cours d'adhésion.

⁸⁵ V. la brochure de l'OHADA et www.ohada.com.



2.2. Une acception large retenue par le rapport général.

32. Si une large place sera conférée, dans ce rapport, aux lois modèles telles que les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale ou les Codes modèles ibéroaméricains de procédure, il nous semble intéressant de concevoir aussi comme des modèles *trois autres types de dispositions* qui peuvent avoir un rayonnement et une influence, directe ou indirecte, sur la procédure civile nationale, incitant celle-ci à s'aligner sur un modèle qui est présenté ou bien comme impératif, ou bien comme souhaitable.

33. 1° les *principes fondamentaux de procédure civile*, tels qu'ils découlent de conventions internationales ratifiées par les États contractants (par exemple, pour l'Europe, l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ou de l'article 47⁸⁶ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a acquis force obligatoire avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 ; également, hors d'Europe, la Convention américaine sur les Droits de l'Homme également, Pacte de San José de Costa Rica, 1969). Il apparaît en effet, à la lecture des rapports nationaux, que de telles « *standards internationaux* » fondés sur les droits fondamentaux ont un rayonnement direct sur les droits et jurisprudences nationaux et les incite à faire évoluer la procédure civile afin de garantir au mieux le triptyque dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme : droit d'accès effectif au juge, équité de la procédure, et droit à l'exécution des décisions de justice.

De tels standards sont également posés dans diverses *Recommandations* du Conseil de l'Europe. Il en va par exemple ainsi de la recommandation R (98)1 sur la médiation familiale ou encore de la

⁸⁶ Article 47 : droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».



recommandation R (2002)10 sur la médiation en matière civile. Le Conseil de l'Europe, dans le cadre de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)⁸⁷ a en effet formulé un certain nombre de lignes directrices : la recommandation n° (98) 1 adoptée le 21 janvier 1998 par le Comité des ministres en matière de médiation familiale insiste sur le caractère spécifique des litiges familiaux et sur l'utilité possible du recours à la médiation en la matière, notamment afin d'assurer le maintien de relations personnelles entre parents et enfants. La recommandation prévoit que la médiation ne devrait pas être obligatoire et envisage les garanties que devrait présenter le processus de médiation. Comme la directive de l'Union européenne de 2008, la recommandation insiste sur l'utilité de mécanismes d'exécution des accords de médiation dans les législations nationales. La promotion de la médiation par programmes d'information dispensés au public est également recommandée. La recommandation n° (2002) 10 sur la médiation⁸⁸ en matière civile, adoptée par le conseil des ministres le 18 septembre 2002, reconnaît elle aussi la liberté des États membres de créer et d'organiser la médiation de la manière la plus appropriée, que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire ou en dehors. Le texte invite les États à rechercher un équilibre entre les besoins et les effets des délais pour agir en justice et la promotion d'une médiation rapide et facilement accessible (III. 6), à envisager l'aide judiciaire pour la phase de médiation (III. 9) et à rendre les frais de la médiation raisonnables et en relation avec l'importance de la question en jeu (III. 10). Les obligations et la déontologie du médiateur sont soulignées (IV. 12 et 13). En outre, la CEPEJ a constitué un groupe de travail sur la médiation qui a tenu sa première réunion à Strasbourg en mars 2006. Ce groupe a pour mandat de mesurer l'impact dans les États des recommandations du Comité des ministres existantes concernant la médiation puis d'élaborer, le cas échéant, des lignes directrices et des mesures spécifiques visant à assurer une application effective des recommandations existantes⁸⁹. Pour remplir sa mission, le groupe de travail a élaboré un questionnaire dont les réponses permettent d'obtenir une photographie de la situation en Europe. Il entend s'intéresser particulièrement aux aspects de réglementation, information, types de litiges concernés par la médiation, coût, qualité des services, formation des médiateurs, confidentialité, rôle du juge, caractère obligatoire de la médiation, prescription, exécution des accords de médiation et aux

⁸⁷ Pour la genèse de cette commission et ses nombreuses activités, v. le site internet du Conseil de l'Europe www.coe.int.

⁸⁸ Dans la recommandation, la médiation est définie comme « *un processus par lequel les parties négocient les questions litigieuses afin de parvenir un accord avec l'assistance de un ou plusieurs médiateurs* ».

⁸⁹ V. le document *Analyse de l'évaluation de l'impact des Recommandations du Conseil de l'Europe en matière de médiation*, Strasbourg, 3 mai 2007, CEPEJ (2007) 12. V. aussi Étude n°5 de la CEPEJ, *Améliorer la médiation dans les États membres du Conseil de l'Europe, Normes et mesures concrètes*.



développements futurs ainsi qu'aux obstacles actuels au développement de ce mode alternatif de règlement des litiges.

34. 2° les *directives européennes* qui, si elles n'ont pas d'effet direct, visent à la réalisation d'objectifs en laissant (plus ou moins) aux États membres les moyens d'atteindre les objectifs fixés. En matière de procédure civile *stricto sensu*, il s'agira essentiellement de la directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires et de la récente directive CE 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Notamment en matière de médiation, il apparaît que la directive est, pour un certain nombre d'États membres, l'occasion de forger également un droit interne de la médiation qui suivra lui aussi les orientations contenues dans la directive européenne, cette dernière opérant ainsi comme modèle.

35. 3° les *règlements européens instaurant des procédures européennes spécifiques* pour les litiges transfrontaliers : le règlement 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer et le règlement 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges établissent, certes, des procédures dont l'utilisation est limitée aux litiges transfrontaliers, dont ils donnent une définition stricte. Mais au-delà de ce champ d'application limité (en raison des limites à la compétence de l'Union européenne en matière législative), ne peut-on penser que les États membres, afin de parfaire la lisibilité de leur droit et de rendre ce dernier plus « *attractif* » et plus « *concurrentiel* », tendront à aligner leurs dispositions internes concernant l'injonction de payer et les petits litiges sur le modèle européen, ce qui conduirait ainsi à une modélisation ? N'est-ce pas ce que la Commission européenne espère ? Les procédures européennes intégrées serviraient ainsi de modèles à la réforme des procédures civiles nationales.

Les traditions nationales de procédure civile pourront-elles longtemps résister à ces assauts répétés du droit uniforme ? Confrontés aux lois modèles au sens à la fois large et étroit, comment les États défendent-ils (ou pas) leur traditions nationales ? La question se pose-t-elle en ces termes ? Il convient de s'interroger sur l'interaction entre lois modèles et traditions nationales.



Deuxième partie

Les traditions nationales confrontées aux lois modèles :

Quelles interactions ?

36. L'étude de la possible interaction entre traditions nationales et lois modèles impose de formuler deux questions : la *première* est celle de la possible influence des droits nationaux sur le contenu des lois modèles (I). C'est une question qui se pose *en amont*, lors de l'élaboration des lois modèles. L'influence de représentants d'un système juridique se fera-t-elle sentir dans l'esprit du texte modèle ? C'est une question qui a été soulevée notamment dans le cadre de la rédaction des Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale, dont la première version – celle des *Rules* élaborés par MM. Hazard et Taruffo – s'était vu opposer le grief d'être « très américaine ». La *seconde* question est celle de l'influence des lois modèles, une fois établies, sur la procédure civile nationale (II). Il s'agit alors de tester la « force de conviction » de normes modèles, leur intégration dans un ordre juridique donné, voire leur rayonnement au-delà de leur champ initial d'application.

I. Influence des droits nationaux sur le contenu des lois modèles ?

37. Les lois modèles adoptées sur le plan international ne sont pas créées *ex nihilo*. Elles sont le produit d'experts, de gouvernements et autres organisations qui sont imprégnés de traditions nationales. Après avoir questionné la force des traditions nationales en procédure civile (I.1.), il conviendra d'analyser comment le contenu des lois modèles est influencé par une ou plusieurs traditions, par des dispositions nationales jugées performantes (I.2).



1.1. La force des traditions nationales

38. Les grands traits des traditions nationales de divers pays européens ayant donné lieu à rapport national seront exposés et pourront être comparés avec celles des pays ibéroaméricains.

1.1.1. En Europe

39. Il est impossible, au regard de la dimension limitée du rapport général, d'entrer dans le détail des traditions procédurales nationales de tous les pays ayant donné lieu à rapport national. Diverses publications ont retracé avec brio les traditions européennes en procédure civile⁹⁰ ; il conviendra donc seulement de rappeler les modèles traditionnels dans un premier temps pour ensuite aborder leurs évolutions menant à une hybridation des systèmes nationaux de procédure civile.

1.1.1.1. Les modèles traditionnels

40. L'examen des sept rapports nationaux (Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Russie) concernant des pays d'Europe permet de constater que, hormis l'Angleterre et le Pays de Galles, tous les ordres juridiques étudiés sont des pays de tradition civiliste. Tous les rapports soulignent cette origine, pour beaucoup en reprenant les critères considérés comme typiques de cette dernière dans le procès civil : codification des normes de procédure civile⁹¹, absence de jury et place du juge – professionnel en très large part⁹² - dans la procédure, système accusatoire mais avec un rôle actif reconnu au juge⁹³, principe de publicité, rôle du juge dans l'administration de la

⁹⁰ V. notamment VAN RHEE C.H., *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia éd. 2005, qui contient tant des études nationales que des rapports de synthèse.

⁹¹ V. par exemple le rapport grec : adoption d'un code de procédure civile en Grèce en avril 1834, texte reposant à la fois sur le modèle français et sur le modèle allemand.

⁹² V. not. les rapports allemand et italien sur ce point.

⁹³ Avec des réserves pour le droit grec, qui maintient un rôle dominant aux parties dans le procès civil, v. le rapport de P. Yessioui-Faltsi, réponse à la question 1 du questionnaire.



preuve et dans l'application des règles de droit⁹⁴ ; un accès assez large aux voies de recours, encore que ceci doive être quelque peu modulé en raison de réformes assez récentes de certains droits nationaux. Il apparaît aujourd'hui que pratiquement⁹⁵ tous les droits ayant fait l'objet d'un rapport national ont une procédure civile de type « mixte »⁹⁶ entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire, c'est-à-dire une initiative du procès laissée aux parties mais une forte direction de l'instance par le juge dans un souci d'efficacité et de rapidité de la justice. De cette image de relative convergence des systèmes nationaux s'éloigne quelque peu le rapport russe rédigé par M. Filatova, qui retrace très clairement les différentes influences qu'a subies la procédure civile dans son pays : Code français de 1806 dans la seconde partie du XIXème siècle, doctrine allemande aussi avec un rôle « raisonnablement actif du juge » puis, avec la Révolution de 1917, une procédure davantage inquisitoire qui culminera à l'époque soviétique : recherche de la vérité substantielle, primauté de l'intérêt général dans le procès civil, droit pour certaines autorités de déclencher la procédure sans demande de plaideurs privés et de former ensuite un recours contre le jugement. Des changements considérables ont suivi la chute de l'empire soviétique : « *the core principles of new procedure were enshrined by the Russian Constitution of 1993, including the right to judicial protection, the independence of judges, the adversarial principle and equality of arms, as well as some other procedural guarantees and fundamental maxims* », explique Maria Filatova, qui constate que la réforme – qui s'est efforcée d'adopter certaines techniques procédurales anglosaxonnes⁹⁷ - n'a pas été couronnée de succès en raison de la faible évolution des mentalités et des pratiques.

Les droits de *common law*, eux, se caractériseraient par la place prépondérante des parties dans la procédure, un juge passif, des procédures spécifiques telles que large *discovery* et *cross-examination*, des experts choisis par chaque partie et non pas désignés par le juge. Cette image d'Épinal n'est plus actuelle depuis la grande réforme de la procédure civile anglaise de 1998 fondée sur les rapports de Lord Woolf de 1995 et 1996⁹⁸.

⁹⁴ DAMASKA M. R. (*The Faces of Justice and State authority*, 1986) a identifié plusieurs caractéristiques importantes de la procédure moderne dont la forme, selon lui, est influencée de façon conséquente par les objectifs du système procédural et par le caractère global du gouvernement de l'État. Ceci englobe des caractéristiques telles que le degré de contrôle des parties en litige sur l'obtention d'informations et de preuves, v. O. G. Chase, dans le rapport général CADIET L. et CHASE O.G. sur « Culture et administration judiciaire de la preuve », XIIème congrès IAPL, Mexico, 2003, n°71.

⁹⁵ Avec des réserves pour la Grèce, v. rapport de P. Yessioui-Faltsi, réponse à la question 1 du questionnaire.

⁹⁶ V. not. les rapports allemand, belge, français, italien, néerlandais, russe.

⁹⁷ Notamment une forme de *disclosure*, v. M. Filatova, rapport russe, n°1.1.

⁹⁸ *Access to Justice*, Londres, 1995 et 1996.



Les droits européens ont été influencés par diverses codifications et réformes qu'il convient de resituer dans le temps (a) avant de souligner quelques spécificités nationales maintenues au sein de divers ordres juridiques ayant donné lieu à rapport national (b).

a) Les grandes étapes historiques

41. Le XIX^{ème} siècle – Le Code de procédure civile français de 1806 et son expansion, suivi du ZPO allemand de 1877 - Il apparaît que les droits des pays d'Europe de tradition civiliste ont connu, avec le temps, diverses influences : d'abord celle du *Code de procédure civile français de 1806*, entré en vigueur en 1807 et qui a été largement « exporté » en Europe suite aux conquêtes napoléoniennes⁹⁹. Cette première codification était d'inspiration libérale et quelque peu conservatrice¹⁰⁰ tout en mettant l'accent sur l'oralité et la publicité de la procédure, éléments plus modernes. Le Code français servit de modèle de codification dans divers pays d'Europe, notamment la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas et certains projets de codification de territoires allemands tels que le royaume de Hanovre ou la Bavière.

Dès son adoption en 1877, le *Code allemand de procédure civile (Zivilprozessordnung, ZPO)* est devenu un modèle qui a influencé d'autres pays tels que l'Autriche, la Grèce ou encore le Japon, mais également la France¹⁰¹ en raison du fait que, bien que l'Alsace-Lorraine fût redevenue française en 1919, le ZPO ne fut pas abrogé sur ce territoire, ce qui permit au droit allemand d'être matière de comparaison et d'influence lors des réformes françaises de procédure civile. Il convient en outre de souligner l'influence doctrinale d'Henri Motulsky, juriste d'origine allemande imprégné de certaines

⁹⁹ V. VAN RHEE C.H., « Introduction », in VAN RHEE C.H. (éd.), *European Traditions in Civil Procedure*, Anvers/Oxford, Intersentia 2005, p. 6. Ce fut ainsi notamment le cas en Belgique, dans la partie nord des Pays-Bas, à Genève ainsi que dans divers territoires situés sur la rive gauche du Rhin. C'est seulement en 1967 que la Belgique remplaça le modèle français par un nouveau texte, le Code judiciaire, alors que les Pays-Bas adoptèrent un nouveau code de procédure civile qui entra en application dès 1838. Les territoires allemands de la rive gauche du Rhin continuèrent à appliquer le code français de procédure civile jusqu'à l'entrée en vigueur, en 1879, du ZPO de 1877 adopté suite à la réalisation de l'unité allemande en 1871 par Otto von Bismarck.

¹⁰⁰ V. VAN RHEE C.H., « Introduction », in VAN RHEE C.H. (éd.), *European Traditions in Civil Procedure*, Anvers/Oxford, Intersentia 2005, p. 11 : "French non-interventionist liberal model of civil litigation".

¹⁰¹ V. not. VAN RHEE C.H., « Introduction », in VAN RHEE C.H. (éd.), *European Traditions in Civil Procedure*, Anvers/Oxford, Intersentia 2005, p. 11.



conceptions germaniques du procès civil notamment quant au rôle actif du juge, sur le Nouveau Code de procédure civile français de 1976¹⁰².

42. **La modernité : le Code autrichien du 1^{er} août 1895** - En 1895 apparut un nouveau modèle de codification : le Code autrichien de procédure civile (*österreichische Zivilprozessordnung*)¹⁰³ rédigé par Franz Klein, qui tranchait considérablement avec l'esprit libéral du code français de 1806. Pour Klein en effet, le procès civil avait une fonction sociale (*Sozialfunktion*) et ne pouvait être uniquement la chose des parties. Le procès comme phénomène concerne la société dans son entier, et doit avoir une fonction d'intérêt général (*Wohlfahrtsfunktion*)¹⁰⁴ qui n'exclut pas la prise en compte de perspectives économiques. De cette vision moderne et presque futuriste du procès civil découlait la nécessité de revoir l'équilibre de la répartition des pouvoirs entre les parties et le juge, ce dernier devant pouvoir fonder ses décisions sur la vérité substantielle des faits et devant dès lors bénéficier de pouvoirs d'investigation¹⁰⁵. Dès cette époque, Klein soulignait que le procès, en tant que phénomène social, devait être à la fois rapide, effectif et avoir un coût faible. Les traits caractéristiques du procès civil autrichien devinrent en 1895 le recul du rôle des défenses préalables (exceptions de procédure), les larges pouvoirs du juge en matière de direction de la procédure (contrôle du respect des délais, pouvoirs de clarification des faits du litige), la division du procès en une phase préalable écrite de mise en état puis une audience en principe unique, une application stricte des règles de forclusion et la communication à la partie adverse des pièces de procédure soumises au tribunal¹⁰⁶.

¹⁰² Sur les codes français de procédure civile, v. CADIET L. et CANIVET G. (dir.) ;, *De la commémoration d'un Code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec 2006 ; FOYER J. et PUIGELIER C., *Le Nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Paris, Economica, 2006.

¹⁰³ Ce code entra en vigueur en 1898.

¹⁰⁴ V. KLEIN F., *Pro Futuro, Betrachtungen über die Probleme der Zivilprozessreform in Oesterreich*, Leipzig/Vienne, 1891.

¹⁰⁵ Dans le code autrichien de 1895, le juge civil peut d'office rassembler des preuves et les évalue librement ; les parties ont une obligation de dire la vérité (*Wahrheitspflicht*) ; la procédure est divisée en une phase d'instruction préalable, écrite, et une audience en principe unique. Pour de nombreux détails sur le code autrichien de 1895, v. VAN RHEE C.H., « Introduction », in VAN RHEE C.H. (éd.), *European Traditions in Civil Procedure*, Anvers/Oxford, Intersentia 2005, p. 12 et s.

¹⁰⁶ V. VAN RHEE C.H., *Civil Litigation in Twentieth Century Europe*, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire du droit* LXXV 2007, p. 307 et s. et STÜRNER R., « Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen – von Deutschland aus gesehen », in HABSCHEID W. (éd.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld, 1991, p. 19.



Ce code de 1895¹⁰⁷ eut une influence notamment sur le droit allemand (par exemple lors de la réforme de 1924 par la *Emminger-Novelle*)¹⁰⁸ de même que sur la procédure civile néerlandaise et dans les pays d'Europe de l'Est qui bénéficièrent de l'influence conjuguée des modèles allemand et autrichien. Il semble qu'une influence se soit également exercée en Italie¹⁰⁹, Scandinavie, en Grèce, au Liechtenstein ainsi que dans le canton de Zurich¹¹⁰.

43. **Le XXème siècle : une suite de réformes** – Sans prétendre à l'exhaustivité, deux réformes majeures réalisées au cours du XXème siècle peuvent être mentionnées¹¹¹ : 1° l'adoption en France du *Nouveau Code de procédure civile en 1976*, qui tend à trouver un équilibre acceptable et efficace entre le rôle des parties et les pouvoirs du juge, renforçant ces derniers afin de permettre au litige d'être résolu de façon effective dans un délai correct après une véritable coopération entre juge et parties. La phase de mise en état est renforcée et maîtrisée par la création d'un juge spécial, le juge de la mise en état ; la place de la vérité dans le procès est revalorisée, de même que les pouvoirs du juge en matière probatoire. Des Principes directeurs dont la qualité a pu être admirée par de nombreux juristes ont été introduits en tout début du Code. 2° les nouvelles *English Civil Procedure Rules* de 1998¹¹², qui ont contribué à rapprocher nettement¹¹³ la procédure civile anglaise de celle des pays d'Europe

¹⁰⁷ Le Code de 1895 s'appliqua en Slovénie, faisant à l'époque partie de l'Empire austro-hongrois. A la fin de la première guerre mondiale, la Slovénie devint partie de la Yougoslavie, qui en 1929 adopta le modèle du code autrichien de F. Klein, v. GALIC A., « Das Slowenische Zivilprozessrecht zwischen Transmission, Kontinuität und Transformation », *Ritsumeikan Law Review* n°27 mars 2010, p. 117, qui relève qu'en Yougoslavie, la procédure civile a moins été marquée par le régime communiste qu'en Allemagne de l'Est ou en Hongrie. A compter de l'indépendance de la Slovénie en 1991, la question s'est posée du rôle passif ou actif du juge, mais nombre de juristes associaient le pouvoir de direction de l'instance par le juge au droit socialiste et se montraient dès lors favorables à un juge passif laissant l'initiative aux parties.

¹⁰⁸ Droit allemand et droit autrichien se trouvent toutefois, hier comme aujourd'hui, dans une situation de « fertilisation croisée » car les deux droits s'influencent mutuellement, suivant les questions procédurales envisagées, v. VAN RHEE C.H., « Introduction », préc., p. 13.

¹⁰⁹ V. rapport national de Ch. Besso, réponse à la question 2.

¹¹⁰ VAN RHEE C.H., « Civil Litigation in Twentieth Century Europe », préc.

¹¹¹ Comp. VAN RHEE C.H., « Introduction », préc., p. 15 qui mentionne également le Code judiciaire belge, mais pour dire qu'il n'a pas suivi le modèle germanique du ZPO et que le législateur n'a pas fait les choix fondamentaux nécessaires, ce qui a conduit à un maintien de la culture procédurale existante.

¹¹² V. not. ZUCKERMANN A.S., « Court Control and Party Compliance – The Quest for Effective Litigation Management », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 143 et s.

¹¹³ V. VAN RHEE C.H., « Introduction », préc., p. 21, pour qui « *the English CPR may be viewed as the culmination of the development instigated by the Austrian Code* »



continentale¹¹⁴ en raison du rôle considérablement accru reconnu au juge civil anglais (*case management*)¹¹⁵, notamment mais pas uniquement dans la phase dite de *pre-trial*. La place accordée au *pre-action protocols* dans le but de faciliter l'échange d'informations entre parties avant même l'action en justice doit aussi être soulignée : il s'agit de promouvoir une solution amiable le plus tôt possible, sur le fondement d'informations relatives au litige. Il en va de même du renforcement procédural des *settlement offers* (Part. 36 CPR). Les nouvelles CPR prévoient également trois circuits possibles en fonction de la nature de l'affaire, du montant en jeu et de sa complexité : le *small claim track*, le *fast track* et le *multitrack*. Les règles en matière d'expertise ont également permis de rapprocher le droit anglais des droits continentaux¹¹⁶. Le nouveau modèle anglais a été examiné avec intérêt par divers législateurs nationaux¹¹⁷ et certains affirment que « *chances are considerable that the new English Rules will influence legal development in other countries* »¹¹⁸.

Il convient d'y ajouter la grande réforme espagnole par la *Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC – 1/2000 du 7 janvier 2000 qui peut être considérée, en Espagne, comme « *an historic event for the administration of justice* »¹¹⁹. Elle a considérablement modernisé la justice civile, simplifié et rationalisé tous les types de procédure¹²⁰ tout en maintenant comme principe fondamental le principe dispositif ; ont été consacrés les principes d'oralité, de concentration et d'immédiateté (*immediación*)¹²¹.

¹¹⁴ V. ANDREWS N., « English Civil Justice in the Age of Convergence », in WALKER J. et CHASE O.G., *Common Law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis Nexis Ontario, 2010, p. 97 et s.

¹¹⁵ Selon N. Andrews, auteur du rapport national anglais, le *case management* a trois objectifs essentiels : 1° encourager les parties à un règlement amiable de leur litige ; 2° éviter que l'affaire ne progresse pas suffisamment pour être jugée ; 3° garantir que les ressources de la justice soient attribuées de façon adéquate. Dès lors, le juge, dans l'exercice de ses *managerial responsibilities*, a les missions suivantes relevées par N. Andrews : a) *co-operation and settlement* ; b) *determining relevance and priorities* ; c) *making summary decisions* ; d) *maintaining imperus : fixing time-tables and controlling the progress of the case, giving directions* ; e) *regulating expenditure*.

¹¹⁶ Sur les traits caractéristiques de la procédure civile anglaise avant la réforme, et not. la distinction entre *Common law* et *Equity*, v. C.H. van Rhee, « Introduction », préc., p. 16 et s.

¹¹⁷ Pour le droit néerlandais, v. VAN RHEE C.H., « Introduction », préc., p. 19.

¹¹⁸ VAN RHEE C.H., « Civil Litigation in Twentieth Century Europe », *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire du droit* LXXV 2007, p. 307 et s.

¹¹⁹ DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ I., « The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 33 et s., qui parle de l'état de chaos dans lequel se trouvait la procédure civile espagnole – uniquement écrite – avant l'adoption de la réforme de 2000.

¹²⁰ DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ I., préc., pp. 39 et s.

¹²¹ DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ I., préc., p. 43 : « *The aim of the LEC is to concentrate the juicio (the plenary arguments and evidentiary parts of the proceedings) to a single main hearing. This presupposes that there has been adequate clarification and narrowing of the issues in the preparatory stage so that the remaining issues can be dealt with in a single court session* ».



Au début du XXIème siècle peut ainsi être dressé un constat de convergence de plus en plus poussée entre procédures civiles nationales. Comme le relevait Remco van Rhee en 2005 déjà¹²² à propos des pouvoirs renforcés du juge civil, se référant à l'opinion de P. Oberhammer, « *the German speaking countries are quite content with their achievements in this context, while other countries still are [...], somehow reluctant to accept that the active judge reaches practically all of the objectives of civil litigation more effectively. Nevertheless, as a result of these developments, and albeit that differences continue to exist, one may – in my opinion – nevertheless claim that the age-old gap between the procedural families in Europe, especially the gap between the Civil law and the Common law countries, has been reduced in size* ». Mais cela n'exclut pas le maintien de spécificités nationales ancrées, souvent, dans la tradition.

b) Maintien de spécificités nationales

44. Le questionnaire adressé aux rapporteurs nationaux interrogeait ces derniers sur ce qu'ils qualifieraient de « spécificités nationales » concernant la procédure civile de leur pays. Cela supposait un regard à la fois à distance et enrichi de la connaissance d'autres droits nationaux. Les réponses ont été diverses. Pour l'Allemagne, Th. Pfeiffer souligne le caractère « hautement technique » de la procédure civile, ainsi que l'influence forte qu'exerce sur les règles de procédure la *Grundgesetz* de 1949 telle qu'interprétée par la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) dont il a pu être écrit qu'elle produit « *la législation sans doute la plus actuelle en matière de procédure civile* »¹²³. La Constitution est la norme-phare du droit allemand. Elle connaît une expansion considérable et a un rayonnement très fort en droit processuel. Cette « constitutionnalisation » de la procédure civile par l'effet d'attraction des droits fondamentaux se produit également dans d'autres pays d'Europe (dont la France¹²⁴) et en Amérique latine, comme cela est démontré dans ce rapport¹²⁵.

¹²² VAN RHEE C.H., « Introduction », préc., p. 22.

¹²³ SCHUMANN E., « Grundgesetz und Zivilprozess », *ZZP* 96 (1983), p. 199 et s.

¹²⁴ V. GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 30^{ème} éd. 2010, n°32.

¹²⁵ *Infra* n°124 et s.



45. Au contraire, B. Allermeersch, dans le rapport *belge*, souligne les nombreuses influences qu'a subies la procédure civile dans son pays : influences française, néerlandaise, partiellement allemande et italienne aussi, si bien que pour lui, les règles belges sont « *such a mix of foreign elements* ».

46. Fernando Gascón Inchausti, pour l'*Espagne*, montre clairement comment à partir d'une tradition juridique commune, le droit espagnol s'est éloigné des règles du procès roman pour développer des spécificités qui ne peuvent se rencontrer nulle part ailleurs ou presque¹²⁶ : absence de pouvoir d'instruction du juge civil, pouvoir absolu des parties pour déterminer les moyens de fait et de droit qui fonderont la demande (ou la défense) et que le juge ne pourra modifier d'office. De même, seules les parties peuvent proposer des preuves, le rôle du juge se limitant « *à décider si les preuves sont admissibles et à administrer la preuve en pratique* » ; il ne peut d'office ordonner une expertise par exemple, ou la production de certains documents. Les règles de forclusion sont très strictes : la loi fixe des délais que les parties ne peuvent s'entendre pour écarter. La voie d'appel est largement ouverte (tous jugements de première instance en sont susceptibles) alors que l'accès à la cassation est limité aux affaires mettant en jeu plus de 150 000 euros. Enfin, les mesures d'exécution forcée ne sont pas diligentées par un huissier de justice mais relèvent de la compétence du tribunal¹²⁷.

47. Emmanuel Jeuland, rapporteur *français*, relève comme traits très spécifiques à la procédure civile française, la place de la tentative préalable de conciliation¹²⁸ (qui fait d'ailleurs partie des Principes directeurs du procès dans l'article 21 CPC¹²⁹), la place de la procédure orale, la procédure de mise en état existant en France depuis 1937 mais qui s'est surtout développée avec le Nouveau Code de procédure civile de 1976¹³⁰, le système de preuve légale en matière civile (exigence en principe d'un écrit pour la preuve des actes juridiques au-delà de 1 500 euros) ou encore le style très particulier et

¹²⁶ V. aussi RAMOS MÉNDEZ F., « La conception du procès civil hors de France : le cas espagnol », in : CADIET L. et CANIVET G., *De la commémoration d'un Code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, pp. 311 et s.

¹²⁷ V. art. 24 et 117 de la Constitution espagnole.

¹²⁸ Sur ce point, le droit allemand a rejoint le droit français lors de sa réforme du 27 juillet 2001 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

¹²⁹ Art. 21 CPC : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

¹³⁰ Les pouvoirs du juge dans la phase de mise en état ont également été considérablement étendus en droit anglais par la réforme de 1998 des *Civil Procedure Rules*.



presque unique en Europe des arrêts de la Cour de cassation, dont la forme renvoie au syllogisme judiciaire le plus pur et dont la concision oblige parfois le lecteur à se perdre en conjectures sur le sens exact de la décision. Cette concision formelle des motifs s'explique par des raisons historiques : la méfiance de la Révolution envers les anciens Parlements et la volonté de ne faire du juge que la « bouche de la loi » en lui interdisant même, dans un premier temps aujourd'hui révolu, d'interpréter lui-même la loi¹³¹. Même si le juge français, aujourd'hui, ne se prive guère d'interpréter la norme juridique de façon parfois très créatrice, les traditions ont la vie dure et la Cour de cassation dissimule sa jurisprudence créatrice sous l'habit du syllogisme judiciaire faisant découler de la norme visée dans l'arrêt les conséquences juridiques – souvent peu évidentes pourtant – que les juges de cassation entendent en tirer. On pourrait ajouter qu'un des traits caractéristiques de la procédure civile française repose aussi sur l'autorité dont les règles émanent : depuis la Constitution de 1958, le pouvoir d'édicter des normes juridiques est réparti entre le parlement et le gouvernement¹³², qui intervient alors par décrets¹³³. Les règles de procédure civile relèvent pour l'essentiel¹³⁴ du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire du gouvernement. Cela n'est pas neutre en terme d'intervention : aucun débat démocratique n'a lieu en assemblée, aucun amendement ne peut être déposé, et le gouvernement réforme la procédure civile à petites touches, suivant des logiques qui ne sont pas toujours, loin de là, portées par une vision d'ensemble de la procédure¹³⁵ et de ce qu'elle devrait être pour que soient garantis son efficacité, son caractère équitable et l'effectivité de la protection judiciaire.

¹³¹ Le juge devait, en cas de nécessité d'interprétation, solliciter le parlement qui l'avait adoptée : procédure du référé législatif, abrogée en 1837.

¹³² Art. 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹³³ En vertu de l'art. 34 Const., la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie. Selon l'art. 37, « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

¹³⁴ La création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats relèvent en revanche de la loi au sens formel.

¹³⁵ V. GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 30^{ème} éd. 2010, n°57 : « *la justice française a certes su évoluer pour répondre à la nécessité de respecter les garanties du procès équitable, mais se trouve confrontée à une autre pression, une autre logique, celle du new public management, qui met l'accent sur le rendement, le productivisme et l'efficacité de l'exercice de la fonction juridictionnelle* », qui parlent aussi de « *vision purement gestionnaire de la procédure* » de la part du gouvernement; comp. CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 6^{ème} éd. 2009, n°33.



48. En Grèce, Charoula Apalagaki souligne le rôle dominant des parties dans le procès civil : « *principle of free disposition by the parties* » qui correspond au principe d'initiative confiant aux parties seules l'initiative de la procédure (art. 106 CPC et art. 559 par. 9) et est relié au « *principle of parties' initiative* » (art. 108 CPC) selon lequel toutes les étapes procédurales relèvent de l'initiative des parties sauf disposition contraire de la loi; « *principle of parties' presentation* » (art. 106 CPC) selon lequel les parties doivent fournir toutes les allégations de fait au soutien de leurs prétentions ainsi que les preuves les étayant; *principe de concentration* (art. 269 et 527 CPC) en vertu duquel les parties doivent soumettre toutes les allégations de fait, moyens et prétentions lors de la première audience¹³⁶. Le rapport de Ch. Apalagaki souligne la spécificité du modèle grec : le juge n'a pas réellement de pouvoir de direction de l'instance, il n'est pas un *manager*. En outre, en première instance, la procédure est centralisée en une seule audience au cours de laquelle les parties sont tenues de présenter toutes leurs allégations de fait et éléments de preuve. Il apparaît ainsi que la Grèce se distingue encore aujourd'hui par cette réserve à l'égard d'un juge actif.

49. L'Italie est également décrite par Chiara Besso comme un pays « *reflétant encore la tradition civiliste du 19^{ème} siècle* » : les règles probatoires ne sont guère innovantes, certains modes de preuve passés de mode (tels que l'aveu¹³⁷) demeurent réglementés, le formalisme joue un rôle important. Toutefois, quelques évolutions sont soulignées¹³⁸, comme le pouvoir du juge d'ordonner la production de documents déterminés en possession d'une partie ou d'un tiers (art. 210 CCP), l'introduction de procédures probatoires avant tout procès (en 2005) ou encore l'admission d'attestations (témoignages écrits, en 2009). Chiara Besso constate que les évolutions italiennes ont reposé sur la nécessité de lutter contre la durée excessive des procédures mais se sont parfois contredites entre elles. L'évolution italienne récente rejoint les grandes lignes du procès continental dégagées plus haut¹³⁹.

¹³⁶ Depuis 2001, une seule audience est prévue pour le procès civil en Grèce.

¹³⁷ Le droit français réglemente lui aussi l'aveu, qui demeure un mode de preuve.

¹³⁸ V. aussi TROCKER N., « Die Entwicklung des italienischen Zivilprozessrechts 1918-2008 », *ZZPInt.* 14 (2009), pp. 103 et s.; CAPONI R., « Italian Civil Justice Reform 2009 », *ZZPInt.* 14 (2009), pp. 143 et s. ; CARPI F., « Quelques remarques sur les réformes du procès civil en Italie », in : CADIET L. et CANIVET G., *De la commémoration d'un Code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, pp. 301 et s.

¹³⁹ *Supra* n°40.



50. Les caractéristiques propres au *droit anglais* sont décrites en cinq points par Neil Andrews, mais on constatera qu'elles ne sont pas toutes, loin de là, opposées aux droits continentaux : 1° un juge professionnel statuant à juge unique ; 2° les demandes en justice portant sur des enjeux importants (notamment en matière commerciale) donnent lieu à diverses phases procédurales de mise en état et de possibles demandes parallèles de mesures provisoires ou conservatoires ; 3° chaque plaideur court le risque de devoir payer les frais de justice (dans une limite raisonnable) de l'adversaire si ce dernier gagne le procès (ceci est certes différent du droit américain, mais pas de nombreux droits européens); 4° la distinction professionnelle entre divers types de « *litigation lawyers* » a été maintenue ; 5° une audience de plaidoirie (*trial*) est rare car la plupart des affaires donnent lieu à règlement amiable (*settlement*). Le rapporteur ajoute les nouveautés pratiques introduites par la réforme Woolf dont il a déjà été question¹⁴⁰ et qui démontrent une convergence accentuée entre droit anglais et droits d'Europe continentale.

51. Cette convergence semble tout d'abord moins nette entre le droit russe et le mouvement global de rapprochement décrit plus haut. Maria Filatova souligne en effet trois spécificités de la *procédure civile russe* qui lui semblent propres: 1° l'absence de représentation obligatoire par avocat devant les juridictions civiles, même devant les cours les plus hautes ; 2° les délais très stricts à respecter par le tribunal pour statuer (trois mois pour un jugement civil en principe)¹⁴¹ ; 3° le régime des voies de recours, encore sous l'influence de la procédure soviétique même si des modifications sont intervenues : de nombreuses voies de recours existent, le système est complexe : « *even after numerous modifications, this system still includes three levels of courts having powers to quash judgments in supervisory review procedure, and grounds for quashing cited above are rather vague. This gives reasons to doubts in consistency of this remedy with the principle of legal certainty and stability of judicial decisions as one of its core elements. Despite constant reforms of supervisory review in courts of general jurisdiction, the violation of legal certainty principle and of Art. 6(1) of the European Convention is frequently stated out by the European Court of Human Rights* » note M. Filatova, mais la tradition a la vie dure puisque les juristes russes considèrent en general qu'un système très ouvert de voies de recours constitue un outil indispensable de correction des erreurs judiciaires et donc de protection des droits.

¹⁴⁰ *Supra* n°43.

¹⁴¹ En revanche, la procédure civile russe ne distingue pas plusieurs circuits selon la nature de l'affaire et sa complexité.



Néanmoins, tous les droits nationaux étudiés ont donné lieu à des réformes plus ou moins récentes dont il peut être affirmé qu'elles vont, pour la plupart, dans une direction similaire de recherche d'efficacité et de rapidité.

1.1.1.2. Les évolutions

52. Déjà en 2003, lors d'un colloque à Florence organisé par eux, MM. Trocker et Varano relevaient de façon synthétique¹⁴² les grandes tendances du mouvement de réforme de la procédure civile entamé dans de nombreux États européens¹⁴³ :

- la *première tendance*, relevaient-ils, est, tout en garantissant effectivement la protection des droits dans un délai raisonnable et à un coût raisonnable, de considérer qu'il n'est pas possible d'appliquer le même modèle procédural à toutes les affaires. Au contraire, la *flexibilité*¹⁴⁴ est requise, qui doit permettre une adaptation de la procédure et de son coût en fonction des spécificités de chaque affaire ; l'exemple anglais des *Civil Procedure Rules* en est topique, qui distingue trois circuits possibles : *small claim track*, *fast track* et *multi track*¹⁴⁵.

¹⁴² TROCKER N. et VARANO V. (éd.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, p. 247 et s.

¹⁴³ Comp. FERRAND F., « La conception du procès civil hors de France », in : CADIET L. et CANIVET G., *De la commémoration d'un Code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, pp. 277 et s.

¹⁴⁴ V. Part. 1.1. CPR (Civil Procedure Rules) proclamant le *overriding objective* suivant : (1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.*

(2) *Dealing with a case justly includes, so far as is practicable –*

(a) *ensuring that the parties are on an equal footing;*

(b) *saving expense;*

(c) *dealing with the case in ways which are proportionate –*

(i) *to the amount of money involved;*

(ii) *to the importance of the case;*

(iii) *to the complexity of the issues; and*

(iv) *to the financial position of each party;*

(d) *ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and*

(e) *allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases".*

¹⁴⁵ Illustrant cette recherche de flexibilité, v. aussi l'usage fait du référé en France, notamment à des fins probatoires (art. 145 CPC), mais pas uniquement, ou encore le Code allemand de procédure civile (ZPO) qui permet au juge d'adapter la procédure en fonction de l'affaire, en choisissant ou bien la voie d'une audience préalable (§ 275 ZPO) ou bien celle d'une phase d'instruction écrite (§ 276 ZPO).



- la *deuxième tendance* concerne les *délais de procédure*, c'est-à-dire le rythme que le juge va pouvoir insuffler à la procédure afin que l'affaire soit jugée dans les meilleurs délais, sans manœuvres dilatoires des plaideurs¹⁴⁶.

- la *troisième tendance* va en direction d'un *modèle procédural en deux phases* se rapprochant du *pretrial/trial* de la procédure de *common law* : l'Allemagne et l'Espagne, dans leur réforme du début des années 2000 illustrent ce courant¹⁴⁷.

- la *quatrième tendance* est relative à la phase de *mise en état* des affaires et au *rôle actif du juge* que les nouvelles réformes promeuvent en général.

- la *cinquième tendance* atteste une reconnaissance et une admission, en Europe, d'une certaine forme de *discovery*¹⁴⁸, qu'il conviendrait sans doute mieux de dénommer « *disclosure* » sur le modèle, plus restrictif que le droit américain, du droit anglais.

- une *sixième tendance* est nette en faveur de la promotion des *modes alternatifs de règlement des litiges* dont on peut se demander si elle est sous-tendue par une véritable philosophie de recherche du consensus ou si elle constitue, de la part du législateur, un « moyen de délestage » des juridictions étatiques¹⁴⁹.

- une *septième tendance* fait apparaître nettement une recherche de *rationnalisation et de modernisation des ressources*¹⁵⁰ due à la fois, nous semble-t-il, à la taille du contentieux devant les juridictions civiles de certains pays, au coût du procès et à la nécessité pour de nombreux États de faire des économies. Sur ce point, l'avènement de la généralisation des nouvelles technologies pour introduire une demande, une voie de recours ou même pour la gestion du dossier par les avocats et le juge apparaît prometteur.

- enfin, le régime des *voies de recours* tend à se modifier dans le sens d'un accès plus restreint au recours et/ou à la limitation du champ de contrôle de l'instance sur recours.

Ces conclusions tirées en 2003 par Messieurs Trocker et Varano demeurent d'actualité, comme le montrent les rapports nationaux sur lesquels se fonde ce rapport général. On pourrait y ajouter la

¹⁴⁶ TROCKER N. et VARANO V. (éd.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 250 et s.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 253.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 255.

¹⁴⁹ Critique sur certains aspects de la médiation, v. MURRAY P.L., « Mediation and Civil Justice: A Public-Private Partnership ? », *ZZP Int.* 14 (2009), pp. 241 et s.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 262 et s.



tendance renforcée à faire appel au *juge unique* pour statuer en première instance, voire en appel, sauf exceptions (dans des mesures différentes droit allemand, anglais, français, italien).

53. a) Si l'on reprend les différentes tendances énoncées ci-dessus, il apparaît que la *flexibilité* au sens de choix du modèle de procédure (de circuit, *track*) le mieux adapté aux caractéristiques de l'affaire¹⁵¹ a été consacrée en droit allemand (avec le choix, en début de procédure, entre une procédure écrite de mise en état - *schriftliches Vorverfahren*, § 276 ZPO - et une procédure d'audience orale - *früher erster Termin*, § 275 ZPO - précédant l'audience de plaidoirie), en droit anglais¹⁵², en droit français, en droit italien (avec le *calendario del processo* et le *procedimento sommario* qui s'applique aux affaires simples jugées à juge unique, art. 702 bis et s. CCP) ou encore en droit russe. Peut-être sont-ce les *Civil Procedure Rules* anglaises qui ont le mieux formulé le principe de cette flexibilité dans leur Part. 1.1 *Overriding Objective*¹⁵³.

54. b) Le pouvoir du juge en matière de *fixation des délais de procédure* est également net dans de nombreux ordres juridiques dont la Belgique, la France, l'Italie, les Pays-Bas ou encore l'Angleterre et le Pays de Galles. La réforme récente de l'appel avec représentation obligatoire par avoué, en France, pousse cette tendance à son paroxysme : le décret n°2009/1524 du 9 décembre 2009¹⁵⁴ limite désormais à trois mois (au lieu de quatre) par exemple le délai de l'appelant pour déposer ses conclusions (art. 908 CPC). Ce délai – déjà assez court – peut être diminué par le conseiller de la mise en

¹⁵¹ Pour les Pays-Bas, v. les suggestions de la Commission Asser/Groen/Vranken citées par C.H. van Rhee et X. Kramer dans le rapport national.

¹⁵² V. *supra* n°52.

¹⁵³ Comp. l'évolution grecque tracée par P. Yessioui-Falsti dans son rapport, question 3 : depuis 1985, il y avait essentiellement deux types de procédure en Grèce. Si était saisi un tribunal statuant à juge unique (ou un juge de paix), la procédure était orale, alors qu'elle était essentiellement écrite si le procès se déroulait devant tribunal de 1^{ère} instance statuant à trois juges (*district court*). La Loi 2915/2001 a consacré un important changement en établissant une même procédure (modèle unifié d'une seule audience).

¹⁵⁴ Le décret du 9 décembre 2009 ne donne pas une « *vision globale de l'appel* » (GERBAY Ph., « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Gaz. Pal.* 10-12 janvier 2010, p. 19) et n'est « *qu'un texte supplémentaire qui vient s'empiler avec les textes antérieurs et successifs promulgués depuis 1989, au risque de faire perdre à notre si beau Code de procédure civile son harmonie d'ensemble* » (*ibid.*). Il ne réglemente que la procédure contentieuse ordinaire avec représentation obligatoire. Ne sont donc pas concernées la procédure à jour fixe, l'appel sur requête conjointe, la procédure contentieuse sans représentation obligatoire ni la procédure gracieuse.



état dans les affaires simples. Le décret de 2009 n'autorise aucune prorogation de ce délai de trois mois (sauf cas de délai de distance : appelant demeurant à l'étranger ou en Outre-mer français)¹⁵⁵.

55. c) Le *modèle procédural en deux phases* qui semble apparaître, sous l'influence du *pretrial/trial* du droit anglosaxon, est relevé notamment, pour les pays de tradition civiliste, en droit allemand et en droit espagnol ; il semble en aller de même au Japon¹⁵⁶.

56. d) Le *rôle actif du juge dans la mise en état de l'affaire (case management)* paraît être une tendance nette des réformes plus ou moins¹⁵⁷ récentes : les droits allemand (depuis longtemps), anglais (Réforme Woolf de 1998), français (Nouveau Code de procédure civile de 1976), néerlandais en témoignent¹⁵⁸.

Le droit grec en revanche reste en retrait, tout comme le droit espagnol qui limite les pouvoirs du juge en ce qui concerne les preuves et la qualification juridique des faits. Une réticence envers l'extension des pouvoirs du juge civil a pu également être remarquée dans le droit d'anciens pays socialistes en raison du fait que, dans l'esprit des juristes, un rôle actif du juge est profondément attaché au passé soviétique et, de ce fait, largement rejeté¹⁵⁹.

¹⁵⁵ V. aussi en cas de demande d'aide juridictionnelle l'art. 13 du décret du 9 décembre 2009.

¹⁵⁶ Sur l'évolution du *droit japonais*, qui a subi de nombreuses influences successives (françaises, allemandes, puis américaines), v. TANIGUCHI Y., « Japan's Recent Civil Procedure Reform : Its Seeming Success and Left Problems », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 92 et s. ; « The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A Procedure for the Coming Century ? », 45 *American Journal of Comp. Law* 767 (1997) ; KOJIMA T., « Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective », 46 *U. Kan. L. Rev.* 687 (1998).

¹⁵⁷ Ainsi, en *Autriche* par exemple, le juge civil a très tôt disposé de tels pouvoirs, v. BAJONS E.-M., « Civil Procedure for Austria Revisited. An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 115 et s. et spéc. p. 117.h

¹⁵⁸ V. pour l'*Australie*, qui n'a pas fait l'objet d'un rapport national, EPSTEIN J.A., « The Quiet Revolution in Australia – The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, op. cit., pp. 192 et s.

¹⁵⁹ Pour la *Slovénie*, v. GALIC A., « Das Slowenische Zivilprozessrecht zwischen Transmission, Kontinuität und Transformation », *Ritsumeikan Law Review* n°27 mars 2010, p. 125 et s. En 2008 toutefois, une réforme ZPO-D Nouvelle a renforcé la concentration de la procédure et les pouvoirs de direction de l'instance du juge civil en Slovénie.



57. e) *Preuve et disclosure* – Sans aller jusqu’aux excès américains de la *discovery* et des *fishing expeditions*, divers droits européens¹⁶⁰ ont renforcé l’obligation de production et de communication de documents entre parties. Si depuis longtemps, le *droit français* reconnaît ainsi au juge le pouvoir d’enjoindre à une partie ou même à un tiers la production de documents¹⁶¹, le *droit allemand* n’a reconnu cette prérogative au juge civil à l’égard des pièces détenues par des tiers que plus récemment, lors de la réforme du 27 juillet 2001¹⁶² (§§ 142 à 144 et § 428 ZPO¹⁶³). Désormais, le § 142 I ZPO affirme que le tribunal peut ordonner à une partie ou à un tiers de produire les documents ou autres pièces en sa possession et auxquels une partie s’est référée dans ses écritures¹⁶⁴. Toutefois, les tiers ne sont pas tenus à cette production si elle est « *unzumutbar* » (c’est-à-dire si elle ne peut raisonnablement leur être imposée) ou s’ils bénéficient du droit de refuser de témoigner (*Zeugnisverweigerungsrecht*), § 142 II

¹⁶⁰ Il en va de même au *Japon*, v. TANIGUCHI Y., « Japan’s Recent Civil Procedure Reform : Its Seeming Success and Left Problems », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, p. 101.

¹⁶¹ Art. 138 CPC pour les pièces détenues par un tiers, art. 142 CPC pour les pièces détenues par une partie. Dans les deux cas, le juge civil peut ordonner la production du document sous astreinte si cela s’avère nécessaire (art. 130 CPC).

¹⁶² La réforme allemande du 27 juillet 2001 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 a été riche de nouveautés (v. GEHRLEIN M., *Zivilprozessrecht nach der ZPO-Reform 2002*, Munich, Beck éd. 2001 ; HANNIC R., MEYER-SEITZ Ch. et ENGERS M., *Das neue Zivilprozessrecht*, Cologne, Bundesanzeiger éd. 2001 ; RIMMELSPACHER B., *Zivilprozessreform 2002*, Munich, Beck éd. 2002 ; WALTER G., « The German Civil Procedure Reform Act 2002 : Much Ado About Nothing ? », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 67 et s.). Le rapport de Th. Pfeiffer relève ainsi notamment 1° la compétence de principe du juge unique devant le *Landgericht* ; 2° l’introduction d’un appel sur autorisation du tribunal de première instance (en sus de l’appel recevable dès que le grief causé par la décision excède 600 €) ; 3° la limitation du champ de contrôle de la juridiction d’appel et la possibilité pour la cour d’appel de rejeter l’appel à l’unanimité sans recours si manifestement infondé, § 522 ZPO ; 4° la suppression – en matière de *Revision* - du pourvoi recevable en raison de critères financiers – *Annahmerevision* -, le pourvoi devant être désormais autorisé par la juridiction d’appel dans trois cas mais en cas de refus, le requérant dispose d’un recours devant la Cour fédérale de Justice – *Nichtzulassungsbeschwerde* -. Il s’agissait là de la plus grande réforme de la procédure civile allemande depuis de longues années. Elle était destinée à rendre la procédure plus « proche du citoyen » (*bürger nah*) et plus transparente. Sur l’évaluation de la réforme, v. *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis – Evaluation der ZPO-Reform*, sur le site du ministère fédéral de la Justice www.bmj.bund.de. V. aussi FERRAND F., *La restriction du champ de l’appel : les précieux enseignements du droit allemand*, in *Mélanges Serge Guinchard, Justices et droit du procès*, Paris, Dalloz 2010, p. 249 et spéc. p. 250 et s. sur le contenu de la réforme allemande de 2001.

¹⁶³ § 428 ZPO : « *Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers im Besitz eines Dritten, so wird der Beweis durch den Antrag angetreten, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen oder eine Anordnung nach § 142 zu erlassen* » (si le document se trouve, selon les affirmations de la partie mentionnant cette preuve, en possession d’un tiers, la preuve est administrée par la demande tendant à la production du document dans un certain délai ou à la délivrance d’une ordonnance en vertu du § 142).

¹⁶⁴ V. aussi § 143 ZPO : le juge peut ordonner aux parties de produire les dossiers en leur possession dans la mesure où ceux-ci se composent de documents concernant l’audience et la solution de l’affaire. Le tribunal peut en outre ordonner une expertise ou encore des constatations personnelles du juge – examen d’une chose par exemple - (§ 144 ZPO).



ZPO. Certes, les dispositions allemandes ne vont pas aussi loin que les articles 10 du Code civil français¹⁶⁵ et 11¹⁶⁶ de Code de procédure civile français¹⁶⁷, mais elles indiquent un pas de franchi dans la direction d'une certaine *disclosure*, plus proche du droit positif anglais que de la *discovery* américaine. Il est possible de s'interroger sur le point de savoir si la même philosophie sous-tend les dispositions européennes et les textes américains. Pour les droits européens, l'évolution repose avant tout sur la volonté politique de confier au juge des pouvoirs importants de direction de l'instance en vue d'accéder, le plus rapidement possible (article 6 § 1 CEDH oblige !) à un jugement de l'affaire (conforme à la vérité matérielle des faits) dont le traitement devrait être le plus économique possible au regard de ses caractéristiques. Les procédures tendant à obtenir des preuves avant tout procès – en vue justement, pour le demandeur, d'envisager la pertinence et l'issue possible d'une future action en justice – telles que les mesures d'instruction *in futurum* (art. 145 CPC français, procédure de *consulenza tecnica preventiva* en droit italien¹⁶⁸, § 485 ZPO allemand, *selbständiges Beweisverfahren*) permettent elles aussi un accès aux éléments de preuve.

¹⁶⁵ Art. 10 C. civ. : « Al. 1. Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Al. 2. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts ». Ce texte va nettement dans le sens du procès à fonction sociale promu par Franz Klein et le Code autrichien de procédure civile de 1895. Comp. pour les Pays-Bas RUTGERS G.R. et RUTGERS J.W., « Reform of the Code of Civil Procedure in the Netherlands », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 131 et s. et spéc. p. 140, qui montre que le droit néerlandais, depuis la réforme de 2002, va dans le même sens que le droit français au regard de l'obligation des parties.

¹⁶⁶ Art. 11 CPC : « Al.1. Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Al. 2. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

¹⁶⁷ En ce sens également STÜRNER R., « Neuere Prozessrechtsreformen in Frankreich und Deutschland – Zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie – », in BLAUROCK U. (éd.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Tübingen, Mohr Siebeck éd. 2005, p. 28 et s. et spéc. p. 32 qui relève que « es existiert anders als in Frankreich keine allgemein formulierte Pflicht zur Mitwirkung bei der Beweisführung » (contrairement au droit français, il n'existe [en droit allemand] aucune obligation formulée de façon générale de coopérer à l'administration de la preuve).

¹⁶⁸ Selon le rapport de Ch. Besso, cette procédure tendant à la désignation d'un expert de façon préventive, avant toute action en justice, tend surtout à rechercher un règlement amiable du différend, le rapport d'expert pouvant par ailleurs être utilisé ultérieurement en cas de procès au fond. Mais la mesure peut aussi être demandée dans les conditions – strictes - du § 1 de l'art. 696 CCP qui envisage les cas de risque de dépérissement de la preuve.



58. f) *Faveur aux modes alternatifs de règlement des litiges* – Il est impossible, dans le cadre de ce rapport général, de mentionner toutes les dispositions nationales modernes qui favorisent un règlement amiable du différend. La tendance est forte dans tous les droits nationaux étudiés¹⁶⁹, de chercher une voie « *hors du procès* », que ce soit par la conciliation¹⁷⁰, la médiation¹⁷¹ extrajudiciaire ou judiciaire (au sens d'ordonnée par le juge ou même, selon certains projets pilotes en Allemagne¹⁷², réalisée par un juge qui, en cas d'échec, ne statue bien évidemment pas sur l'affaire). La Grèce a également adopté tout récemment (le 16 décembre 2010)¹⁷³ une loi 3398/2010 sur la médiation qui transpose la directive européenne de 2008 mais s'applique également pour les différends internes et non pas seulement aux litiges transfrontaliers.

Divers droits imposent une tentative de conciliation préalable, devant le juge (Allemagne avec le § 278 al. 2 ZPO depuis la réforme du 27 juillet 2001¹⁷⁴, France notamment pour le conseil de prud'hommes¹⁷⁵, Grèce avec l'art. 214 A du Code de procédure civile¹⁷⁶ pour les formations de trois

¹⁶⁹ V. pour l'Australie, qui n'a pas fait l'objet d'un rapport national, EPSTEIN J.A., « The Quiet Revolution in Australia – The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, op. cit., pp. 200 et s.

¹⁷⁰ V. par ex. le principe directeur contenu dans l'art. 21 CPC français : « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* », texte dont les juges civils français ne font pas un usage excessif ! V. aussi les art. 127 et s. CPC français sur la conciliation.

¹⁷¹ La France a par exemple, depuis 1996, un titre spécial du Code de procédure civile consacré à la médiation, art. 131-1 et s. CPC.

¹⁷² V. GREGER R., « Justiz und Mediation – Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte », NJW 2007. 3258.

¹⁷³ Renseignements fournis par Ch. Apalagaki après rédaction de son rapport, et que les rapporteurs remercient vivement de sa réactivité.

¹⁷⁴ Critique, v. not. KNAUSS A., « Der « Zwang » zur gütlichen Einigung – Für eine Reform des § 278 ZPO », ZRP 2009, p. 206, qui reproche au juge de souvent presser les parties à se concilier (*Zwang zum Vergleich*) en raison de la pression accrue sur les magistrats de trancher le plus de litiges possibles ; STÜRNER R., « Quelques remarques sur l'image actuelle de la procédure allemande et sa relation avec la procédure française et les tendances internationales », in CADRET L. et CANIVET G. (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France*, colloque de la Cour de cassation du 16 nov. 2006, Litec, Paris, 2006, p. 329. V. aussi KAUFFMANN P., *Obligatorische Güterverhandlung – Kritik eines Praxissegments*, MDR 2004, p. 1035. Pour cet auteur, le principe d'État de droit et l'obligation de rendre justice s'opposent aux pressions des juges en faveur d'une conciliation. V. aussi l'application faite par certains *Länder* allemands de la possibilité offerte par le § 15 EGZPO d'imposer une tentative préalable de conciliation pour certains petits litiges. Il semble que cette voie ait échoué, notamment en raison du fait que la tentative de conciliation n'est pas obligatoire en cas d'utilisation de la procédure d'injonction de payer, v. ZIETSCH U., « Die Regelungen des vorprozessualen Güterverfahrens », NJW 2001, p. 3. V. aussi, très critique sur l'utilité de ce mécanisme, LAUER J., « Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitschlichtung in Ausführung des § 15a EGZPO », NJW 2004, p. 1280.

¹⁷⁵ Pour le tribunal d'instance, v. art. 829 et s. CPC.

¹⁷⁶ Loi 2298/1995 en vigueur depuis le 16 septembre 2000 : le nouvel art. 214α CPC exige une tentative obligatoire de conciliation pour les affaires portées devant les formations de trois juges, v. rapport grec pat P. Yessoui-Faltsi, question 3.



juges, mais qui semble avoir été écarté en pratique¹⁷⁷, Italie aussi où la médiation devient obligatoire dans un grand nombre d'affaires civiles¹⁷⁸). L'étude de l'influence des lois-modèles relatives aux modes alternatifs de règlement des litiges permettra en outre d'ébaucher les évolutions nationales en la matière.

57. g) *Rationalisation des ressources par la modernisation des techniques* – La plupart des droits nationaux¹⁷⁹ s'efforcent de tirer tous avantages de l'informatique pour moderniser le procès civil, en diminuer la durée et le coût¹⁸⁰. Ainsi, certaines juridictions sont désormais totalement informatisées (souvent, le phénomène a commencé par les juridictions suprêmes, comme en *Allemagne*¹⁸¹ ou en

¹⁷⁷ V. le rapport de Ch. Apalagaki, qui note que « *the mandatory attempt for a conciliation for actions belonging to the subject-matter compétence of the three-member district court, which was formulated as an obligation of the litigants by Article 214 A of the Code, has been degraded to typical process certifying simply the inability of the parties to reach a settlement* ».

¹⁷⁸ Décret n°28/2010 sur la médiation dans les litiges civils et commerciaux. Un décret n°28 rend en outre la médiation obligatoire dans un grand nombre d'affaires civiles, v. le rapport italien de Ch. Besso.

¹⁷⁹ Il en va ainsi par ex. en Allemagne, en Espagne, en France, en Russie (v. rapport national de M. Filatova pour la e-justice devant les juridictions commerciales). V. aussi pour l'Autriche BAJONS E.-M., « Civil Procedure for Austria Revisited. An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 115 et s. et not. p. 122, qui expose l'usage obligatoire de l'informatique pour les demandes d'injonction de payer (Mahnverfahren); pour l'Australie, EPSTEIN J.A., « The Quiet Revolution in Australia – The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, op. cit., pp. 185 et s. Pour les pays baltes (Estonie, Lettonie, Lituanie), v. NEKROSIUS V., « Die Hauptrichtungen der Reformen des Zivilprozesses in Baltischen Staaten », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 156.

¹⁸⁰ V. CADIET L., « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies », *Procédures* avril 2010, n°8.

¹⁸¹ Pour un aperçu de l'état actuel de la dématérialisation des procédures en Allemagne, v. ZWICKEL M., « La dématérialisation de la procédure civile en Allemagne : vers une justice informatisée », *Droit et Procédures* 5/2008, cahier Droit des procédures internationales, p. 14 ; DEGEN T., « Mahnen und Klagen per E-Mail – Rechtlicher Rahmen und digitale Kluft bei Justiz und Anwaltschaft ? », *NJW* 2008. 1473. Le § 130a ZPO, relatif aux documents électroniques et intégré dans le code par une loi du 13 juillet 2001 (Formvorschriftenanpassungsgesetz), énonce que lorsque la loi exige la forme écrite pour les mémoires des parties, les demandes, requêtes, déclarations, témoignages, expertises etc., le document électronique doit être assimilé à la forme écrite lorsqu'il est apte à être traité par le tribunal. Celui qui adresse le document électronique doit y apposer une signature électronique « qualifiée » au sens de la loi sur la signature électronique (*Signaturgesetz*). L'alinéa 2 du § 130 a dispose que le gouvernement fédéral et les gouvernements des *Länder* décident par ordonnance, pour leur domaine territorial de compétence, la date à laquelle des documents électroniques pourront être adressés aux tribunaux ainsi que la forme adéquate pour que le tribunal puisse utiliser ces documents. L'autorisation d'utiliser des documents électroniques peut être limitée à certaines procédures ou à certaines juridictions. En outre, l'Allemagne a adopté une grande loi de modernisation des communications en matière juridictionnelle (*Justizkommunikationsgesetz* du 22 mars 2005), qui concerne tous les ordres de juridiction et instaure des procédures informatiques de traitement des affaires ; le § 298a ZPO précise que le gouvernement fédéral et les gouvernements régionaux décideront par décret – *Rechtsverordnung* – la date à compter de laquelle, sur leur territoire, les dossiers seront tenus sous forme électronique par le tribunal ; le texte peut être limité à



France¹⁸²). L'Espagne également a très largement fait place aux nouvelles technologies dans le procès civil¹⁸³ : communication par voie électronique pour les notifications, conclusions, pièces et documents tout en maintenant le principe de l'*immediación* pour l'audience¹⁸⁴ ; enregistrement des audiences par le son et l'image, vidéoconférence¹⁸⁵. L'évolution est en ce sens dans de nombreux pays... mais il ne suffit pas pour les codes de procédure civile d'organiser en théorie la possibilité de former la demande en justice par voie électronique : comme l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 16 juin 2009 rendu contre la Slovaque¹⁸⁶, il y a violation du droit d'accès au tribunal lorsque la

certaines juridictions. Pour la liste des juridictions informatisées en Allemagne, v. <http://www.egvp.de/rechtlicheGrundlagen/spezielleGrundlagen/index.php>. Le dossier de procédure peut être tenu par voie électronique, et les documents papier présentés au tribunal devront être convertis par ce dernier en documents électroniques (§ 298a al. 2 ZPO). Cette intégration du document électronique dans la procédure juridictionnelle ne se limite pas à la procédure civile ; elle s'étend également aux procédures administrative, fiscale, sociale (de droit public), aux juridictions du travail ainsi qu'aux procédures pénales. Le ZPO prévoit même aujourd'hui que le tribunal peut délivrer des expéditions de jugement par fax d'ordinateur en utilisant une signature et un sceau scannés.

¹⁸² La Cour de cassation française a, début 2008, commencé à dématérialiser la procédure devant elle. Il semble qu'elle ait été « *la première juridiction en Europe à fonctionner de manière totalement dématérialisée en matière civile* » (v. communiqué de presse sur le site internet de la Cour de cassation). Tous les cabinets d'avocats aux Conseils sont reliés à la Cour de cassation par internet, et lui transmettent, en matière civile, tous les actes, de façon dématérialisée. Ces actes et documents, transmis par voie électronique, sont enregistrés sur le serveur de la Cour sous forme d'un dossier numérique, ensuite utilisé par les magistrats dont les travaux sont à leur tour intégrés sous un format numérique et diffusés immédiatement et directement à l'ensemble des acteurs du dossier. Fin 2009, plus de 80% des pourvois ont été reçus et signés électroniquement, pour atteindre l'objectif d'une dématérialisation totale en janvier 2010. Pour V. Lamanda, Premier président de la Cour de cassation « *la dématérialisation de la procédure permet de conjuguer qualité et célérité de la justice en donnant à chacun des acteurs du processus judiciaire les moyens de se consacrer pleinement à sa tâche* ». Selon D. Le Prado, président de l'Ordre des Avocats aux Conseils, « *l'ensemble du travail des avocats, et de la Cour de cassation, y gagne en efficacité. La dématérialisation permet une gestion plus dynamique et plus transparente des pourvois, dans l'intérêt de tous, professionnels comme justiciables, qui peuvent ainsi suivre en temps réel le déroulement des procédures* ». L'évolution s'est réalisée en trois étapes : 1) de 2003 à 2006, création et développement du « bureau virtuel » permettant, au sein de la Cour, d'accéder à certains éléments numérisés des dossiers ; 2) de 2006 à 2009 la dématérialisation a concerné non seulement les documents de travail internes, mais aussi le dossier de la procédure : les avocats ont produit leurs mémoires à la fois sous forme papier et sous forme numérisée et le greffe a scanné, à titre expérimental, les arrêts attaqués et les pièces annexes dans certaines chambres et pour certains contentieux. Des éléments de ces divers documents pouvaient ainsi être téléchargés par les magistrats lors de l'élaboration de leurs travaux ; 3) le 21 décembre 2007 a été signée une convention entre le premier président, l'ordre des avocats aux Conseils et le greffe permettant les pourvois sous forme électronique ; cette convention a été approuvée par arrêté du garde des sceaux du 17 juin 2008 ; une phase de test s'est poursuivie jusqu'au 1er janvier 2009. Depuis cette date, tous les cabinets d'avocats aux Conseils ont vocation à n'effectuer leurs actes de procédure que sous forme électronique.

¹⁸³ V. GASCÓN INCHAUSTI F., « L'introduction des nouvelles technologies dans le procès civil espagnol », *Procédures* avril 2010, n°7.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 36 et s.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 38 et s.

¹⁸⁶ C. eur. dr. h., 16 juin 2009, SA Lawyer Partner c/ Slovaquie, n°54252/07, *Procédures* nov. 2009, n°358, obs. FRICERO.



juridiction, saisie d'un très grand nombre de demandes gravées sur DVD, refuse de les enregistrer en prétextant un manque d'équipement technique.

En France, un Titre XXI du Code de procédure civile est consacré à la communication par voie électronique (décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005, art. 748-1 et s. CPC)¹⁸⁷. En outre, suite à la réforme de l'appel avec représentation obligatoire par le décret n°2009/1524 du 9 décembre 2009, le nouvel article 930-1 CPC dispose qu'« à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique ». Cette obligation s'impose depuis le 1^{er} janvier 2011 pour les déclarations d'appel et les constitutions d'avoué. Au plus tard le 1^{er} janvier 2013, elle s'appliquera aussi à tous les autres actes de procédure. Les avoués et, une fois ceux-ci disparus, les avocats, devront donc modifier leurs habitudes afin de participer à la modernisation du service de la justice en appel. Les communications seront ainsi accélérées, éviteront des déplacements au greffe de la cour d'appel (idée de « gommer les distances »¹⁸⁸). On peut s'interroger sur le point de savoir si les finalités du procès civil seront modifiées par l'intervention des nouvelles technologies¹⁸⁹ ; il convient notamment de veiller à ce que le procès ne soit pas totalement « virtuel » et permette encore la mise en présence des parties et du juge. Comme le relève L. Cadiet¹⁹⁰, « la promotion du principe d'efficience comme principe d'action publique doit ainsi se combiner avec les principes du procès équitable. [...] La qualité de la justice est la résultante de cet équilibre entre efficience et équité ».

58. Une dernière tendance est celle de la *limitation de l'accès aux voies de recours* ou à certaines d'entre elles¹⁹¹. Une telle limitation a existé de tout temps en Angleterre. En

¹⁸⁷ V. CROZE H., « Les actes de procédure civile et les nouvelles technologies », *Procédures* avril 2010, n°4, pp. 17 et s. ; AMRANI MEKKI S., « Efficacité et nouvelles technologies », *Procédures* avril 2010, n°5, pp. 22 et s.

¹⁸⁸ V. GERBAY Ph., préc., *Gaz. Pal.* 10-12 janvier 2010, p. 18.

¹⁸⁹ V. CADIET L., « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies », *Procédures* avril 2010, n°8, p. 40 et spéc. pp. 43 et s. V. aussi GRAYOT S., « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », *Procédures* avril 2010, n°2, pp. 7 et s.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹¹ Cette limitation peut également se faire indirectement par la règle selon laquelle le jugement de première instance est immédiatement exécutoire nonobstant appel, comme cela est le cas par exemple en Allemagne ou encore en Espagne depuis la réforme de la LEC du 7 janvier 2000, v. DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ I., « The Principal



Allemagne, la réforme de 2001 a restreint à la fois l'appel et la *Revision*. Pour l'appel (*Berufung*), ce n'est pas l'accès même à la voie de recours qui a été restreint (puisqu'au contraire, désormais, – à côté de l'appel pour grief supérieur à 600 € causé par le jugement de première instance – il existe aussi, lorsque ce montant n'est pas dépassé, un appel autorisé par le juge de première instance (§ 511 ZPO)¹⁹² ; c'est le champ de contrôle de l'instance d'appel¹⁹³, qui tend à devenir une simple *Fehlerkontrollinstanz*, qui est restreint puisque le § 529 ZPO dispose que la juridiction d'appel, lors des débats et de son arrêt, tient compte des faits tels que constatés par les juges de première instance, sauf toutefois si des éléments concrets permettent de douter de l'exactitude ou du caractère exhaustif des constatations faites et si, dès lors, de nouvelles constatations sont nécessaires. En outre, la cour d'appel ne tient compte de faits nouveaux que si leur prise en compte est autorisée par la loi (à titre exceptionnel donc)¹⁹⁴. Les nouveaux éléments de fait, les nouvelles preuves, et a fortiori les nouvelles prétentions sont exclues en appel¹⁹⁵. Bien entendu, une telle position de principe n'est pas tenable sans exceptions. C'est pourquoi ZPO prévoit que si la juridiction d'appel a des doutes sérieux (*konkrete Anhaltspunkte*) quant à la véracité et l'exhaustivité des faits constatés en première instance, elle peut procéder elle-même à de nouvelles constatations, et admettre

Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, p. 46 qui parle à ce sujet de « most revolutionary step taken by the LEC ».

¹⁹² Le § 511 III ZPO impose au tribunal de première instance d'autoriser l'appel dans trois cas : 1) lorsque la question juridique est de principe (*grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache*), 2) lorsque le développement du droit ou 3) la garantie de l'unité de la jurisprudence requièrent la décision de la juridiction d'appel. Ces trois critères sont également ceux que retient le § 543 ZPO pour que l'accès au pourvoi en révision – *Revision* – soit autorisé.

¹⁹³ Dans le même sens pour le nouveau Code de procédure civile de Lituanie adopté en 2002, v. MIKELÉNAS V., « The Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and the New Code of Civil Procedure in Lithuania », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 992.

¹⁹⁴ Cependant, les juges d'appel allemands ont résisté à l'application de ces nouvelles dispositions et exercent encore aujourd'hui un contrôle assez intensif des jugements de première instance (en tout cas plus poussé que la loi ne semble le permettre). La Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*, homologue de la Cour de cassation) a refusé de sanctionner cette attitude, se plaçant ainsi en opposition avec la volonté expresse du législateur.

¹⁹⁵ V. § 531 ZPO, selon lequel les moyens en demande ou en défense qui ont été à juste titre écartés en première instance sont exclus de l'instance d'appel. L'alinéa 2 ajoute que de nouveaux moyens en demande ou en défense ne sont autorisés que si 1. ils concernent un point de vue qui avait été manifestement omis par la juridiction de première instance ou bien qu'elle avait jugé non pertinent ; 2. ils n'ont pas été invoqués en première instance en raison d'un vice de procédure, ou bien 3. ils n'ont pas été invoqués en première instance sans que cela soit dû à la négligence de la partie qui les soulève en appel.



ou même ordonner l'administration de nouvelles preuves. Cependant, la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) a largement entendu les hypothèses dans lesquelles les juges d'appel peuvent procéder à une nouvelle constatation des faits ou une nouvelle administration de la preuve, ce qui a contribué à vider la réforme d'une partie de son objet. La Cour constitutionnelle fédérale elle-même s'est prononcée a glissé, dans un *obiter dictum*, qu'une simple possibilité d'erreur des juges de première instance pouvait servir de fondement à des doutes sérieux. Dans un arrêt du 1^{er} octobre 2004 rendu par la deuxième chambre de son premier sénat¹⁹⁶, la Cour constitutionnelle a également jugé contraire à l'article 2, al. 1^{er} de la Loi fondamentale combiné au droit à une protection juridique effective (découlant du principe d'État de droit) le fait d'imposer, dans l'instance d'appel, une obligation pour les juges de s'en tenir aux faits constatés en première instance dont la véracité est contestée par l'appelant et dont la rectification n'avait plus pu être obtenue du juge de première instance suite à un empêchement de ce dernier. Il apparaît donc que tant la Cour fédérale de Justice que la Cour constitutionnelle fédérale, par leur interprétation des nouveaux textes relatifs à l'appel, ont permis un élargissement du champ de l'instance d'appel que ne souhaitait pas le législateur allemand. Le pourvoi en révision (*Revision*) a lui aussi été restreint dans son accès¹⁹⁷ puisque depuis le 1^{er} janvier 2002, le pourvoi n'est plus recevable du seul fait que le grief subi par la requérant du fait de la décision attaquée dépasse 30 000 €.

En *Autriche* également, le législateur a opté pour une restriction de l'accès au pourvoi (*Revision*) en tenant notamment compte de critères financiers et de critères liés à la matière en cause¹⁹⁸. L'appel (*Berufung*), lui, n'a pas été réformé, mais il se limite à un contrôle du jugement de première instance si bien que les parties ne peuvent soumettre de nouveaux faits ou de nouvelles preuves à la juridiction d'appel¹⁹⁹.

¹⁹⁶ NJW 2005. 657.

¹⁹⁷ V. également, pour la *Lituanie*, MIKELÉNAS V., « The Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and the New Code of Civil Procedure in Lithuania », *Rev. dr. unif.* 2001-4, p.992.

¹⁹⁸ V. BAJONS E.-M., « Civil Procedure for Austria Revisited. An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 115 et s. et not. p. 124 et s.

¹⁹⁹ Dans le même sens, v. pour l'*Estonie* et la *Lituanie* NEKROSIUS V., « Die Hauptrichtungen der Reform des Zivilprozesses in Baltischen Staaten », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 172 et s.



L'Espagne aussi, lors de la réforme de 2000 (*Ley de Enjuiciamiento Civil* du 7 janvier 2000), s'est efforcée de modifier le système des voies de recours recevables contre les arrêts d'appel, en faisant une distinction entre le *recurso extraordinario por infracción procesal* (porté devant le *Tribunal Superior de Justicia* de la Communauté autonome concernée) et le *recurso de casación* pour violation du droit matériel (porté, lui, devant le *Tribunal Supremo*). Les deux recours sont alternatifs. Cette réforme repose sur l'idée que la juridiction suprême (*Tribunal Supremo*) a pour mission essentielle de « créer la jurisprudence »²⁰⁰ plutôt que de procéder à une sanction de toutes les violations de la loi commises par les juges inférieurs. Dès lors, le nombre de juges suprêmes doit être limité afin que cette jurisprudence garde sa cohérence, et l'accès à la juridiction suprême doit donc lui-même être restreint aux pourvois soulevant une question de principe.

En France, ce n'est pas directement l'accès à la Cour de cassation qui a été limité, puisque tout jugement non susceptible d'une voie de recours ordinaire peut encore faire l'objet d'un pourvoi en cassation. L'encombrement de la Cour de cassation étant important, une loi n°2001-539 du 25 juin 2001 a permis aux formations restreintes (de trois juges) de la Cour de déclarer non admis les pourvois non fondés sur un moyen sérieux de cassation. La Cour n'hésite pas à utiliser ce nouvel outil procédural et c'est ainsi qu'en 2009, 31,4% des pourvois en matière civile ont été déclarés non admis²⁰¹. En outre, d'autres changements ont jalonné l'accès au pourvoi : ainsi, un décret n°2004-836 du 20 août 2004 a étendu la représentation obligatoire par un avocat à la Cour de cassation à la quasi-totalité des matières. Enfin, la procédure devant la Cour de cassation est désormais totalement dématérialisée.

En Grèce, P. Yessioui-Falsti signale dans son rapport qu'une loi 2915/2001 a modifié la procédure de cassation afin de lutter contre l'encombrement de la Cour suprême : désormais, un « *Judicial Council* » de trois membres procède à un examen préalable des moyens de cassation sur lesquels se fonde le pourvoi (art. 571 CPC grec) et peut écarter celui-ci si aucun moyen sérieux de cassation n'est soulevé. Cette loi a également pour objectif d'accélérer les

²⁰⁰ V. DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ I., « The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, préc., p. 49.

²⁰¹ 42% devant la première chambre civile, 33% devant la deuxième, 28% devant la troisième, 36% devant la chambre commerciale et 18% devant la chambre sociale, v. le *Rapport de la Cour de cassation 2009*. En 2008, seulement 21% des pourvois en cassation avaient été déclarés non admis.



procédures (et sans doute l'obtention d'une décision irrévocable qui pourra être exécutée effectivement, comme le requiert la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme).

La *Russie* en revanche semble avoir encore aujourd'hui des difficultés à limiter les voies de recours afin de permettre aux jugements d'être irrévocables dans un délai raisonnable. Aux *Pays-Bas*, l'appel a encore un champ très large, comme en France ; il est envisagé en revanche, pour le pourvoi devant le *Hoge Raad*, de permettre à la Haute juridiction de sélectionner elle-même les pourvois en fonction de leur importance juridique²⁰².

59. L'étude des évolutions des procédures civiles nationales fait apparaître une tendance à la convergence vers de mêmes techniques, ou en tout cas des objectifs similaires. Cela signifie-t-il que les États s'influencent entre eux ou sont influencés par de mêmes courants ? Certains le nient : ainsi, les auteurs du nouveau Code de procédure civile fédéral suisse affirment que cette nouvelle codification n'a pas été influencée par des modèles étrangers mais serait au contraire le résultat de la "pure tradition suisse" par comparaison des différents droits des cantons²⁰³. On peut néanmoins admettre que de nombreuses difficultés sont similaires devant la plupart des juridictions étatiques.

60. Selon la plupart des rapporteurs nationaux, malgré les évolutions souvent convergentes des droits nationaux, il n'est pas possible de parler d'un déclin fort de la distinction entre traditions de *common law* et de *civil law*, en tout cas en droit interne. Ainsi, Th. Pfeiffer relève que « *it would be a drastic overstatement to speak of a decline of the classical distinction between common law and civil law with regard to procedural law* ». Pour E. Jeuland, « *sur aucun des points caractéristiques de la common law il n'y a eu de rapprochement de la procédure civile. A peine peut-on noter une certaine tolérance, une certaine ouverture. Il y a en revanche des projets qui conduiraient à un rapprochement, mais justement ils en restent à un stade de projet* ». De même, C. Apalagaki, pour la Grèce, note que « *for the*

²⁰² V. le rapport national de C.H. van Rhee et X. Kramer, question 1.

²⁰³ OBERHAMMER P. et DOMEJ T., Germany, Switzerland, Austria (CA. 1800-2005), in VAN RHEE C.H. (éd.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia 2005, p. 103 et s. et spéc. p.127.



time being, the Greek Code of Civil Procedure has not adapted any of the trends mentioned above²⁰⁴, despite the numerous legislative initiatives in other European States which indicates elements of convergence with common law institutions ».

Il convient de voir maintenant si la même chose peut être affirmée des procédures civiles dans les pays d'Amérique latine.

1.1.2. En Amérique latine

61. Paréce nos necesario formular ciertas precisiones preliminares para orientar la interpretación de este relato general: una primera muy genérica relativa al método comparativo en general y a la forma cómo aquí se intentará aplicarlo para su mejor utilidad. La segunda, para ubicar en general los ordenamientos iberoamericanos en el contexto de los modelos del *civil law continental europeo*. Por último, una tercera, complementaria de la anterior y destinada a anticipar, a grandes rasgos, el paulatino acercamiento de los ordenamientos de la región a las grandes líneas tendenciales que, en los comienzos del nuevo milenio, se denotan en el derecho comparado.

1. Hay generalizada coincidencia en la afirmación acerca que la historia de los dos últimos siglos revela la existencia en el sistema del *civil law continental europeo*, cuanto menos, de tres *modelos* nítidamente diferenciados, cada uno de los cuales sufrió a su vez numerosos desmembramientos: a) el modelo *austro-alemán*; b) el modelo *franco-italiano*; c) el modelo *español*. Un fenómeno similar de desmembramiento ha operado, como es sabido, dentro del *common law*, por razones históricas y especialmente desde las más recientes reformas en Inglaterra y Gales, por la sanción de las *Rules of Civil Procedure*, en 1999, y la Enmienda Constitucional de 2005, que suprimiera la House of Lords estableciendo un particular mecanismo de selección de los jueces supremos, desplazando al *Lord Chancellor* como jefe de la magistratura, y que culminara en 2009 –con la creación de la Suprema Corte, como más alto tribunal del Reino Unido–.

Frente a este panorama –como ha señalado certeramente Taruffo²⁰⁵– puede afirmarse que al presente existe una pluralidad fuertemente fragmentada de modelos procesales y, sobre todo, variadas

²⁰⁴ *Class actions ; increase use of ADR techniques, insertion of inquisitoriak elements and encouragement of trial judges to « manage » their case load by classifying cases according to their complexity and significance.*



experiencias de reformas que no pueden ser consideradas en términos genéricos. Cualquier perspectiva que se coloque en el nivel de los macrosistemas corre el riesgo de ser inútil, de ahí que parece preferible la “microcomparación”, que no significa comparación de los mínimos e irrelevantes detalles de la disciplina del proceso, sino comparación “por ordenamientos”, en contraposición a la comparación por macromodelos.

En cuanto a las “familias de ordenamientos”, conviene estar concientes del hecho que inevitablemente sus miembros están cada vez más expuestos a la segregación, lo que deriva en una creciente “balcanización” del grupo. Con lo que, en definitiva, parece cierto que lo realmente útil y valioso, más que las tentativas de construir homogeneidades en abstracto, son aquellas centradas en las diferencias entre modelos y entre ordenamientos.

Claro que la visión comparatística, tan valiosa, ha de complementarse con el enfoque sociológico *–factual approach–* para verificar el funcionamiento en concreto de los diversos ordenamientos y tornar más útiles los resultados de la comparación²⁰⁶.

2. Desde esa perspectiva, conviene anticipar una precisión: los ordenamientos procesales iberoamericanos en su conjunto podrían ser considerados históricamente como un desmembramiento de la “familia” del *civil law* continental europeo que, en su evolución, si bien mantiene los elementos estructurales característicos de aquel, está en camino de conformar un “modelo” procesal singular, derivativo, por la recepción, adopción y adaptación de numerosas instituciones, procedimientos y técnicas provenientes de los tres modelos del *civil law* y, aún, de la familia del *common law*.

A su vez, en la comparación por ordenamientos, dentro de Iberoamérica, se puede apreciar la existencia de dos “bloques” diferenciados: el conformado por los ordenamientos de los países hispano-parlantes y, por otro lado, el de Brasil.

3. En la primera década del nuevo milenio el derecho procesal iberoamericano se encuentra inmerso en un proceso en general de profundas transformaciones que avanza en diversos frentes y a distintas “velocidades” en cada uno de los sistemas nacionales. Tratando de superar sus tradicionales

²⁰⁵ *Due Iceberg a confronto: le derive del commom law e civil law*, Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ., Guiffré, Milano, 2009; reproducida en RePro, São Paulo, 2010, Nº 181, pp. 167 y ss., *Icebergs do common law e civil law?...*, trad. H. Zaneti Jr., versión que hemos seguido.

²⁰⁶ El análisis comparativo es insuficiente desde una cultura rigurosamente normativista-positivista. Por otro lado, una comparación orientada a las reformas implica la consideración del funcionamiento efectivo del sistema y de los institutos (TARUFFO M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002. Seguimos la versión castellana: *Sobre fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B. Quintero, pp. 58-60).



disfuncionalidades, se encamina a recoger y acompañar, de uno u otro modo, las grandes tendencias que se vislumbran en el derecho comparado: 1) el afianzamiento de la concepción de la justicia civil como manifestación de una de las *funciones públicas* esenciales del Estado democrático de derecho, o Estado “de justicia”, con sus correlatos del aseguramiento de las *garantías fundamentales del proceso* y su *efectividad* en concreto (la “edad” de las garantías), en consonancia con su “constitucionalización” y consagración en los pactos y convenciones internacionales a los que adhirieran los países de la región. 2) Como consecuencia de ello, la emergencia de novedosas *tutelas procesales diferenciadas*, que introducen jurisdicciones y técnicas procesales especiales para brindar protección a sujetos y situaciones particularmente necesitadas, que las propias Constituciones o los pactos enuncian con particular énfasis en el catálogo de los derechos fundamentales –derecho a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación y, en general, derechos económicos, sociales y culturales-, incluyendo los derechos de incidencia colectiva –tutela del ambiente, de consumidores y usuarios, de la institucionalidad democrática en general-. 3) la *armonización transnacional* de la justicia civil, primeramente en torno de los Códigos Modelo Iberoamericanos, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, y sobremanera a partir de una vigorosa tendencia que comienza a vislumbrarse en varios países, aunque con diversa intensidad, y que sustentándose promiscuamente provienen de las Constituciones y de los tratados y convenciones sobre derechos humanos –especialmente la CADH-, a través de una interpretación judicial creativa y progresista, comienza a perfilar diversas líneas maestras, coincidentes, propias de una novedosa justicia de “acompañamiento” para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. 4) El tránsito hacia la consolidación de los *métodos alternativos de solución de conflictos* y la superación de las contradicciones que plantean frente a la concepción publicística del proceso. 5) el emerger, cada vez más notorio, de *nuevas misiones de los jueces*, como activistas gestores, ejecutores y garantes de la efectividad de las garantías fundamentales y, como consecuencia, el papel de la jurisprudencia como *fuerza del derecho*. De todo lo cual ha derivado una inédita tendencia hacia la construcción de un “constitucionalismo global”²⁰⁷ para la tutela de los derechos fundamentales.

²⁰⁷ GILLES P., *El proceso civil en transformación...*, RePro, São Paulo, nº 173, 2009, pp. 330 y ss..



1.1.2.1. Tradiciones jurídicas en la legislación procesal iberoamericana.

1.1.2.1.1. La tradición del *civil law* continental europeo.

62. Las distintas legislaciones de los países del subcontinente sudamericano nacieron y se desarrollaron en la tradición del *civil law* continental europeo, cuyas variables estructurales fundamentales aún perduran en aquellas: **a)** la exaltación de la ley y el régimen de legalidad, como fuente primigenia del derecho; **b)** la *naturaleza del órgano jurisdiccional*, confiado a jueces profesionales dotados de específica competencia técnica jurídica, que solo excepcionalmente cuentan con gabinetes técnicos multidisciplinarios de apoyo (tribunales de familia o de menores, etc.); lo cual ha condicionado la propia evolución de los ordenamientos procesales, que han pasado tíbiamente del originario esquema escriturario hacia un sistema mixto de escritura y oralidad; **c)** la *independencia jurisdiccional*, que está condicionada principalmente por el *método de selección* burocrático, o aún político partidista, de los jueces, su ingreso y permanencia dentro de una carrera jerárquica progresiva hasta su jubilación, idealmente al margen de las influencias políticas a partir de confiar el “gobierno” del Poder Judicial a un órgano independiente conformado por los distintos estamentos involucrados (Consejos Generales o Superiores de la Magistratura); **d)** la *formación jurídica de jueces y abogados*, a través de las Escuelas o Facultades de Derecho universitarias, mediante estudios predominantemente teóricos y abstractos, en base a clases “magistrales” con escaso entrenamiento práctico para la resolución de los casos concretos. Situación atenuada, solo en parte, por la organización del “tirocinio profesional” para los abogados y la creación de Escuelas de la Magistratura; **e)** la *misión de los jueces*, influida por lo anterior y especialmente por desenvolverse con sujeción al esquema “piramidal” jerárquico y al principio de legalidad, que acota fuertemente el poder de creación del derecho a través de la interpretación pretoriana; **f)** el *funcionamiento del proceso civil* deviene acorde con la naturaleza del órgano y la misión asignada a los jueces. Sin embargo, resulta notoria una tendencia, que en paralelo con los más recientes avances operados en los modelos continental-europeos, se encamina a superar la tradicional concepción “privatista” del proceso, sustituyéndola por una visión “publicista”, en la que el juez pasa a instalarse en el centro mismo del proceso, como actor principal para gestionar su desarrollo ordenado, y aún, con poderes instructorios suficientes para esclarecer la verdad de los hechos en disputa y, de ese modo, asegurar el resultado justo y útil de la jurisdicción. Y como proyección se vislumbra un creciente



“activismo” judicial sustantivo y procesal, que se convierte en el eje central que alienta una incipiente y rica creación pretoriana, especialmente encaminada al aseguramiento de los derechos fundamentales.

1.1.2.1.2. Evolución histórica.

63. A partir de la originaria adscripción de los ordenamientos procesales del subcontinente americano a la tradición del *civil law* continental europeo, se ha producido en su evolución histórica el paso sucesivo por diversas etapas que pueden enunciarse en sus grandes trazos así: colonial; patria; del procedimentalismo; científica; contemporánea.

El fenómeno de la recepción del proceso común romano-canónico, resultado de la infiltración de elementos germánicos en el proceso romano, opera en España especialmente a partir del siglo XIII, con la compilación llevada a cabo en 1265, conocida con el nombre de las Siete Partidas, de las cuales la III estaba dedicada a la materia procesal. Posteriores regulaciones mantuvieron en esencia sus principios, destacándose la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). En América, a partir del descubrimiento (1492) se aplican a través de las Leyes de Indias, la legislación procesal vigente en España, que se ordena mediante la Recopilación de Indias (1680), que establecía un complejo orden de prelación de las leyes entonces vigentes. Durante la época colonial la administración de justicia estaba distribuida entre la justicia lega de primera instancia, civil y criminal, los gobernadores e intendentes con funciones de alzada en ciertos supuestos y las Reales Audiencias, que conocían en tercera instancia y en instancia originaria para el juzgamiento de delitos graves o por la calidad de las personas. Contra las resoluciones de las Reales Audiencias era procedentes recursos extraordinarios para ante el Supremo Consejo de Indias, residente en España. Todavía perduran las consecuencias derivadas de las grandes distancias que separan a las metrópolis de los centros coloniales, lejanía que ha influido en el complejo régimen de las impugnaciones²⁰⁸.

En Brasil, desde la época del descubrimiento (1500) hasta la independencia en 1822, estuvo en vigor el derecho real portugués, contenido en las *Ordenações Afonsinas* de 1456, influenciadas por las Siete Partidas, y sucesivamente, las *Ordenações Manuelinas* (1514) y, desde 1603, las *Ordenações Filipinas*. El derecho de las *Ordenações* representaba el *ius proprium*, que se integraba en el cuadro más

²⁰⁸ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina en III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la Justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 setiembre 2009.



vasto de los *iura communia*, los derechos del Imperio y el romano-canónico de la Iglesia de aplicación subsidiaria, en paralelo con lo que, es sabido, constituía característica dominante en los ordenamientos europeos de la alta Edad Media. En ese contexto, sobresalía naturalmente la influencia del derecho romano, desde que las propias *Ordenações* constituían una verdadera codificación del derecho común, que pervivió al desaparecer aquellas y aún, en buena parte, hasta nuestros días. Esa evolución, que denotó la falta de recepción en general de otras fuentes externas, incluyendo el derecho francés, confirió al derecho común y procesal brasileño una individualidad propia.

64. En los tiempos que siguieron a los movimientos de independencia de las potencias coloniales (en 1810 se emanciparon Argentina, Chile, Venezuela, Colombia y México; en 1822, Brasil), se fueron configurando lenta y trabajosamente los nuevos sistemas patrios. Durante muchos años perduraron o influenciaron las legislaciones coloniales, hasta desembocar en las primeras codificaciones procesales, todavía tributarias de las LEC españolas de 1855 y 1881, bajo el auge del procedimentalismo que se encumbró, en general, en las últimas décadas del siglo XIX y pervivió durante más de medio siglo.

Las ideas renovadoras de la doctrina alemana y, especialmente, las difundidas por la escuela clásica italiana inaugurada por CHIOVENDA, y en buena medida también por algunos destacados autores españoles, penetraron primero en la doctrina vernácula, desde los años 30 del siglo pasado, y después fueron recogidas, al menos en parte, por los códigos de la etapa del “procesalismo científico”. Pueden mencionarse, entre otros, el CPCN Arg. (1967)²⁰⁹, el CPC Br. (1973)²¹⁰, el CPC Col. (1970)²¹¹, el CPC Ven. (1986)²¹², el CGP Ur. (1989)²¹³, el CPC Pe. (1993)²¹⁴.

En Brasil, producida la emancipación política en 1822, la creación de una nueva legislación operó recién con el transcurso del tiempo. El proceso civil continuó regido por las *Ordenações Filipinas* hasta 1890 al implantarse la República. A partir de la Constitución de 1934 se reconoció la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre proceso civil, consagrándose el primer código en 1939. Igualmente, a partir de mediados del siglo XX el sistema procesal brasileño recibió profundas influencias de la doctrina italiana y alemana, primero, y después de otros países europeos, consolidándose la

²⁰⁹ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

²¹⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²¹¹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

²¹² MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²¹³ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²¹⁴ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..



filiación romano-germánica, al mismo tiempo que se buscaba inspiración en los ordenamientos anglosajones. Resultó notoria la influencia de la doctrina clásica italiana en el CPC de 1973²¹⁵.

1.1.2.1.3. Características típicas de los ordenamientos procesales iberoamericanos.

65. Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas, las legislaciones procesales de los países del subcontinente americano pueden encasillarse, en general, entre aquellas que provienen del *civil law* continental europeo, si bien han sufrido “infiltraciones” diversas por la recepción de ciertas y determinadas instituciones que son originarias de la tradición del *common law* inglés y norteamericano.

Las notas esenciales que tipifican los ordenamientos de la región son las siguientes:

1°. Principio dispositivo atenuado.

66. En todos los códigos se confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial, a través del planteamiento de la acción, como la aportación de los hechos sobre los cuales ha de recaer la decisión del juez. La vigencia del principio se manifiesta en la iniciativa del proceso civil (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), y la disponibilidad por las partes del derecho material, a través del desestimamiento de la acción o del derecho, el allanamiento del demandado, la transacción o conciliación (salvo en los procesos en que existe un interés general comprometido). En cambio, corresponde al juez la dirección del proceso, que incluye el impulso material oficioso, sin perjuicio de la carga de las partes de hacer lo propio.

Las partes son las que mediante sus postulaciones, proceden a aportar los hechos y determinan el *thema decidendum*, debiendo el juez limitarse a decidir en los términos de dichas alegaciones (principio de congruencia), sin perjuicio de la aplicación del derecho que correspondiere (*iuria novit curia*). Al juez se le reconoce, en la mayoría de los ordenamientos, potestades más o menos amplias para completar o integrar, *ex officio*, el material probatorio aportado por las partes. Así, el CPCN Arg. le impone como deber ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos

²¹⁵ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2°); puede, asimismo, disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimientos de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa (art. 452). Estos preceptos y otros complementarios contribuyen a atenuar considerablemente el principio dispositivo y le adjudican al juez un rol relevante como director y gestor del proceso. Lo propio ocurre en el CPC Br.²¹⁶, CPC Col.²¹⁷, CPC Ven.²¹⁸, CGP Ur.²¹⁹ y CPC Pe²²⁰. Las técnicas del *case management* si bien no están explicitadas, son a menudo utilizadas, en sus diversas variables con la finalidad de acelerar el trámite del proceso. El CPC Ch., de su lado, continúa imbuído de los principios tradicionales que acotan considerablemente la misión judicial²²¹.

2°. Principio de contradicción.

67. La garantía de contradicción o bilateralidad deriva, en la mayoría de los ordenamientos, de cláusulas constitucionales que consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio. Supone que las leyes procesales acuerden a las partes una suficiente y razonable oportunidad de ser oídas y participar en la

²¹⁶ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., quienes afirman que el sistema brasileño puede ser considerado un sistema mixto de *civil law* y *common law*. El principio dispositivo es observado para el enjuiciamiento de la demanda, pero el proceso se desenvuelve por impulso oficial, con poderes instructorios conferidos al juez.

²¹⁷ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., señalan que las características más relevantes del sistema procesal colombiano se encuentran en el “Título Preliminar” del CPC: i) gratuidad; ii) sistema mixto de procedimiento, en el cual tienen cabida el dispositivo y el inquisitivo; iii) la prevalencia del derecho sustancial, que comporta la garantía del debido proceso.

²¹⁸ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y., destacan que el CPC Ven. de 1986 introdujo la figura del juez como director del proceso y le ordena su impulso aún de oficio hasta su conclusión, atribuyéndole facultades probatorias que en general no ejerce.

²¹⁹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., subrayan que en el CGP vigente el juez se constituye el verdadero director del proceso, abandonando su anterior rol pasivo, en el marco de un sistema predominantemente dispositivo, donde subsiste la disponibilidad material del derecho en cabeza de las partes y las consecuentes limitaciones del juez por los hechos y pruebas restringidas a los hechos alegados y controvertidos.

²²⁰ MONROY GALVEZ J., CAIRO O., quienes enfatizan que el CPC Per. vigente se elaboró en base a los principios o garantías constitucionales del proceso, reconociendo los derechos de las partes (principios de la demanda, de igualdad sustancial, del contradictorio, de la defensa, etc.), en equilibrio con aquellos que permiten al juez el dictado de una resolución justa, como director del proceso y titular de poderes instructorios a ese fin.

²²¹ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., destacan la actitud pasiva del juez chileno no sólo en la génesis del proceso sino también en cuanto al desenvolvimiento de los trámites y la instrucción probatoria, ámbito en el que las atribuciones del órgano están restringidas a la sola adopción de las tradicionales medidas “para mejor proveer” de la antigua legislación española.



actividad probatoria, mediante el ofrecimiento, producción y control de las pruebas de parte y de las dispuestas *ex officio* por el juez.

Excepcionalmente, se admite que las medidas cautelares y de urgencia en general, puedan ser decretadas *inaudita parte*; o, en los juicios de ejecución, se excluye la posibilidad de deducir ciertas defensas vinculadas con la relación sustancial o fundadas en circunstancias anteriores a la creación del título que se ejecuta. Se trata de supuestos de aplazamiento o postergación del contradictorio, que puede ser ejercido en un momento posterior.

En varios ordenamientos se regulan procesos de estructura monitoria, generalmente siguiendo el tradicional modelo italiano documental, aunque con variantes no significativas. Así, en Uruguay (arts. 354, ss. CGP Ur.)²²², Brasil (arts. 1102-a, b y c, CPC)²²³, y Venezuela²²⁴.

3°. *Sistemas mixtos de escritura-oralidad.*

68. La pervivencia casi inalterada de las variables estructurales de la tradición del *civil law* en las legislaciones hispano-luso americanas ha sido una de las razones de mayor peso que ha impedido, en la mayoría de ellos, la adopción de sistemas de enjuiciamiento orales, o al menos, predominantemente orales. El tan denostado esquema escriturario estructurado en estrictas fases preclusivas, con todas sus carencias por falta de inmediación, la desconcentración de los actos, muy escasa publicidad y sus inevitables secuelas del retardo en la decisión del litigio, no ha podido ser sustituido a pesar de los denodados esfuerzos de la doctrina y las innumerables proyectos que, basados más recientemente en el Código Modelo Iberoamericano, a lo largo y ancho del subcontinente en el último medio siglo han intentado instalar la oralidad. No es ésta la ocasión para analizar las causas múltiples y profundas de esa defección²²⁵, ni las iniciativas o legislaciones fracasadas, sino tan solo dejar constancia de un fenómeno que se reitera en la mayoría de los países. Así, en Argentina donde el CPC Arg. de 1967 descartó la oralidad, contentándose con el mantenimiento con escasas variantes de un procedimiento que asentaba en las viejas LEC españolas del siglo anterior. Las reformas posteriores se limitaron, en este aspecto, tan

²²² LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²²³ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.: la acción monitoria exclusivamente documental fue introducida en el CPC por ley 9079, de 1995 (arts. 1102-a, b y c).

²²⁴ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²²⁵ OTEIZA E., *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino en Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente*, F. Carpi y M. Ortells ed., Univ. de Valencia, 2008, pp. 413-426.



solo a la introducción de una audiencia preliminar, injerto que fracasara rotundamente en la práctica²²⁶. Una experiencia similar ha sido la del derecho brasileño, donde no obstante que el CPC Br. de 1939 había proclamado solemnemente la adopción del procedimiento oral, fracasó en su implementación, por lo que el legislador del CPC Br. de 1973 lo atenuó considerablemente (arts. 132, 330, 522). La oralidad quedó confinada a las audiencias de recepción de prueba, pero la inmediatez se desdibuja por el sistema de impugnaciones y la concentración no es observada por la sobrecarga de trabajo²²⁷. Las experiencias de Colombia²²⁸, Venezuela²²⁹ y Perú²³⁰ replican obstáculos, falencias y fracasos similares. En Chile se proyecta implantar la oralidad conforme al paradigma del CMPCI de 1988, mientras sigue vigente el CPC de 1902, tributarios de las viejas LEC españolas del siglo XIX²³¹.

La excepción, prácticamente la única, está constituida por CGP Ur. de 1989, que siguiera a pie juntillas el esquema del proceso por audiencias en doble instancia, del aludido Código Modelo, con resultados altamente satisfactorios: reducción considerable de los tiempos de duración del proceso, mayor calidad de las decisiones judiciales²³².

4°. Publicidad.

69. Desde que la publicidad de los actos del proceso solo se verifica en los sistemas de oralidad, consecuentemente con lo anterior, puede sostenerse que resulta muy limitada en los ordenamientos del subcontinente. Las previsiones legales sobre el carácter público de las audiencias carecen de toda significación. A salvo, claro, la legislación uruguaya, donde el proceso por audiencias posibilita la presencia del público en esos actos centrales, con las ventajas consiguientes.

²²⁶ OTEIZA E., ob. cit..

²²⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²²⁸ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., donde no obstante el principio de oralidad establecido recientemente en la reforma a la administración de justicia de 2009, solo parcialmente se lo recepta en la audiencia preliminar consagrada en 1989.

²²⁹ No obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 consagró un modelo procesal de avanzada, superador del actual modelo escrito largo, costoso y lleno de complejidades, aún está pendiente su implementación legislativa (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).

²³⁰ Mientras el CPC de 1993 prevé el desarrollo del proceso en audiencias sucesivas, de saneamiento, conciliación y de recepción de pruebas, reformas ulteriores suprimieron la audiencia de saneamiento y la de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, con lo que se ha convertido el proceso de conocimiento pleno en una vía procedimental puramente escrita (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

²³¹ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

²³² LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., con remisión a PEREIRA CAMPOS S., *El proceso civil ordinario por audiencias. La experiencia uruguaya en la reforma procesal civil*, Montevideo, 2007.



5°. *Administración de la prueba.*

70. Como ha sido señalado, en los ordenamientos de la región prevalece el criterio de la distribución de la tarea probatoria, que es confiada por un lado y principalmente a las partes a título de carga procesal, sin perjuicio de los recíprocos deberes de colaboración; y, por otro, al juez como deber de integración del material aportado por aquellas, en cuanto su ejercicio resulte necesario para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (principio de primacía de la realidad). Solo se prevén potestades judiciales genéricas de dirección y ordenación de las causas –concentrar en lo posible los actos, señalar anticipadamente sus defectos u omisiones y sanearlos, prevenir y sancionar los que resulten contrarios a la buena fe, procurar la mayor economía procesal, etc.-, incluyendo la denominada audiencia preliminar, pero no se regulan específicas técnicas de gestión, propias del *case management*, que resultan particularmente útiles para la administración de las pruebas (conferencias preliminares, contratos de procedimiento, etc.).

6°. *Sistema de las impugnaciones.*

71. El régimen de la época colonial dejó profundas huellas en los ordenamientos procesales ibero-luso americanos, con sus intrincados procedimientos impugnatorios²³³. Aún en el presente, muchos de estos ordenamientos padecen disfuncionalidades, que se manifiestan tanto en los recursos ordinarios como en los extraordinarios, y que conspiran para generar una de las principales causas incidentes en la excesiva duración de los procesos.

a) *Recursos ordinarios.*

72. En el marco de la doble instancia de grado, los recursos típicos son el de apelación y el de nulidad que, en algunos ordenamientos queda subsumido en aquel. Tienden a reparar errores de juicio (*in iudicando*) o irregularidades del procedimiento (*in procedendo*) y se conceden con amplitud para atacar tanto las sentencias finales de mérito como las interlocutorias o aún simples, dictadas durante el curso del trámite. No significan una revisión de la primera instancia (*ius novarum*), ya que el tribunal de alzada se limita a examinar el pronunciamiento impugnado en base al material reunido en aquella; solo

²³³ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..



excepcionalmente se admite la aportación de nuevos elementos de juicio o la producción de pruebas rechazadas por el *a quo*. Si bien por principio la apelación procede contra todo tipo de resoluciones, quedan excluidas aquellas que no produzcan gravamen irreparable, o que recaigan en procesos en que el valor cuestionado no exceda de un monto determinado. En los procesos extraordinarios o plenarios abreviados, generalmente la regla es inversa: solo se admiten en los casos de excepción que la ley determina. La apelación puede concederse en el modo “libre”, que posibilita la alegación y prueba de hechos nuevos, o de modo restringido (algunos ordenamientos de raíz hispana aún aluden a la apelación “en relación”²³⁴, terminología propia de la antigua legislación española), en cuyo caso el tribunal *a quem* resuelve derechamente en base a lo actuado en la instancia de origen. La interposición del recurso, en la mayoría de los ordenamientos, suspende como regla la ejecución de la sentencia hasta tanto sea decidido²³⁵. En cambio, en el CGP Ur. se admite la ejecución provisional de la sentencia de condena, prestando el requirente garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los gastos judiciales y los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse. A su vez, la contraria podrá solicitar la suspensión de la ejecución por causarle perjuicio grave, de difícil reparación, lo que apreciará discrecionalmente el tribunal, exigiéndose en su caso al condenado que preste garantía bastante para asegurar lo que ha de ser objeto de la ejecución. Por lo demás, en lugar de la ejecución provisional, podrán adoptarse en cualquier momento medidas cautelares (art. 260)²³⁶. Un régimen similar se contiene en el CPC Br., que al cabo de su evolución terminó por admitir la ejecución provisoria, que conduce a la alienación de los bienes, mediante caución que, excepcionalmente, puede ser dispensada (ley 10.444, de 2002)²³⁷.

Son diversas y complejas las cuestiones que plantea el régimen recursivo ordinario, que no cabe aquí considerar. Sin embargo, puede formularse una apreciación general para resaltar que el intrincado sistema de impugnaciones que en general, con variantes no significativas, se articula en las legislaciones hispano-luso americanas, es tributario de aquella variable estructural propia del órgano jurisdiccional, ya aludida, el sistema de selección de los jueces y su adscripción a una carrera burocrática. De ello principalmente, y sin dejar de lado otros aspectos concurrentes, se ha derivado una visceral desconfianza hacia la magistratura, el desprestigio de su quehacer y la falta de credibilidad de sus decisiones, que *ab origine* no son percibidas como sustancialmente justas.

²³⁴ Así el CPCN Arg., arts. 243, 246.

²³⁵ CGP Ur., art. 251, 252; CPCN Arg., art. 243, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo.

²³⁶ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²³⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



b) Recursos extraordinarios y régimen de la casación.

73. El derecho público de los países iberolusoamericanos exhibe, en la mayoría de las legislaciones, la singularidad de hacer receptado para la organización del Poder Judicial federal el paradigma de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, con una Suprema Corte en el vértice de un verdadero y propio poder de Estado, que se concretó con el seguimiento sustancial del esquema de la *Judiciary Act* de 1787. Simultáneamente, la casación común se encomendaba, o de hecho la asumía, el mismo tribunal u otro también superior, que en los países de organización federativa se radicaba en cada una de las jurisdicciones locales. Así, en Argentina se estatuyó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema Nacional, en 1863, y ésta prontamente adoptó para sí la doctrina de *Marbury vs. Madison*, erigiéndose en guardiana de la Constitución para asegurar su supremacía a través del control último de constitucionalidad, como una verdadera casación constitucional y sin perjuicio del control difuso en manos de todos los jueces de la Nación. La casación común sobre la interpretación de las leyes comunes, entretanto, quedaba disgregada entre los superiores tribunales de provincia, a falta de una casación nacional, y organizada en base al modelo francés en versión española del siglo XIX, con características típicas del *civil law* continental europeo²³⁸.

Los sistemas difusos en América Latina pasaron a convivir con formas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en sistemas mixtos de justicia constitucional. Esa transformación provino de la creación de Tribunales Constitucionales al estilo europeo en Perú²³⁹, Colombia²⁴⁰, Ecuador, entre otros; o por la atribución a la Corte Suprema (México, Brasil) o a una de sus Salas (Venezuela) de la competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes por vía directa.

74. En su evolución más que centenaria los tribunales supremos de la región, casi sin excepción, muestran trayectorias signadas por similares escollos –que, podría sostenerse, resultan universalmente consustanciales a todos los órganos superiores- y que, especialmente en las últimas décadas, han derivado en una permanente e insuperable sobrecarga de tareas, por el número ingobernable de las causas a decisión. Semejante situación de colapso ha perturbado gravemente el ejercicio de las funciones político-institucionales primarias, como verdadero poder de Estado, que corresponde a las Cortes Superiores, al quedar de hecho absorbidas por el control de legitimidad, la nomofilaquia de los

²³⁸ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

²³⁹ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

²⁴⁰ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



casos concretos. Si bien el punto excede los objetivos del presente, no podemos dejar de señalar al menos, que algunos de los ordenamientos de la región están en tránsito hacia la modificación paulatina de los esquemas tradicionales, especialmente a partir de la adopción de sistemas de selección de las causas, con el objetivo de reducir sustancialmente la cantidad de asuntos a resolver. Los modelos son diversos. Así, el *writ of certiorary* norteamericano influyó en la reforma argentina de 1990, que instituyó un *certiorary* “criollo” con particularidades propias: posibilita a la Corte, “según su sana discreción”, rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (art. 280, CPCN)²⁴¹. A su vez, con las mismas finalidades, la Enmienda Constitucional brasileña n° 45/2004 (art. 102 § 3) incorporó el requisito de la *repercussao geral* para la admisibilidad del recurso extraordinario ante el STF, ulteriormente reglamentado por la ley 11.418, de 2006 (art. 543-A, CPC Br.)²⁴². La decisión denegatoria debe adoptarse por mayoría calificada de dos tercios de sus integrantes, a cuyo efecto “será considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, que exceda los intereses subjetivos de la causa”. Habrá repercusión general siempre que el recurso impugnare decisión contraria a *súmula* o jurisprudencia dominante del tribunal (inc. 3, art. cit.). El mecanismo adoptado, más allá de sus particularidades, reconoce diversas fuentes, entre ellas el derecho alemán.

En suma, existe una tendencia a restringir, bien que mediante técnicas diversas, la competencia de los tribunales superiores para conocer tan solo, en principio, de las cuestiones constitucionales trascendentes, ejercitando amplios poderes discrecionales, no solo para cerrar las compuertas sino, también, para abrirlas –el *certiorari* “positivo” argentino-. Todo ello incide notablemente en la misión de las Cortes, ahora reconvertida para poder concentrarse en la función de *governar la legalidad* del sistema jurídico en su conjunto, atendiendo preferente antes que al *litigatoris*, al interés público que resulta propio del ordenamiento en su conjunto, el *jus constitutionis*, siguiendo las comunes matrices del derecho norteamericano y de ciertas legislaciones del *civil law* continental, especialmente la alemana.

75. En punto a la *naturaleza y efectos de las sentencias constitucionales*, los regímenes nacionales exhiben diferencias notorias en cuanto al efecto vinculante del pronunciamiento, en

²⁴¹ En la doctrina argentina, por todos: MORELLO A.M., *Admisibilidad del recurso extraordinario (el certiorari según la jurisprudencia)*, LEP, La Plata, 1997.

²⁴² PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



conexión con las respectivas normas constitucionales que estatuyen sobre el Poder Judicial dentro de esquemas de división y equilibrio de poderes. Buena parte de los países siguen adscriptos al modelo de la Constitución norteamericana de 1787 y la *Judiciary Act* de 1789 (Argentina, Brasil). Otros han adoptado el paradigma de los Tribunales Constitucionales al estilo europeo.

En lo que aquí interesa nos centraremos en el primero de esos grupos, dentro del cual pueden identificarse, a su vez, al menos tres modelos diferentes: en primer lugar, algunos ordenamientos siguen el principio que los jueces les corresponde tan solo la aplicación en concreto de la ley en los casos planteados, de lo que se derivan que sus sentencias constitucionales solo tienen virtualidad *inter partes*; y no para terceros, pues ello –los efectos *erga omnes*– implicaría conceder a las decisiones alcances generales y abstractos, invadiendo atribuciones propias y excluyentes del legislador. Por excepción, se admite la extensión subjetiva u horizontal de los efectos de la sentencia constitucional que recae sobre derechos o intereses colectivos o difusos, y en general sobre los derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se incluyen los denominados derechos individuales homogéneos. Un problema diverso se plantea en torno de la vinculatoriedad vertical u orgánica interna de los efectos de las sentencias de los tribunales superiores, en relación a los jueces inferiores, prevaleciendo el criterio en cuya virtud los tribunales inferiores, sean federales o provinciales, deben ajustar sus decisiones sobre puntos regidos por la Constitución, a los pronunciamientos de aquella; sin perjuicio de quedar a salvo la posibilidad de apartamiento que se reconoce a los magistrados inferiores, siempre que hubiera sido fundado en razones novedosas y tendiere a la modificación del criterio del superior. En definitiva, la vinculatoriedad de los efectos de los pronunciamientos de la Corte se sustenta en razones de igualdad y seguridad jurídica, por la necesidad de asegurar la uniformación de la interpretación jurídica. Es el régimen, entre otros, del derecho argentino²⁴³.

En segundo lugar, en otros ordenamientos, como el de Colombia a partir de la Carta Política de 1991, se observa un giro hacia el establecimiento de la *doctrina de precedentes*²⁴⁴, que progresivamente se ha ido expandiendo, en especial a partir de 1995, al asumir la Corte atribuciones para fijar la doctrina constitucional como regla de obligatoria observancia por parte de los jueces inferiores, cuando está en juego la interpretación de los derechos fundamentales. Las sentencias constitucionales producen efectos *erga omnes* y vinculan frente a casos futuros. Podría encasillarse en este grupo a la legislación

²⁴³ OTEIZA E., *La función de las Cortes Supremas en América Latina en Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., Rubinzal-Culzoni ed., 2010, pp. 669 y ss..

²⁴⁴ PARRA QUIJANO, J., *El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación*, informe colombiano al VII Seminario Internazionale, Roma, 2002.



mexicana, donde la ley de amparo impone a la Suprema Corte en pleno o a sus Salas, la resolución de contradicciones entre las tesis sustentadas por los tribunales colegiados en los juicios de amparo, aprobar el texto y numerar de manera progresiva sus tesis jurisdiccionales²⁴⁵. Con las reformas constitucionales de 1995 y 1996, la SC se convirtió en un tribunal especializado de naturaleza constitucional, advirtiéndose la tendencia a expandir los efectos subjetivos de la cosa juzgada sobre materia constitucional²⁴⁶. También en Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, al pronunciarse sobre el recurso de revisión constitucional dicta sentencias vinculantes que ordena publicar en la Gaceta Oficial, siendo de observancia obligatoria para las demás Salas del tribunal y para los órganos inferiores²⁴⁷. En Perú, el Tribunal Constitucional utiliza igualmente la técnica del precedente que, aunque con resultados dispares, recogen los órganos administrativos y los jueces laborales, con la finalidad de uniformar los criterios jurisprudenciales, especialmente en las cuestiones de mayor relevancia social²⁴⁸.

76. Por último, en tercer lugar, en Brasil, el STF instituyó la *súmula de la jurisprudencia predominante* por enmienda de 1963 a su régimen interno, con la finalidad de compendiar y publicar las tesis jurídicas y acordarles efectos vinculantes respecto de los tribunales inferiores. Ulteriormente, la enmienda constitucional N° 45/2004, insertó el art. 103-A de la Constitución Federal (CF) disponiendo que el STF podrá, de oficio o por provocación, después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar *súmula* por el voto de los dos tercios de sus integrantes que, a partir de su publicación oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal, como también proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida en la ley (§ 1°). La *súmula* tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre ellos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica (§ 1). Sin perjuicio de lo que establezca la ley, la aprobación, revisión o cancelación de *súmula* podrá ser provocada por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad (§ 2). Del acto administrativo o decisión judicial que contrarie la *súmula* o que la aplicare indebidamente, cabrá reclamación al STF que, juzgándola procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y

²⁴⁵ OVALLE FAVELA J., *Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia*, en *Derecho Privado*, coord. J. Adame Godar, UNAM, México, 2005, pp. 445 y ss..

²⁴⁶ FIX-ZAMUDIO H., *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2005, pp. 274 y ss..

²⁴⁷ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²⁴⁸ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..



determinará que otra sea dictada con o sin aplicación de *súmula*, conforme al caso (§ 3). Como se ha señalado²⁴⁹, la creación de la *súmula* vinculante en el derecho brasileño tuvo la virtualidad de transformar la jurisprudencia del STF, aún fuera de los casos de control de constitucionalidad, de mera modalidad de interpretación, en fuente de derecho. Sin embargo, a diferencia del sistema de *stare decisis* del *common law*, la jurisprudencia del STF, en el caso de la *súmula* vinculante, no obliga al tribunal a regirse por el precedente, pero impide nuevos juzgamientos.

7° El sistema de garantías.

77. A partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”²⁵⁰. No ha sido casual que como consecuencia del creciente proceso de democratización y retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999). Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93 CP²⁵¹; Brasil, art. 5º § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de principios para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el

²⁴⁹ PELLEGRINI GRINOVER A., *O Supremo Tribunal e a súmula vinculante en El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, R.O. Berizonce, J.C. Hitters, E. Oteiza coord., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 3-4. Asimismo: BARBOSA MOREIRA J.C., *A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal en El papel de los Tribunales Superiores...*, ob. cit., pp. 555 y ss..

²⁵⁰ BEJARANO GUZMÁN R., *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, E. Ferrer Mac-Gregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173.

²⁵¹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



“*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8º y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia” –CN Arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, CP Per., art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br)²⁵².

a) 78. El principal instrumento de tutela de los derechos fundamentales está dado por las instituciones, procedimientos y técnicas procesales y organizacionales, y en particular por las acciones y remedios constitucionales, que genéricamente componen los denominados ***procesos constitucionales***.

Sea en los ordenamientos que se mantienen fieles al sistema de control difuso de constitucionalidad, ya en aquellos otros que organizan un control concentrado en manos de un Tribunal Constitucional, el recurso extraordinario o la acción declarativa o demanda pública de inconstitucionalidad son los carriles propios para la tutela de los derechos fundamentales.

El sistema de justicia constitucional se integra, asimismo, por las garantías del *amparo* (México, Argentina), la *acción de tutela* (Colombia)²⁵³ o el *mandado de segurança* brasileño, el *habeas data* y otras instituciones similares. El juicio de amparo tendiente a asegurar la tutela directa e inmediata de las garantías constitucionales cuando han sido flagrantemente violadas, se originó en el derecho mexicano, del cual pasó a la legislación de la mayor parte de los países del área, para finalmente quedar incorporado a la CADH (art. 25). El amparo latinoamericano presenta la particularidad, a diferencia de las regulaciones europeas continentales en general, de consagrar una forma de tutela expedita que no se gradúa en relación con la naturaleza de los derechos o su clasificación, por manera que todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales –incluyendo los colectivos-, se consideran igualmente garantizados y susceptibles de ser tutelados por la vía directa del amparo.

²⁵² OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo...*, ob. cit..

²⁵³ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. La CP de 1991 estableció tres acciones trascendentes: la acción de tutela (recurso de amparo), las acciones populares y de grupo para la tutela de los derechos colectivos e individuales homogéneos, y la acción de cumplimiento.



Otra institución típica de la justicia constitucional latinoamericana es la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, que permite a los jueces asegurar la virtualidad de los derechos fundamentales cuando mediere inercia u omisión, total o parcial, del legislador. La experiencia más notable es la de Brasil, donde la Constitución de 1988 establece que verificada la existencia de una omisión por parte de un poder de Estado, que torna ineficaz una norma constitucional, el STF procede a reparar la omisión (art. 103 § 2). En caso que la omisión tenga por objeto de un derecho fundamental, procede el *mandado de injunção*²⁵⁴. En otros países, por caso Argentina, la inconstitucionalidad por omisión se admite por creación pretoriana. Es igualmente típica la *acción de cumplimiento* consagrada por el art. 87 de la CP Col., que se otorga para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo²⁵⁵.

b) 79. Asimismo, se ha desarrollado paulatinamente en diversos ordenamientos, generalmente por creación pretoriana, ciertas tutelas de excepción, reforzadas que se agrupan bajo la denominación de ***tutelas procesales diferenciadas*** de los derechos fundamentales. Existen ciertas situaciones exaltadas en las constituciones como merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios subrayados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, al derecho a la vida y a la dignidad de la persona, a la educación, a la vivienda digna, a los derechos sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de comunidades originarias, grupos desplazados²⁵⁶, de la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, las constituciones establecen el deber de aseguramiento positivo para tutelar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes.

Los autores del CMPCI de 1988 no fueron ajenos a estas preocupaciones, e incorporaron como precepto de avanzada el art. 310, que estatuye pautas especiales para ciertas pretensiones; así para las

²⁵⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁵⁵ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.. El Consejo de Estado la ha admitido especialmente respecto de personas afectadas gravemente por la violencia y desplazadas de sus tierras de origen.

²⁵⁶ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., quienes refieren decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana, en juzgamiento de acciones de tutela, que consagran mecanismos procesales preferentes a favor de las personas vulneradas.



propias de la materia laboral, agrarias y demás de carácter social, las relativas a menores o incapaces. Como regla general, en tales procesos el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en la instrucción de las causas, sin perjuicio del principio de contradicción y del debido proceso (apart. 4º). Prevé, complementariamente, que en tales procesos se podrá modificar la pretensión en una audiencia preliminar, con intervención de la contraria, cuando resulte, manifiestamente, que carencias de información o asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte (apart. 2º).

Al presente, diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines²⁵⁷. Se advierte una tendencia general a implementar reformas orgánico-funcionales que se complementan con procesos especiales, para atender la tutela de derechos y situaciones merecedoras de tutelas diferenciadas, en los que se recogen y experimentan instituciones y procedimientos novedosos que tienden a superar los moldes tradicionales. Esas innovaciones son, a menudo, el germen para la transformación evolutiva del proceso común, tal como ha ocurrido en algunos países europeos (así, vg., la reforma del proceso laboral de 1973 en Italia).

Pueden mencionarse, entre otros: 1) los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* brasileños²⁵⁸ y la Justicia de paz colombiana²⁵⁹; 2) las recientes reformas al proceso laboral en Chile²⁶⁰, Venezuela²⁶¹. Diferente se muestra la experiencia uruguaya, en que la regulación originaria del CGP fue sustituida en 2009 por una ley especial que ha suscitado severas críticas²⁶²; 3) los tribunales y procesos especiales familiares en Chile²⁶³; 4) la jurisdicción especial indígena creada por la CP Col de 1991²⁶⁴.

²⁵⁷ BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2009, *passim*.

²⁵⁸ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁵⁹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., aluden a la ley de 2009 que creara los juzgados de pequeñas causas, regidos por la oralidad.

²⁶⁰ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., quienes destacan el modelo de tribunales laborales estructurados en “Jueces de letras” para la aplicación de un proceso oral y concentrado, con jueces de cobranzas para la ejecución a través de un proceso monitorio, al igual que el establecimiento de procedimientos especiales, como el de “vulneración de derechos” para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

²⁶¹ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y., señalan la importante reforma traída por la ley de 2002, que estructuró un proceso oral concentrado, precedido por una etapa de mediación y conciliación obligatoria que inicialmente permitía concluir los juicios en un tiempo máximo de cuatro meses que, sin embargo, se fue desnaturalizando incrementándose notablemente la duración del proceso, lo que viene alentando intentos de nuevas reformas.

²⁶² LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., afirman que la nueva regulación padece de grandes errores técnicos y algunas de sus disposiciones han sido declaradas inconstitucionales.

²⁶³ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R., destacan que mediante las leyes 19.968 y 20.286 se estructuró un proceso por audiencias ante tribunales de familia que concentran la competencia en todas sus materias, regulando procedimientos adecuados a la búsqueda de soluciones cooperativas, pacíficas y consensuadas. El tribunal cuenta



Las técnicas procesales incluyen, entre otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, mediante el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; b) acceso irrestricto –sin costos ni cargas económicas- a la jurisdicción; c) auspicio de las soluciones autocompuestas; d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; e) preclusión elástica de las deducciones; f) flexibilización del principio de congruencia; g) técnicas de sumarización, en general; h) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; i) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; j) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos. En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda sin embargo, la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

1.1.2.2. Tradiciones nacionales específicas.

80. Si las tradiciones, en su acepción clásica, aluden a un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del derecho en una sociedad, podría afirmarse que en área ibero-luso americana son muy escasas las tradiciones culturales referidas al proceso civil; y naturalmente difícilmente puedan considerarse originarias de un país determinado²⁶⁵. Es que los ordenamientos procesales en vigor han implicado, por lo general y salvo muy limitadas excepciones, una ruptura abrupta con la cultura del proceso heredada de la época colonial, como ya fuera señalado. Si se analizan las normativas vigentes puede arribarse a la conclusión que sus fuentes inspiradoras ya no son aquellas legislaciones tradicionales, sino otras diversas: principalmente la doctrina clásica italiana y, a través de ella, la doctrina austro-alemana, el CPC italiano de 1942. Las instituciones de los códigos, en su mayoría sancionados en el último medio siglo, difícilmente pueden ser consideradas conformando una auténtica tradición. Habrá que espigar, en todo caso, en aquellas

con el soporte de Consejos Técnicos que lo apoyan en la toma de las decisiones. Adicionalmente, cabe señalar que un sistema similar se había instituido con anterioridad en algunas provincias argentinas, como las de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza (BERIZONCE R.O., BERMEJO P. y AMENDOLARA Z., *Tribunales y proceso de familia*, LEP, La Plata, 2001).

²⁶⁴ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

²⁶⁵ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



otras que han perdurado desde los lejanos tiempos coloniales y el derecho patrio desarrollado en el ochocientos hasta la primera mitad del novecientos.

Con esa imprescindible aclaración, podría sostenerse que algunas de las tradiciones nacionales específicas son las siguientes.

1. *Tradición de la escritura.*

81. Según ya se ha explicado, el sistema escriturario, estructurado en estrictas fases preclusivas, desconcentrado, con instancias múltiples, falta de intermediación, sin publicidad, constituye una tradición que proviene de la herencia colonial española y lusitana, que se han mantenido incólume en la mayoría de las legislaciones y, no menos principalmente, en los usos *–usus fori–* siempre desnaturalizadores. Constituye excepción la legislación uruguaya a partir del CGP de 1989.

En cambio, puede afirmarse que el modelo del juez impasible y neutral, pasivo e inerte, consustancial al sistema escriturario, quedó superado en la mayoría de las legislaciones vigentes, donde se lo concibe como verdadero director del proceso²⁶⁶.

2. *Los medios alternativos de resolución de disputas (ADR).*

82. Desde principio de los años '90 la región asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaran paulatina aunque dificultosamente en los usos colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos distintas han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades y solo en algunos países se los considera integrando "tradiciones típicas"²⁶⁷. Podría sostenerse que, en general, se han

²⁶⁶ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²⁶⁷ Así, en Colombia: BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., quienes señalan que la conciliación y el arbitraje se vieron reforzados por mandato constitucional. En dicho informe nacional se analizan las diversas vicisitudes atravesadas por la conciliación a partir de 1998 y hasta la actualidad. Asimismo, en Uruguay, donde existe una instancia de conciliación previa ante la Justicia de Paz, de larga tradición pues proviene del mandato de la Constitución de 1830, mantenida en la Carta vigente de 1967 (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.). También en Brasil la Constitución Imperial de 1824 disponía que ninguna demanda pudiera ser enjuiciada sin demostrarse que se intentó previamente la conciliación (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).



desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial²⁶⁸ y el arbitraje²⁶⁹, bajo singulares formas organizativas –judicial, administrativo, institucional o “administrado”-.

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso en la mayoría de nuestros países, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas²⁷⁰. Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano –conciliador, mediador, componedor, árbitro- en una dimensión singular, como verdadero “acompañante” de aquellas, como guía, gestor o impulsor en la búsqueda de soluciones autocompuestas –conciliación, mediación-, o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender –amigable composición-. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que solo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de “coexistencialidad”²⁷¹ –cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general-. De modo similar, los conflictos derivados de las relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o “administrado” se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

No se avizoran, en cambio, claras líneas de tendencia en punto a tópicos no menos sustanciales, cuales son, entre otros, los referidos a la judicialización o desjudicialización de ciertas cuestiones –por caso, las relativas a las relaciones de consumo²⁷²-; o si las formas de justicia alternativa deben o no buscarse fuera de la maquinaria judicial. Sigue abierto el debate sobre el estatus de los operadores

²⁶⁸ En el CGP Ur. el intento conciliatorio tiene lugar en la audiencia preliminar directamente ante el juez, con singulares ventajas y rendimiento, sin perjuicio de la potestad de las partes de conciliar o transigir la litis en cualquier estado del proceso (art. 223, CGP). LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²⁶⁹ Remitimos a las muy valiosas ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en *Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal*, San José, Costa Rica, 2000, v. I, pp. 9 y ss..

²⁷⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., afirman que los medios alternativos están siendo reforzados, pero aún no constituyen características del sistema procesal, como acontece, p. e., en Inglaterra.

²⁷¹ CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1981, pp. 49 y ss; *id.*, *Acceso a la justicia (como programa de reformas...)*, Rev. Col. Abog. La Plata, nº 41, pp. 165 y ss..

²⁷² Afirman MONROY GALVEZ J., CAIRO O., que en Perú se asiste a un desmesurado auge de las jurisdicciones administrativas particularmente en áreas vinculadas a los derechos colectivos o difusos, donde se atribuye la legitimación para promover acciones administrativas o judiciales al denominado Instituto de Defensa de la Competencia.



conciliadores-mediadores (adscriptos al Poder Judicial²⁷³, independientes, organización mixta); carácter facultativo u obligatorio del sometimiento²⁷⁴; confidencialidad y sus alcances; selección de los casos; idoneidad y selección de los operadores; costo y financiamiento.

En definitiva, si bien no existen tradiciones nacionales asentadas²⁷⁵, por razones diversas, los ADR vienen ganando en Iberoamérica una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

La ponderación de los antecedentes y razones múltiples y complejas que sustentan la actual explosión de los ADR, conduce a esbozar algunas conclusiones y, al mismo tiempo, apuntar lo que parecerían ser sus proyecciones, al menos en cuanto a ciertas modalidades de la “justicia conciliatoria”, que cabe resumir así:

a) Las múltiples instituciones desarrolladas en las últimas décadas y ahora de hecho expandidas universalmente, en el marco de una verdadera cultura alternativa contrapuesta a la cultura judicial del litigio, enraízan en la mayoría de las legislaciones (Uruguay, Colombia, Argentina, entre otras) en el viejo modelo de la *justicia de paz lega* de las fuentes revolucionarias francesas de 1789, que en su desenvolvimiento, y en coincidencia con su ocaso a partir de la segunda mitad del siglo anterior, terminó por enlazarse con las ideas renovadoras que brindan ahora sustento a la denominada *justicia vecinal o de pequeñas causas*, que en la región se difundiera desde Brasil a partir de mediados de los años 80 del siglo pasado.

²⁷³ En Uruguay la SC ha creado Centros de Mediación, que aún cuando funcionan parcialmente exhiben altos porcentajes de acuerdos. En cambio, el arbitraje ha tenido escaso desarrollo, lo que se atribuye al correcto funcionamiento del sistema judicial (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.). Asimismo, en Brasil la ley 9307/96 instituyó los Centro de Arbitraje, que contribuyeron a la difusión de los ADR. Sin embargo no se ha legislado sobre la mediación a nivel federal (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).

²⁷⁴ En Argentina, la ley 26.589 de 2010, reafirmó el modelo de la anterior ley “piloto” 24.573, estatuyendo con carácter previo la mediación obligatoria, que es objeto de importantes críticas (OTEIZA E.). La experiencia peruana resalta el fracaso del régimen de conciliación extrajudicial obligatoria establecido a mediados de los noventa. Paralelamente se ha desarrollado el auge del arbitraje, cuyos resultados iniciales fueron satisfactorias aunque luego se fueron opacando; no obstante, el Estado impuso arbitrajes obligatorios en áreas disímiles como en materia de conflictos colectivos del trabajo o vinculados a los servicios públicos y actividades concesionadas (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

²⁷⁵ En Venezuela los ADR carecen de tradición y arraigo. La ley de arbitraje comercial de 1998 no ha tenido suceso, por la falta de una cultura favorable, sus altos costos y la doctrina judicial restrictiva de la ejecutabilidad de los laudos (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).



b) Sin embargo, mientras el ideario de la originaria justicia de paz y la renovadora justicia vecinal entronca con la cultura judicial de “los derechos”, en el sentido que aún desde la idea central de procedimientos sustancialmente informales y la instrucción simplificada y superficial de las causas, la decisión siempre se reserva en última instancia a un juez, aún lego, que se pronuncia con sustento en las reglas jurídicas y la equidad; en cambio, en ciertos métodos de la justicia “coexistencial” –en especial, en la mediación instalada en la región desde los años 90- la solución del conflicto se persigue en “fuga de la justicia”, en el sentido que mientras el derecho queda “de espaldas, tras la puerta”, el método se agota en una función puramente “facilitadora”, que a menudo conduce a acuerdos solutorios injustos o inequitativos.

c) Frente a la alternativa de un método de mediación “facilitadora”, como el que se recoge en la mayoría de las legislaciones de la región, se alza ahora la idea superadora de articular una suerte de *mediación-conciliación “valorativa”*²⁷⁶, sustentada sobre los principios básicos de la publicidad del procedimiento informal, la instrucción superficial y la decisión justa y equitativa, que subyace en la concepción anticipatoria de la legislación brasileña.

3. *El control difuso de constitucionalidad.*

83. Puede sostenerse que constituye una tradición nacida del cruzamiento entre el sistema del *common law* y el *civil law* continental, el control difuso de constitucionalidad de las leyes; y, al menos en algunos países, ciertas formas de control concentrado²⁷⁷. Véase *supra* § I, 3.6.2.

4. *Los procesos urgentes de amparo, acción de tutela o mandado de segurança.*

84. Véase *supra* n°78.

5. *Jurisdicciones especiales y tutelas procesales diferenciadas para cierta categoría de conflictos.*

85. Véase *supra* n°79.

²⁷⁶ FISS O., *Contra la conciliación* en *El derecho como razón pública*, trad. E. Restrepo Saldarriaga, M. Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2007, pp. 140 y ss.. TARUFFO M., *Una alternativa a las alternativas...* en *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. M. Aramburo Calle, M. Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, pp. 114 y ss.. BERIZONCE R.O., *La mediación en transformación...* en *Rev. Der. Proc. (Arg.)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010-2, pp. 241 y ss..

²⁷⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



1.1.2.3. Reformas estructurales más recientes.

86. En varios de los países de la región se adoptaron reformas estructurales en las últimas dos décadas.

1) La más notoria ha sido la sanción del *Código General del Proceso (CGP) uruguayo* en vigor desde 1989, que siguió casi íntegramente el Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de 1988. Entre las principales rasgos del CGP se destacan²⁷⁸: a) su generalidad por abarcar todas las materias no penales; b) simplificación de estructuras procesales; c) proceso público por audiencias, mixto, de escritura en los actos de proposición y decisión, oralidad en la conciliación y recepción de las pruebas; d) predominantemente dispositivo con el juez como director del proceso; e) intermediación; f) doble instancia; g) valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica, salvo excepcionalmente algunas pruebas tasadas. Se articula un logrado equilibrio entre el principio dispositivo, que sigue siendo predominante y el rol del juez como director del proceso, bajo el irrestricto respeto del contradictorio. El trámite no obstante sigue sujeto estrictamente al principio preclusivo, que opera en las distintas etapas de constitución del proceso, de pruebas y decisoria.

Se destaca, asimismo, la regulación especial de ciertos procesos, como los relativos a menores o incapaces, aquellos de la materia laboral, agraria y demás de “interés social”, en los cuales se otorga al tribunal las potestades de instrucción propias de los jueces en el sumario del proceso penal; sin que, por ello, el proceso se convierta en inquisitivo, en tanto se mantiene el poder de postulación exclusivamente en manos de la parte, al igual que la aportación de los hechos y de las pruebas, tanto como el principio de congruencia.

En su aplicación práctica el CGP uruguayo, se afirma²⁷⁹, implicó un cambio trascendente del paradigma tradicional, con resultados francamente positivos reflejados en la notoria reducción de los tiempos procesales y la mayor calidad de las decisiones en términos de justicia intrínseca, por las bondades de la oralidad, con todos sus consecutarios. Resultó decisiva la adecuada implementación del nuevo ordenamiento, acompañado de las correlativas reformas orgánico-funcionales, el incremento

²⁷⁸ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²⁷⁹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..



sustancial (ciento por ciento) de los tribunales entonces existentes, la dotación edilicia y la especial formación de los nuevos magistrados.

87. 2) También en *Perú* se consagraron importantes reformas estructurales a partir del CPC de 1992, en vigencia desde 1993, estructurado en buena medida siguiendo los lineamientos del CMI de 1988²⁸⁰. Se sustenta en los principios rectores del contradictorio, dispositivo atenuado, con amplios poderes del juez como director del proceso –instructorios, disciplinarios, de ejecución de las decisiones- para tornar efectiva la inmediatez, que se concreta en la técnica de la oralidad, con sus consecutivos de concentración y celeridad a través del proceso por audiencias en la etapa probatoria. El ordenamiento peruano afirmó las garantías constitucionales del contradictorio y consagró un modelo procesal eficaz, encaminado al logro de una decisión justa. En la misma línea, la ulterior sanción del Código Procesal Constitucional, vigente desde fines de 2004, profundizó las garantías constitucionales del debido proceso.

Sin embargo, la justicia civil exhibe notorios déficits que se evidencian en la labor judicial y, en general, en el desempeño del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Mientras el sistema formal puede considerarse de avanzada, desfallece en su aplicación cotidiana por factores diversos, entre ellos, la organización de la judicatura, capacitación deficiente de sus miembros, retribuciones insuficientes, irrelevancia de los controles disciplinarios, falencias de la infraestructura, manipulación por los gobiernos de turno²⁸¹. Han incidido negativamente también, con no menor intensidad, ulteriores modificaciones al CPC que suprimieran la audiencia de saneamiento (ley 29.057) y la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, con lo que el proceso de conocimiento pleno se ha convertido en una vía predominantemente escrita²⁸².

88. 3) En la región resaltan igualmente las profundas reformas operadas en el *CPC brasileño*, de 1973, configuradas paulatinamente hasta el presente en cuatro etapas.

a) En una primera instancia, la Ley 8.952, de 1994, modificó el texto del art. 273 del CPC, agregándole varios párrafos (que a su vez vinieron a sufrir adiciones de la Ley 10.444, de 2002), con lo

²⁸⁰ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

²⁸¹ MONROY GALVEZ J..

²⁸² CAIRO O..



que se implantó la *anticipación de tutela*, bajo la influencia del *reféré* francés y la doctrina italiana²⁸³. Con ello se fracturó el sistema dualístico que, hasta entonces, separaba el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, y confinaba a cada uno de ellos en compartimentos estancos²⁸⁴. En los términos del art. 273, se torna posible para evitar el peligro de daño irreparable y cohibir la defensa temeraria, la obtención inmediata de medidas ejecutivas (satisfactivas del derecho material del actor) dentro del proceso de cognición y antes de ser pronunciada la sentencia definitiva de mérito. La anticipación, no obstante ser provisoria, y susceptible de revocación, compone la litis posibilitando la virtualidad de los efectos ejecutivos y mandamentales de la decisión. Los proveimientos anticipatorios son sustancialmente monitorios; de ahí que se prevea la estabilización de la tutela anticipatoria, independientemente del proceso de conocimiento, siguiendo las recientes reformas italianas.

b) Un segundo momento de modernización del procedimiento de ejecución de sentencia ocurrió con la reforma del art. 461 del CPC²⁸⁵. Por la redacción que le confiriera la Ley 8.952, de 1994 (complementada por la Ley 10.444, de 2002), la sentencia en torno del cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer debe conceder a la parte la “tutela específica”, de modo que siendo procedente el pedido, el juez “determinará providencias (liminares o sentencia) que aseguren el resultado práctico *–in natura–* equivalente al de implementación”. Para alcanzar ese objetivo se deberá, conforme al caso, adoptar resolución de anticipación de tutela y se podrá disponer *–aún de oficio–* medidas de coerción y apoyo, como multas diarias (*astreintes*), búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, demolición de obras e impedimento de actividad nociva. Se reconoce al acreedor el acceso a los actos de satisfacción de su derecho, sin depender del procedimiento de ejecución de sentencia. En otras palabras, las sentencias relativas a obligación de hacer o no hacer ya no se cumplen según las pautas de la *actio iudicati* autónoma, sino de acuerdo con las aludidas reglas del art. 461.

c) En una tercera e importante etapa de la secuencia de innovaciones, se introdujo en el CPC el art. 461-A, por virtud de la aludida Ley 10.444, de 2002, que extendió el criterio antes referido al ámbito de las acciones de conocimiento cuyo objeto fuere la entrega de cosa²⁸⁶. También en relación a las obligaciones de dar o restituir, la tutela jurisdiccional deberá ser específica, de modo que el no cumplimiento voluntario de la condena acarreará, en las propias actuaciones en que se pronunció la

²⁸³ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁸⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁸⁵ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁸⁶ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



sentencia, la pronta expedición de mandato de búsqueda y aprehensión o de inhibición en la posesión (art. 461-A, §2°).

d) Toda esa evolución remata con las reformas de la ejecución por cuantía cierta, traída por la Ley 11.232, de 2005. También la condena a pago de cantidades ciertas se simplifica notablemente, pues en el propio pronunciamiento de condena el juez asignará el plazo en que el deudor habrá de realizar la prestación debida. Transcurrido dicho término sin el pago voluntario opera, en la misma relación procesal en que la sentencia fue pronunciada, la expedición del mandato de embargo y valuación para preparar la expropiación de los bienes necesarios para la satisfacción del derecho del acreedor (nuevo art. 475-J).

e) Por último, resulta no menos fundamental la ley 10.358, de 2001, que introdujo modificaciones en las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades– el denominado *contempt of court*, medida de coacción originaria de los sistemas del *common law*²⁸⁷. De acuerdo al párrafo único del art. 14 del CPC, todo aquel que de algún modo actúe en el proceso podrá ser declarado responsable por la frustración integral o parcial del resultado de la prestación jurisdiccional, vale decir, por el desacato a la decisión judicial (o, si preferimos, por el *contempt of court*).

En la actualidad (2010), se gesta un nuevo Código de Proceso Civil con la finalidad de sistematizar y actualizar el ordenamiento vigente.

89. 4) No ha habido, en cambio, modificaciones de fondo en *Colombia*. El CPC vigente de 1970 sufrió diversas reformas que han sido consideradas como simples esfuerzos coyunturales encaminados a solucionar la morosidad judicial y la pérdida de confianza en la justicia²⁸⁸. A esa limitada finalidad responden las modificaciones introducidas como consecuencia de la ley de 1987 que se propuso una reforma integral del sistema judicial y por las cuales se sustituyó sucesivamente más del cincuenta y cinco por ciento del texto original del CPC. Entre las alteraciones más relevantes, se introdujo una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio (1989),

²⁸⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁸⁸ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..



siguiendo la regulación de la audiencia preliminar en el CMI de 1988; varias reformas parciales, incluyendo medidas tendientes a la flexibilización del recurso extraordinario de casación (ley 446, de 1998); normas orgánicas sobre el sistema de mediación (ley 640, de 2001); desformalización de algunos requisitos de la demanda y modificaciones al régimen de notificaciones (ley 794, de 2003); desistimiento tácito que revive la perención procesal (ley 1194, de 2008). Importa consignar, a su vez, que la ley 270, de 1996, estatutaria de la administración de justicia, consagró diversos principios orientadores como el derecho fundamental de acceso a la justicia y otros no menos esenciales; complementariamente, la ley 1285, de 2009 ya aludida, creó los jueces de pequeñas causas con competencia municipal y local. Por último, se destaca la relevancia de la Constitución Política de 1991, que puede sintetizarse en tres aspectos: la constitucionalización de las garantías procesales; la constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales y la creación de la Corte Constitucional, que ya han sido referidos.

En su aplicación práctica, resalta la inoperancia de las sucesivas reformas al CPC que se patentiza en la necesidad actual de afrontar el siempre acuciante problema de la descongestión judicial que, hacia junio de 2010, ocupaba la preocupación del legislador. La supresión de los procesos de trámite escriturario y su reemplazo por los verbales, como un primer paso para introducir definitivamente la oralidad en los procesos civiles, seguía pendiente²⁸⁹.

90. 5) En *Venezuela* rige el CPC promulgado en 1986, que mantuvo la tradición del proceso escrito de doble instancia con publicidad limitada, apegada al principio dispositivo aunque restringido, por la figura del juez como director del proceso y la atribución de facultades de instrucción probatoria. En la práctica, sin embargo, se verifica la declinación en el ejercicio de tales facultades²⁹⁰. Dicho ordenamiento pervive desde entonces, no obstante que la Constitución Bolivariana de 1999 configuró un modelo procesal totalmente distinto, al establecer el derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, con la correlativa obligación del Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. Tan solemnes declaraciones, como aquella que afirma que la ley procesal adoptará un procedimiento breve, oral y público en la que

²⁸⁹ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

²⁹⁰ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..



no se sacrificará la justicia por la omisión de formalismos no esenciales, esperan aún su concreción. Mientras tanto, se suscitan dudas sobre la independencia judicial: se ejercen innumerables previsiones, una jueza se encuentra en prisión por haber aplicado la ley penal en un caso de interés para el gobierno²⁹¹.

91. 6) El *ordenamiento procesal civil argentino* que está contenido en el CPCN de 1968, sufrió desde entonces diversas reformas que no innovaron en sus principios fundantes, tributarios del esquema escriturario y de doble instancia, desconcentrado y ajeno a la intermediación. La ley 22.434, de 1981, introdujo simples ajustes adoptando interpretaciones de la jurisprudencia. Posteriormente, la ley 24.573, de 1995, incorporó la audiencia preliminar que, sin embargo, fracasó en la práctica por motivos diversos, especialmente por tratarse de un mecanismo ajeno a los usos judiciales apegados al procedimiento escrito. El camino hacia un proceso por audiencias se cerró aún más al cabo de la sanción de la ley 25.488, de 2001, al suprimirse el tipo procesal sumario, verdadero plenario abreviado, uno de los mayores logros del ordenamiento de 1968. Se fragmentó en definitiva el sistema procesal, sin avanzar en las necesarias transformaciones estructurales²⁹². No es mejor el panorama en las legislaciones provinciales, excepto en cuanto a algunos avances en los procesos familiares. Así, entre otras en la Provincia de Buenos Aires donde rige la ley 11.453, de 1993, incorporada al CPC, que instituyó los tribunales de familia para entender en esos conflictos típicos mediante un proceso moderno, por audiencias, mixto, concentrado bajo la dirección e intermediación del juez. Se inicia a partir de una etapa previa a cargo del Consejero de Familia, un funcionario letrado que integra el órgano, en la cual se persigue la solución autocompuesta del conflicto bajo impulso y activa participación de aquel, quien forma parte del órgano jurisdiccional²⁹³. Las indiscutidas bondades del sistema no han compensado, sin embargo, la excesiva duración de los procesos, lo que ha conducido a la sanción de modificaciones mediante la ley 13.634, de 2006, que no han alterado su estructura procedimental básica. Diversos intentos transformadores del CPCN no alcanzaron a concretarse, sin que se avizoren perspectivas favorables mientras no se logre consensuar, entre los sectores políticos y sociales, los lineamientos de una política de Estado coherente y sostenible en el tiempo para el sector de la justicia.

²⁹¹ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²⁹² OTEIZA E..

²⁹³ BERIZONCE R.O., BERMEJO P. y AMENDOLARA Z., *Tribunales y proceso de familia*, ob. cit..



92. 7) A partir de 1998, el legislador *chileno* ha estado concentrado en una sucesión de modificaciones estructurales de las preceptivas procesales, comenzando por la reforma procesal penal, incursionando ulteriormente en el régimen de los tribunales de familia (leyes 19.968 y 20.286) y de los procesos del trabajo (ley 20.087 y modif.), ya mencionados, siguiendo fuentes españolas; como también en la preceptiva regulatoria del arbitraje comercial internacional (ley 19.971). Mientras al presente se encuentran en marcha los trabajos tendientes a su íntegra sustitución, en materia de proceso civil se encuentra vigente, con escasas alteraciones, el vetusto CPC de 1903, inspirado principalmente en las LEC españolas de 1855 y 1881. Básicamente se trata de un proceso escrito en instancia plural, estructurado en estrictas fases preclusivas, en el que el juez ejerce poderes limitados por la falta de intermediación en la instrucción probatoria, costumbre nociva que, junto con la proliferación de las impugnaciones, ha redundado en una marcada dilación del proceso y la desnaturalización de las garantías, por la ineficacia general que aqueja a todo el sistema²⁹⁴. De ahí que la doctrina autoral más prestigiosa auspicie su pronta sustitución por un esquema más adecuado a los tiempos que corren²⁹⁵.

93. Del análisis de las reformas que se adoptaron en las últimas dos décadas en los ordenamientos de la región se desprende, en definitiva, que han afectado solo excepcionalmente las estructuras que son tradicionales. Únicamente en Uruguay ha sobrevenido la adopción plena del sistema de la oralidad mediante procesos por audiencias. Merece igualmente resaltarse el CPC peruano de 1993, si bien el sistema quedó rápidamente desnaturalizado. De su lado, las múltiples reformas introducidas al CPC brasileño de 1973 han tentado la transformación paulatina, en sucesivas etapas, con objetivos diversos. En los restantes ordenamientos los avances han sido escasos, sin operar transformaciones de esencia, motivados generalmente por la sola pretensión de agilizar los procedimientos tradicionales, todavía tributarios del sistema escriturario, desconcentrado y dividido en etapas marcadamente preclusivas. En general, tales reformas han contribuido escasamente a “modelar” el proceso; de hecho, el CMPCI de 1988 solo incidió decisivamente en Uruguay y parcialmente en Perú, como se señalara. Precisamente, al presente el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal impulsa su actualización. Tampoco han influenciado, al menos en medida significativa, las convenciones internacionales, ni los Principios ALI/Unidroit.

²⁹⁴ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

²⁹⁵ TAVOLARI OLIVEROS R., *El proceso en acción*, ed. Libromar Ltda., Santiago, Chile, 2000, pp. 311 y ss.; *id.*, *Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno*, en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, A. de la Oliva Santos y D.I. Palomo Vélez coord., ed. Jur. de Chile, Santiago, 2007, pp. 35 y ss..



94. Naturalmente, los estudios de derecho comparado constituyen, en medida diversa, una de las fuentes inspiradoras de la mayoría de las reformas procesales en la región. Así se sostiene en los diversos informes nacionales²⁹⁶. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que son escasos en América Latina los estudios sociológicos de campo, que puedan ilustrar sobre la realidad de la operatividad en concreto de las normas procesales en los respectivos países, lo cual desdibuja la virtualidad del método comparativo²⁹⁷. En la experiencia de algunos países, por caso Argentina, numerosas normas procesales del ordenamiento vigente encontraron inspiración en el ordenamiento italiano o alemán; sin embargo, la experiencia práctica y algunos estudios de campo muestran su total o parcial inobservancia y aún sin derogación tácita²⁹⁸. Tampoco cabe desdeñar ni enmascarar las motivaciones reales y más apremiantes que, a menudo, impulsan al legislador²⁹⁹.

95. Al presente se exhiben diversas experiencias de reformas, todavía *in itinere*, que pretenden adaptar y articular instituciones, técnicas y procedimientos originarios del sistema del *common law*, sea en la vertiente del derecho inglés o ya la del norteamericano, que vienen de tal modo a infiltrar el modelo tradicional. O bien, otras típicas del derecho continental europeo.

a) Así ocurre en el propio plano constitucional, al receptarse instituciones como el Tribunal Constitucional (Colombia, Perú, entre otros), o el Consejo de la Magistratura (Argentina, Brasil). En el ámbito legislativo, el ordenamiento brasileño constituye un ejemplo paradigmático del fenómeno de la “permeabilidad”, que permite la inserción de elementos “extraños” y su adaptación, para ser reconvertidos útilmente en el propio sistema nacional. Así, entre otras, se modelaron como instituciones propias, bajo inspiración principalmente en el derecho norteamericano, los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* (ley federal 7244, de 1984), siguiendo el modelo de las *small claim courts*, e igualmente, con influencias del derecho japonés en punto a la estrategia de la búsqueda de soluciones

²⁹⁶ Así, en los referidos a Brasil, Uruguay, Colombia, Venezuela, Chile (respecto a los actuales intentos reformistas).

²⁹⁷ Con ese fundamento, MONROY GALVEZ J., CAIRO O. afirman que en el Perú el estudio del derecho comparado no ha precedido a la elaboración de los proyectos de reforma procesal aprobadas a partir de la vigencia del CPC de 1993.

²⁹⁸ BERIZONCE R.O. *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, pp. 195 y ss..

²⁹⁹ La mayoría de las reformas introducidas en la legislación colombiana, se sostiene, han sido concebidas dentro de los esfuerzos por paliar los principales problemas de la justicia en general, principalmente la morosidad judicial, la corrupción y la litigiosidad (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).



amistosas con participación comunitaria³⁰⁰. También, en la creación de un microsistema de procesos colectivos, el ordenamiento brasileño, que ha sido pionero en la región, adoptó técnicas básicas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas de 1966, que fueron la matriz de la ley 7347 de 1985 y, ulteriormente, del Código de Defensa del Consumidor de 1990, si bien se incorporaron conforme a una visión enriquecedora que le ha conferido identidad propia; v. gr., en punto al requisito de la representación adecuada fijado mediante criterios objetivos, los efectos expansivos de la cosa juzgada³⁰¹, y el régimen especial de la conexidad y de la continencia entre acciones colectivas, entre otros. La técnica de la *injunctions* norteamericanas, además de los clásicos *writs* anglosajones, influenciaron directamente en el régimen genérico de cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 461, CPC) y que más adelante se extendió a las obligaciones de entrega de cosa cierta (art. 461-A). Surgieron de ese modo las sentencias condenatorias mandamentales, influidas también por la acción inhibitoria italiana y el régimen francés de las *astreintes*, lo que denota la originalidad de la solución brasileña³⁰². No menos significativo, el *contempt of Court* anglosajón inspiró la reforma del art. 14 CPC Br. (2001), si bien la regulación exhibe contornos propios diferenciadores (*supra* § IV.3). Sin embargo, el proceso brasileño ha permanecido hostil al sistema de oralidad en el proceso por audiencias.

b) En cambio, otras instituciones se modelaron bajo influencia de técnicas y procedimientos desarrollados dentro de la propia familia del *civil law* continental europeo. Tal el caso de la tutela anticipatoria y satisfactiva (en Brasil, ley 8952, de 1994 y complementarias y con anterioridad en Uruguay, como medidas “provisionales y anticipadas” CGP, art. 317), estructuradas en base al *reféré* francés y la doctrina italiana. O la acción monitoria documental –regulada no solo en Brasil, sino además y aún con anterioridad, en Uruguay–, como adaptación del derecho italiano.

c) En este punto, conviene reparar en otro fenómeno singular: algunas de las instituciones y técnicas procesales “modeladas” en el derecho procesal brasileño están “migrando” hacia otros ordenamientos de la región, donde se las recibe por implante parcial en las legislaciones –*Juizados Especiais de Pequenas Causas*, tutelas anticipatorias y satisfactivas–, o bien por vía de la creación

³⁰⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

³⁰¹ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

³⁰² En el plano de las tutelas provisionales, las sentencias mandamentales operan en otros ordenamientos como medidas cautelares atípicas y coercitivas. Así en el Perú (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.) y en Argentina, por vía pretoriana.



jurisprudencial –las referidas tutelas en Argentina y otros países-. Y lo propio cabe decir de la “migración” de las instituciones del CGP Ur., en tanto réplica del CMPCI.

d) En definitiva, con variantes y singularidades en los diversos ordenamientos de la región, parece claro que se constata en la mayoría de ellos un notorio retroceso³⁰³ en la distinción clásica entre *common law* y *civil law*, que se manifiesta en un número creciente de instituciones³⁰⁴; si bien siguen prevaleciendo en lo sustancial, en todos ellos, sin excepción, las estructuras fundamentales de la tradición del *civil law* continental europeo.

I.2. Le rayonnement des droits nationaux sur le contenu des lois modèles

1.2.1. Dans l'élaboration des lois modèles au sens strict

96. L'influence des droits nationaux sur le contenu des lois modèles sera abordé à l'aide de deux exemples : le contexte des *Códigos modelos* ibéroaméricains et celui de l'élaboration des Principes ALI/Unidroit de Procédure civile transnationale.

97. **Les racines des Codes modèles ibéroaméricains : *Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica; Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*** - El CMPCI de 1988, como señalara uno de sus prominentes redactores, se inspiró principalmente en las más avanzadas instituciones de la región: el despacho saneador y el rechazo preliminar de la demanda, del derecho brasileño; el principio venezolano de que “las partes están a derecho”; los poderes del juez acordados por el código procesal argentino; el desarrollo de la prueba en audiencia de la legislación colombiana; el proceso monitorio del derecho uruguayo; el sistema apelatorio y el efecto diferido de origen

³⁰³ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O.; PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.. En Chile se manifiesta en el nivel doctrinario (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.). En Venezuela se afirma que más que un retroceso existe un estancamiento por lo que respecta al *civil law* (MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.).

³⁰⁴ Como sostiene TARUFFO, las diferencias y contrastes se han venido diluyendo, entre otras razones, porque el legislador asume orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente (*Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B.H. Quintero, p. 65).



costarricense y argentino, etc³⁰⁵.

También el CMPCol.I de 2004 se nutrió especialmente de ideas e instituciones típicas que se venían desarrollando en Iberoamérica, especialmente en el derecho brasileño, la legislación colombiana y la jurisprudencia argentina y de otros países, como se destaca en su exposición de motivos³⁰⁶.

98. Les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale : entre concurrence et compromis – Si une place de choix doit être faite, dans le cadre de ce rapport général, aux Principes ALI/Unidroit, c'est parce qu'ils constituent la première tentative d'unification mondiale de la procédure civile³⁰⁷, certes dans un contexte limité puisqu'il s'agit des litiges transnationaux en matière commerciale. En effet, il ne s'agit ni de règles uniformes de compétence juridictionnelle, ni de reconnaissance ou d'exécution (au sens d'exequatur) mais bel et bien de la substance même du procès, de son déroulement – introduction de l'action, phases du procès, administration de la preuve, rôles respectifs du juge et des parties...-. Il s'agissait donc de « *formulate norms of civil procedure that would be intelligible and acceptable in all modern legal systems* »³⁰⁸, de réduire le particularisme local de la procédure civile, qui relève traditionnellement de la loi du juge saisi du litige. Des règles ou principes uniformes pourraient rapprocher le déroulement du procès commercial transnational dans divers pays³⁰⁹.

Les enjeux étaient de taille et furent très pertinemment relevés par K. Kronke, alors secrétaire général d'Unidroit³¹⁰ : tenir compte des besoins et attentes des parties au litige dans ce type de contentieux ; tenter de limiter les tactiques de choix de la juridiction (*forum shopping*) au regard des « règles du jeu » applicables devant telle ou telle juridiction nationale ; s'inscrire dans le grand courant

³⁰⁵ VESCOVI E., *Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo...*, en *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano*, estrato da *Roma e America. Diritto Romano comune*, Mucchi ed., Roma, 1997, p. 110.

³⁰⁶ *Infra* § 123.

³⁰⁷ Sur le caractère souhaitable et la faisabilité d'une harmonisation mondiale de la procédure civile, v. STORME M., « Procedural Law and the Reform of Justice : from Regional to Universal Harmonisation », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 763 et s., qui rattache la nécessité d'harmonisation au large mouvement d'accès effectif à la justice correspondant à une tendance lourde dans nos sociétés et qui souligne que l'harmonisation peut n'être que fragmentaire (p. 774).

³⁰⁸ HAZARD G., « Fundamentals of Civil Procedure », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 753 et s.

³⁰⁹ Sur la nature « *chimérique* » d'une telle entreprise, v. FOUCHARD Ph., « Une procédure civile transnationale : quelle fin et quels moyens ? », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 779 et s. et not. p. 781.

³¹⁰ KRONKE H., « Efficacité, impartialité, fonctions macro-économiques : les objectifs de l'harmonisation de la procédure civile transnationale », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 741 et s.



de réforme des procédures civiles nationales en marche depuis les années 90. Le défi le plus important à relever par les Principes ALI/Unidroit était « *celui de l'intégration économique régionale dans le monde, en particulier en Europe et sur le continent américain* »³¹¹. Ainsi, S. Guinchard³¹² relevait-il que « *les enjeux du projet sont importants : enjeu de pouvoir d'abord dans l'élaboration privée de la norme, enjeux économiques ensuite dans l'accompagnement juridique des investissements internationaux ; enjeux juridiques enfin dans le choix d'un modèle* » en ajoutant « *Ne nous y trompons pas, ce projet est un projet d'économie politique, d'accompagnement des grandes évolutions économiques mondiales ; c'est un projet de nature politique* »³¹³ : « *Nous assistons, par ce projet, à la naissance d'un capitalisme juridique mondial qui va intégrer le coût des procès transnationaux dans sa stratégie mondiale de conquête des marchés, pour le cas où le procès serait rendu obligatoire dans l'exercice de cette activité ; mais ce coût sera d'autant mieux maîtrisé que les principes du procès auront été fixés dans un projet privé d'organisation procédurale* ».

L'initiative ayant été originellement américaine (American Law Institute, ALI)³¹⁴, il avait été redouté – comme la version initiale de *Rules of Transnational Civil Procedure* le laissait apparaître – qu'il ne s'agisse là d'un « *effort d'adaptation et d'exportation des règles de la procédure civile fédérale américaine* »³¹⁵, opération impérialiste ou en tout cas perçue comme telle qui avait été vivement critiquée lors d'un colloque à Paris le 27 octobre 2000³¹⁶. Ainsi, le Recteur S. Guinchard déclarait-il presque trois ans plus tard, lors du colloque de Lyon de juin 2003, que « *chacun se souvient que le colloque précédent se terminait par quelques mots de Philippe Fouchard, se demandant si les rapporteurs et intervenants de l'époque n'avaient pas fait au projet « un mauvais procès » et si les instigateurs de celui-ci avaient choisi « la bonne procédure » d'élaboration. C'était, en guise de conclusion, parfaitement traduire l'esprit de l'époque : préventions fortes à l'égard d'un projet perçu comme la manifestation de l'impérialisme d'une grande puissance amie, comme une opération*

³¹¹ *Ibid.*, p. 743.

³¹² GUINCHARD S., « La procédure mondiale modélisée : le projet de l'American law Institute et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *D.* 2003, pp. 2183 et s. et spéc. p. 2189.

³¹³ *Ibid.*, p. 2184, qui ajoute « *ce dont nous parlons aujourd'hui, c'est d'une mondialisation du droit conséquence de la mondialisation des échanges ; le Professeur Hazard l'a relevé d'emblée dans son propos introductif : c'est le commerce mondial qui est visé, pas la seule Amérique du Nord ou la seule Europe, mais aussi la Chine, qui, nous a-t-il dit, constitue un immense marché* ».

³¹⁴ V. *supra* note 64.

³¹⁵ FOUCHARD Ph., « Une procédure civile transnationale : quelle fin et quels moyens ? », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 779 et s. et spéc. p. 780.

³¹⁶ V. FOUCHARD Ph. (sous la dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris, Panthéon Assas éd., 2001.



d'acculturation juridique, comme une importation à marche forcée de règles techniques auxquelles la « vieille Europe » (l'expression n'avait pas encore pris une connotation péjorative) était viscéralement réfractaire, puisque l'architecture du procès qui nous était proposée prenait appui sur une loi américaine de 1938, alors que les Européens avaient tout de même dépassé le stade de l'entre-deux guerres ! Mais aussi, espoir qu'une autre procédure d'élaboration, dans un cadre élargi au-delà du cercle restreint de l'American Law Institute, pourrait conduire les principaux protagonistes à revoir leurs opinions négatives sur le projet, à remettre en cause leur hostilité de forme et de fond à toute tentative d'imposer une modélisation de la procédure civile »³¹⁷. Il ajoutait, répondant à la question de savoir si la procédure d'élaboration du nouveau projet avait été la bonne, « je répondrai oui sans hésitation, peut-être parce qu'Unidroit est un organisme reconnu et respecté par la communauté internationale des juristes et que la composition du groupe d'experts était un gage d'équilibre entre plusieurs sensibilités, entre plusieurs traditions juridiques, continentales ou de common law, accusatoire ou inquisitoire, écrite ou orale, latine ou anglo-saxonne, etc.. ».

L'utilité de la démarche d'harmonisation entreprise par le groupe d'experts ALI/Unidroit fut toutefois soulignée par divers auteurs³¹⁸, notamment au regard de l'évolution des besoins du commerce moderne³¹⁹ et de la garantie d'un forum neutre : « *the success of the more promising long-term approach of promoting forum neutrality will ultimately depend on the harmonization of procedural rules* »³²⁰. Comme le relevait J. Walker, comparant les harmonisations du droit substantiel, des règles en matière de choix de la loi applicable et des règles de procédure, « *all the projects for harmonization and for rapprochement of legal systems are important to the revitalization of national courts so to enable them to provide an affordable, accessible and reliable forum for dispute resolution for individuals and Small business in a vertically expanded global economy. However, among these projects, to the extent that it can assist in overcoming the final hurdle to achieving decisional harmony, the harmonization of procedural law, may ultimately, hold the key* »³²¹. Les Principes ALI/Unidroit tendent à créer un « *core of*

³¹⁷ GUINCHARD S., « La procédure mondiale modélisée : le projet de l'American law Institute et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *D.* 2003, p. 2183.

³¹⁸ V. not. GOLDSTEIN S., « The Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure : the Utility of Such an Harmonization Project », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 789 et s. ; WALKER J., « The Utility of the ALI/Unidroit Project on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 803 et s.

³¹⁹ WALKER J., *ibid.*, p. 803.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*, p. 813.



uniformity »³²² afin de rendre la procédure plus transparente dans le but d'encourager les relations commerciales internationales³²³.

99. **La méthode** – Si le projet initial – les *Rules* – étaient de facture très américaine et souffraient d'une rédaction uniquement en langue anglaise dans un style très spécifique à la *common law*³²⁴, le groupe d'experts ALI/Unidroit s'est ensuite efforcé de dégager des solutions acceptables pour la plupart des pays, dans une recherche de « *maximisation des aspects positifs de chaque système* » et de minimisation de leurs défauts³²⁵.

Comme le souligne l'un de co-rapporteurs, G. Hazard³²⁶, « *the reporters and the advisers have been searching for compromises between the solutions that have evolved in the various systems. However, in a larger sense, we have been searching for fundamental similarities, i.e. the mechanisms which, in one formulation or another, respond to basic necessities that must be accommodated in any modern procedural system* ». L'entreprise initialement perçue comme un comportement impérialiste américain semblait ainsi « *grâce à l'entrée en scène d'Unidroit et à l'intervention de plusieurs experts européens* », progresser « *vers un rapprochement des deux systèmes de procédure théoriquement opposés. Il emprunterait à la common law et à la procédure civile continentale le meilleure de leurs règles respectives, équilibrant les pouvoirs du juge et l'initiative des parties, et opposant à une recherche illimitée des preuves les exigences d'un procès d'une durée et d'un coût raisonnables, l'essentiel, c'est-à-dire un débat loyal et à armes égales, étant évidemment garanti par des principes fondamentaux de bonne justice connus et respectés dans tous les systèmes judiciaires modernes* »³²⁷.

C'est ainsi que, lors de la première session, le groupe d'experts ALI/Unidroit refusa d'examiner dans le détail le projet de *Rules of Transnational Civil Procedure* prérédigé dans le cadre de l'American Law Institute et jugea indispensable de d'abord s'entendre sur les principes fondamentaux partagés par

³²² GIDI A., « Notes on Criticizing the Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 819 et s.

³²³ *Ibid.*, p. 820.

³²⁴ GIDI A., préc., p. 825 qui concède qu'à première lecture, les *Rules* peuvent choquer le juriste de droit civil, notamment en raison de l'emploi d'une jargon technique anglais et de concepts de *common law*, mais aussi à cause du style de rédaction.

³²⁵ *Ibid.*, p. 825.

³²⁶ HAZARD G., « Fundamentals of Civil Procedure », *Rev. dr. unif.* 2001-4, p. 753.

³²⁷ FOUCHARD Ph., « Une procédure civile transnationale : quelle fin et quels moyens ? », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 780.



tous les États. Deux listes furent soumises aux experts : la première, proposée par le professeur Andrews, se fondait sur les principes tirés de l'article 6 § 1 CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme ; la seconde, présentée par le professeur Stürner, était inspirée des Principes directeurs du Nouveau Code de procédure civile français³²⁸. Les experts s'entendirent ainsi sur un certain nombre de principes fondamentaux qui furent ensuite enrichis de principes plus techniques relatifs au déroulement du procès.

100. Les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale constituent une sorte de production privée du droit, privé en ce sens qu'elle n'émane ni d'un ou de plusieurs États, ni d'une organisation supranationale. Cette production privée du droit, rendue nécessaire par le dynamisme des échanges mondiaux et l'absence de norme internationale du procès transnational, n'aura de légitimité que par son éventuel succès. Il en va de même des principes proposés par Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, qui ont été révisés en 2004 et bénéficient d'un succès auprès des opérateurs économiques et des juristes de droit international.

101. **Concurrence des droits nationaux**³²⁹ -Dans la rédaction des Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale, les débats ont été animés entre experts, chacun tentant de définir ce que serait l'idéal dénominateur commun d'un procès équitable en matière de litiges du commerce transnational. Une certaine émulation est née, faisant parfois apparaître une véritable concurrence entre les systèmes. Lorsque se déroula la première session de travail, le projet initial rencontra sinon l'opposition, du moins les réserves et le scepticisme d'un certain nombre de membres du comité d'experts mixte ALI/Unidroit. La raison en était avant tout la forme et la présentation du premier

³²⁸ V. FERRAND F., Les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale : entre concurrence et compromis, in DE GAUDUSSON J. et FERRAND F., *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, PUAM 2008, pp. 62 et s. et spéc. p. 70.

³²⁹ Sur les significations possibles de l'expression « concurrence des systèmes juridiques », v. PFERSMANN O., Propos introductifs, Existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques, in : DE GAUDUSSON J. et FERRAND F., *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM 2008, pp. 23 et s., qui note que « pour les uns, il s'agit de faire valoir que la combinaison d'une différenciation territoriale de production des règles en vue de la production de normes individuelles avec l'habilitation centralisée maximale conférée aux personnes de choisir sans contrainte entre ces corpus serait la seule solution souhaitable, alors que pour d'autres, il s'agit au contraire de centraliser la compétence législative et de choisir un seul corpus suffisamment riche et flexible, mais exclusif, en vue de stabiliser un marché qui ne devrait pas supporter les coûts liés à la complexité des choix et les inégalités qu'elle induit ». C'est surtout dans le second sens que nous entendrons, dans ce rapport général, l'expression.



document de travail : il s'agissait de *Rules* extrêmement détaillées et techniques, rédigées dans le style américain des *Restatements*, sans aucun recul et sans effort de présentation plus neutre et plus internationale des contenus. Ce fut la première confrontation entre esprit de droit civil et *common law*. La première session de travail de mai 2000 à Rome traduisit la difficulté des experts à se confronter à un projet tellement détaillé dans la réglementation des diverses phases de la procédure qu'il en était impossible de déceler les grands principes sous-tendant la construction de l'édifice procédural.

Pour une bonne part d'entre eux, les Principes ALI-Unidroit ont leur pendant dans la procédure civile nationale des États européens³³⁰. En vertu du Principe I, le tribunal doit bénéficier d'une « *indépendance lui permettant de résoudre le litige selon les faits et les moyens de droit* » ; il doit être exempt d'influences intérieures ou extérieures illégitimes (1.1). Il doit également être impartial (1.3). Ces deux exigences d'indépendance et d'impartialité sont classiques pour les Européens (art. 6 § 1 CEDH). Afin de garantir l'indépendance des magistrats, le Principe 1.2 ajoute que les juges doivent bénéficier d'une permanence raisonnable dans leurs fonctions. L'impartialité s'exprime également dans l'interdiction faite au tribunal de se saisir d'office (P 10.1).

Une concurrence et une contradiction sont apparues par exemple sur la question de la place de la transaction et de la conciliation dans le procès civil, question qui oppose souvent les droits de *common law* et ceux de tradition civiliste. Le juge de *common law* peut sanctionner une partie qui aurait abusivement refusé de transiger et n'aurait *in fine* pas obtenu un jugement plus favorable pour elle que l'offre de transaction qui lui avait été faite. En revanche, les systèmes de droit civil n'envisagent en général aucune sanction, au nom du principe selon lequel l'accès à la justice doit être garanti au plaideur qui ne saurait se voir obligé de transiger. Les experts ont là jugé le modèle anglo-saxon préférable. Ils ont en effet étendu l'obligation de loyauté des plaideurs à l'accueil que doit faire une partie aux offres de transaction de l'adversaire. En vertu du Principe 24, le tribunal doit encourager transaction et conciliation lorsque celles-ci apparaissent « *raisonnablement possibles* » (24.1)³³¹. Cette obligation perdure pendant toute la durée de la procédure³³². Les parties elles-mêmes sont tenues, avant et après le début du procès, de « *coopérer à toute tentative raisonnable de conciliation* » (24.3). Cette obligation

³³⁰ Sur ce phénomène de convergence, v. GLENN H.P., « The ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication », *Rev. dr. unif.* 2004-4, pp. 830 et s.

³³¹ Le tribunal doit toutefois respecter le droit des parties de poursuivre le procès. Ceci signifie que le tribunal ne peut imposer une transaction aux parties ou les y contraindre.

³³² P 24.2 : « *Le tribunal favorise à tout stade de la procédure la participation des parties à des modes alternatifs de résolution des litiges* ».



de prendre part de bonne foi aux efforts de conciliation émanant du juge ou de la partie adverse est sanctionnée, puisque dans sa décision concernant le partage des frais, le tribunal peut tenir compte du refus « *déraisonnable* » (encore ce concept flou) de coopérer d'une partie ou de son comportement de mauvaise foi lors des tentatives de conciliation. Ces solutions s'éloignent de la tradition de certains pays dont la France ou l'Allemagne, dans lesquels les parties n'ont aucune obligation légale de négocier ou de tenir compte de quelque façon des propositions de transaction de la partie adverse. Le Principe 24 est nettement marqué de l'empreinte de la procédure anglo-saxonne qui favorise très largement une solution négociée du conflit, à tel point qu'au Royaume-Uni, seulement 2% des actions intentées en matière civile donnent lieu à jugement contentieux³³³.

102. Les Principes ALI/Unidroit, œuvre de compromis entre les systèmes juridiques - Le compromis s'est facilement réalisé sur un certain nombre de notions-clés qui relèvent, en *common law*, des notions de *due process* et de *fair trial*, en droit continental de celle d'équité du procès, de droits fondamentaux de procédure. Il s'agit sur ces points moins de conciliation de solutions divergentes que de partage de valeurs processuelles communes. Dès lors, ce n'est pas, sur ces points, un ou plusieurs droits nationaux qui ont influencé le contenu des Principes, mais un partage de valeurs essentielles qui a été consacré.

Ainsi, la procédure doit *d'abord* être *publique*: « En règle générale, les audiences y compris celles qui sont consacrées à l'administration de la preuve et au prononcé du jugement, sont ouvertes au public » (P. 20). Voici une règle classique tant dans la plupart des procédures civiles nationales qu'en droit européen. En général, ce droit n'est pas absolu : la loi peut l'écartier dans certains cas³³⁴, les parties elles-mêmes peuvent y renoncer. De façon assez similaire au droit français, le Principe 20.1 précise que, après consultation des parties, le tribunal peut ordonner que certaines audiences aient lieu à huis clos « dans l'intérêt de la justice, de l'ordre public ou du respect de la vie privée ».

Ensuite, la procédure doit être *rapide* : les Principes ALI/Unidroit énoncent que le tribunal tranche le litige « dans un délai raisonnable », règle également connue du droit européen, la méconnaissance du principe du délai raisonnable étant d'ailleurs la cause la plus fréquente de violation de l'art. 6 §1. Ce qui est plus original, c'est la conséquence qu'en tire le Principe 7.2, qui exige qu'à cette

³³³ V. ANDREWS N., « The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings », *ZJP Int.* 8 (2003), p. 69.

³³⁴ Il en va ainsi en France de la matière gracieuse, voir art. 434 CPC. V. aussi pour d'autres exceptions art. 435 CPC.



fin, les parties coopèrent avec le tribunal et leur reconnaît le droit d'être consultées pour l'établissement du calendrier de procédure. Le commentaire suivant le Principe 7 précise que le droit à un jugement dans un délai raisonnable est un véritable droit fondamental mais doit être compatible avec le droit pour une partie de pouvoir organiser et présenter sa défense. L'exigence d'un procès rapide conduit le projet à prévoir que le juge non seulement « conduit » l'instance, mais la conduit « activement » et « le plus tôt possible dans la procédure » en se fixant pour objectif de « mettre fin au litige loyalement, de façon efficace et dans un délai raisonnable » (P 14.1). Cela pourrait sembler être une influence de l'évolution récente du procès civil continental : un juge aux pouvoirs de direction de l'instance renforcés, comme dans le modèle français ou allemand. Mais la réforme anglaise de la procédure civile de 1998 est elle aussi allée dans le sens d'un *case management* par le juge civil, dont les pouvoirs sont désormais beaucoup plus étendus. Le compromis s'est donc construit sur les intérêts en présence dans le procès et sur les garanties à donner aux parties, certaines garanties prévalant parfois sur d'autres en fonction des objectifs assignés à la procédure : fiabilité, équité, effectivité et rapidité.

Un compromis apparaît plus nettement dans la formule selon laquelle la procédure instaurée par le projet est *à la fois écrite et orale*. Les conclusions et mémoires sont en principe présentés par écrit, mais les parties peuvent présenter oralement des arguments supplémentaires sur des questions importantes de fond ou de procédure chaque fois que cela apparaît nécessaire (P 19.1). Si les échanges de prétentions et de moyens se font essentiellement par écrit, une ou des audiences se tiennent bien, et l'audience finale au moins doit avoir lieu devant les juges chargés de rendre le jugement (19.2). Ces solutions révèlent clairement la recherche d'une voie médiane entre la procédure écrite telle que la connaît assez fréquemment le droit français par exemple, ou l'ancien droit espagnol avant la réforme de 2000, et la procédure largement orale du droit anglo-saxon, avec des audiences parfois longues et l'audition des témoins à la barre du tribunal, avec *cross examination*.

De même, les *droits et devoirs des parties* font apparaître une recherche de compromis entre ordres juridiques nationaux avec pour but une réalisation des objectifs d'équité et de célérité. Ainsi, les droits des parties sont nombreux ; ils vont de celui, élémentaire, d'être informé de la procédure déclenchée par le demandeur, au droit à une égalité procédurale (P 3) conduisant à un jugement rapide et à une exécution effective, en passant par la maîtrise du litige par les parties en vertu du principe d'initiative et du principe dispositif et par le droit au silence dans un certain nombre d'hypothèses.

Tous ces droits tendent à rendre le procès véritablement équitable et transparent pour les



parties dont aucune ne doit se sentir désavantagée parce qu'elle plaide devant une juridiction dont les pratiques lui seraient étrangères. Ainsi, toutes les parties ont en outre le droit d'être entendues (P 5.4, 5.5), c'est-à-dire qu'elles peuvent alléguer faits et moyens de droit pertinents et présenter des éléments de preuve à leur soutien. Le Principe 5 consacre également le contradictoire, qui est un des aspects du droit d'être entendu. Il s'agit moins là d'un compromis difficilement atteint que d'une concrétisation d'un « *fonds commun procédural* » admis par les États de droit démocratiques. Autrement dit, les Principes ALI/Unidroit traduisent un modèle commun de procès protecteur des droits des parties³³⁵.

103. C'est surtout dans le domaine de la preuve que la concurrence entre *discovery* américaine et règles probatoires continentales s'est fait sentir. Les Principes énoncent que non seulement le tribunal et chaque partie ont accès général aux preuves pertinentes pour le litige et non couvertes par une obligation de confidentialité (déclarations des parties, des témoins, rapport d'expert, preuves documentaires etc, P 16.1), mais qu'une partie peut également demander au tribunal d'ordonner la production de « toute preuve pertinente raisonnablement identifiée » qui se trouverait en possession ou sous le contrôle d'une autre partie ou même, si cela apparaît « nécessaire et légitime », d'un tiers (16.3). Le texte interdit de refuser la production d'un élément de preuve au motif qu'elle serait défavorable à une partie ou à la personne requise. Les Principes 17 et 21.3³³⁶ prévoient que le tribunal peut prononcer des sanctions en cas de défaut de production d'une preuve apparaissant raisonnablement comme étant sous le contrôle d'une partie ou en sa possession, ou en cas d'absence de coopération d'une partie dans l'administration de la preuve. C'est donc un véritable droit à la preuve qui est là consacré. Mais si l'on y regarde de plus près, il apparaît que c'est davantage le modèle anglais de

³³⁵ Sur ces dernières pèsent également des devoirs sur lesquels les experts se sont assez rapidement entendus : devoir d'abord de formuler des demandes et des défenses précises, devoir plus général, d'adopter une conduite loyale envers le tribunal et les autres parties ; enfin, un certain nombre d'obligations pèsent sur les parties en matière probatoire, qu'il s'agisse de la charge de la preuve ou de la production d'éléments probatoires : en matière de charge de la preuve, « *il incombe à chaque partie de prouver les faits allégués au soutien de sa prétention* » (P 21). Le Principe 21.2 énonce que « *les faits sont prouvés si le tribunal est raisonnablement convaincu de leur véracité* ». En réalité, ce texte exprime le pouvoir d'appréciation du tribunal - en l'absence de preuve à la force obligatoire comme en France dans certains cas - de considérer que les éléments probatoires qui lui sont présentés établissent ou non les faits allégués. Il s'agit de la question du *standard of proof* bien connu en droit anglo-saxon. Pour la production de preuves, v. P 22.4.

³³⁶ P 21.3: « *Lorsqu'une partie a en sa possession ou sous son contrôle un élément de preuve important que, sans justification, elle refuse de produire, le tribunal peut tirer toute conséquence défavorable de ce refus au regard de la question concernée par l'élément de preuve non produit* ».



la *disclosure* que le modèle américain de *discovery* qui va beaucoup plus loin³³⁷ (et autorise notamment les *fishing expeditions*) que consacrent les Principes, ceci dans le but d'atteindre une vérité procédurale indépendamment de savoir qui est en possession d'un élément de preuve. Les discussions ont été vives sur ce point, la césure se faisant alors moins entre pays de *common law* et pays de tradition civiliste qu'entre États-Unis d'une part et reste du monde d'autre part.

104. **Un champ résiduel de divergences** - Finalement, les Principes ALI/Unidroit reposent sur deux grands axes : un axe de valeurs processuelles fondamentales qu'ils consacrent comme évidentes et indispensables; un axe de compromis sur des questions pour lesquelles diverses options existent, telles que par exemple l'accès à la preuve dans le procès et la place donnée à transaction et conciliation. Il n'en demeure pas moins un champ résiduel de divergences. Lorsque des divergences ont été relevées et n'ont pas toujours pu être dépassées, elles n'opposaient pas toujours et systématiquement *common law* et droit civil, mais parfois différents systèmes de *common law* entre eux (par exemple Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique sur les divergences entre *discovery* et *disclosure* des éléments de preuve), ou encore des pays de droit civil (par exemple l'Allemagne, l'Espagne d'une part et la France d'autre part en matière d'exécution immédiate des jugements de première instance ou encore au regard du champ de l'instance d'appel). Ainsi, le Principe 26 opte pour le caractère *immédiatement exécutoire* des décisions de première instance rendues selon les Principes de procédure civile transnationale⁴⁴. Une telle règle est également consacrée par le droit américain, le droit anglais, le droit allemand⁴⁵, le droit espagnol ou encore le droit italien ; la France s'y est jusqu'alors refusée. Toutefois, selon les Principes ALI/Unidroit, le tribunal de première instance ou la juridiction d'appel, d'office ou à la demande d'une partie, peut suspendre l'exécution jusqu'à l'instance d'appel ou pendant celle-ci « *si cela s'avère nécessaire dans l'intérêt de la justice* » (26.2)⁴⁷. Ce concept général et imprécis sert de clause de sauvegarde des intérêts

³³⁷ En ce sens les rapporteurs in *Rev. dr. unif.* 2004-4, p. 757.

⁴⁴ Sur la question des frais et dépens, voir Principe 25 : contrairement aux droits américain qui laisse à la charge de chaque partie ses frais de procédure, la partie gagnante a en principe droit au remboursement de la totalité ou au moins d'une partie substantielle des frais « *raisonnablement engagés* » (25.1). La règle du remboursement est toutefois écartée ou limitée « *à titre exceptionnel, et en présence de motifs évidents* ».

⁴⁵ Mais avec de nombreuses protections pour le perdant de première instance puisqu'on principe, l'exécution immédiate se fait en Allemagne avec constitution de sûreté garantissant à la partie qui aurait perdu en première instance mais vaincrait en appel de pouvoir se voir restituer ce qu'elle a versé.

⁴⁷ De même, en vertu du P 26.3, le tribunal peut exiger la consignation d'une garantie de la part de l'appelant pour accorder une suspension de l'exécution forcée, ou de la part de l'intimé pour refuser une telle suspension. Ce



du perdant de première instance dans des cas sans doute assez exceptionnels.

Des divergences nettes sont apparues en matière de recevabilité des voies de recours contre un jugement de première instance. Là encore, opposition entre traditions juridiques nationales, surtout entre *common law* d'une part – qui n'admettent l'appel que dans des cas exceptionnels - et pays de droit civil d'autre part - dans lesquels le principe d'une ou même de deux voies de recours est largement répandu.

Face à une divergence majeure de conception du droit de contester le jugement de première instance, le Principe 27.1 est une coquille vide, puisqu'il énonce que l'appel est recevable « *selon des modalités équivalentes à celles prévues par la loi du for pour les autres jugements* », ce qui renvoie purement et simplement à la loi de la juridiction saisie. Le projet n'a donc pas voulu poser en principe le droit à une voie de recours, mais n'a pas non plus souhaité l'exclure ou la réserver à des cas exceptionnels. Si celle-ci est ouverte, son champ est considérablement limité par l'alinéa 2 du P 27 : « *l'appel est en principe limité aux demandes, défenses, demandes reconventionnelles, preuves présentées et questions soulevées en première instance* », avec la réserve selon laquelle si l'intérêt de la justice le requiert, la juridiction d'appel peut autoriser la présentation de nouvelles allégations en fait et de nouvelles preuves (27.3).

Par ailleurs, rien n'est dit sur un éventuel recours en cassation. Seule la Règle 33.5 évoque une « *further appellate review* » (voie de recours contre l'arrêt d'appel) et renvoie pour sa recevabilité à la loi du for, comme le Principe 27 le fait pour l'appel. Ce refus de prise de position s'explique par les divergences considérables entre les droits nationaux en matière d'accès aux voies de recours. S'il en était besoin, ce dernier exemple montre une fois de plus que les Principes ALI-Unidroit sont le résultat d'un compromis parfois difficile entre *common law* et pays de droit civil ou entre droits nationaux, et que le compromis a parfois consisté à ne pas se prononcer !

105. L'un des co-rapporteurs du projet ALI/Unidroit, le professeur Stürner³³⁸, relevait lui aussi le compromis constitué par les Principes, compromis qui « *may be an acceptable model with many advantages for nearly all legal cultures* », en notant que « *a remarkable convergence of the present*

système ressemble quelque peu au droit allemand, qui dans un certain nombre d'hypothèses, opte pour l'exécution provisoire avec consignation de garantie de la part du gagnant de première instance, v. § 709 ZPO.

³³⁸ STÜRNER R., « Transnational Civil Procedure : Discovery and Sanctions Against Non-Compliance », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 871 et s. et not. p. 882.



English and Continental procedural developments are a good basis to overcome the parochialism of different national backgrounds »³³⁹. Il peut aujourd'hui être rétrospectivement affirmé que si le projet initial de *Rules of Transnational Civil Procedure* était clairement de facture américaine, les réunions du comité d'études ALI/Unidroit à compter de 1999 ont fait évoluer le texte vers un compromis tendant à retenir les aspects apparemment les meilleurs du procès civil de *common law* et du modèle de procès continental. Est-ce également à une telle recherche de compromis entre modèles nationaux que se livrent les institutions de l'Union européenne lorsqu'elles établissent des lois modèles au sens large (directives, règlements à champ limité, celui des litiges transfrontières) ?

1.2.2. Dans l'élaboration des lois modèles au sens large : l'exemple de l'Union européenne

106. Pour proposer des directives ou règlements européens en matière de procédure civile, il est fréquent que la Commission européenne s'appuie sur des livres verts qui procèdent, de façon parcellaire ou un peu plus poussée, à une étude comparative synthétique des droits nationaux. Parfois, le livre vert est lui-même précédé d'une étude comparative³⁴⁰.

Ainsi par exemple, le *livre vert de 2002 sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance*³⁴¹ contient un panorama des procédures³⁴¹ spécifiques de recouvrement rapide des

³³⁹ R. Stürner ajoute (*ibid.*, p. 886) qu'il est possible d'harmoniser les structures procédurales de base et de développer un système de mesures de *discovery* ainsi que des sanctions généralement acceptables dans le monde entier.

³⁴⁰ Il en est par exemple allé ainsi à propos du livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires COM (2006) 618 final. Ce livre vert fut précédé par une étude comparative de seize droits nationaux des États membres (*Study JAI/A3/2002/02 on Making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union : transparency of a debtor's assets, provisional enforcement and protective measures, attachment of bank accounts*) préparée pour la Commission par le professeur B. Heß, étude proposant de créer quatre instruments européens : European Assets Declaration of the Debtor, European Garnishment Order for Bank Accounts, European Garnishee's Declaration et European Protective Order, dont l'étude affirmait en conclusion que « *These instruments should only supplement the existing remedies in the national enforcement systems, not harmonise the national laws. Accordingly, they are aimed at supporting the principle of mutual recognition of judicial transactions within the European Union. However, they are not likely to replace the existing national enforcement laws, they would simply help the creditor to access the foreign enforcement organ in a smooth and efficient way* ».

³⁴¹ COM (2002) 746 final.



créances telles que mises en place dans un certain nombre d'États membres³⁴². La Commission souligne toutefois que, en particulier dans le cas où les parties sont domiciliées dans différents États membres, les frais et les délais inhérents à la procédure civile ordinaire (souvent la seule applicable à ces litiges) dressent des obstacles insupportables à l'accès à la justice qui profitent aux débiteurs de mauvaise foi. C'est pourquoi une procédure européenne spécifique d'injonction de payer, « *rapide et économique* » pour le règlement des litiges qui sont censés ne pas être contestés, assurerait un recouvrement rapide des créances et aurait une importance fondamentale pour les opérateurs économiques dans l'Union européenne. Dans son livre vert, la Commission oppose deux grands modèles d'injonction de payer rencontrés dans les droits nationaux des États membres : 1° le modèle "par preuve" (Belgique, France, Grèce, Luxembourg, Italie et Espagne), caractérisé par l'obligation pour le plaignant de produire une preuve écrite qui justifie et démontre le caractère fondé de la créance en cause, examinée par un juge; 2° le modèle "sans preuve" (Autriche, Allemagne, Finlande, Suède et Portugal)³⁴³, dans lequel aucun examen au fond de la créance en cause n'est réalisé par la juridiction ; dans ce second modèle, dès qu'une demande est recevable et satisfait aux conditions formelles, la juridiction, sans que le demandeur soit tenu de présenter un document justificatif de la créance, délivre une injonction de payer. En fonction du modèle, le défendeur dispose d'une ou de deux possibilités de s'opposer à la créance: une seule dans la plupart des pays appartenant à la famille "par preuve", deux dans la majorité des États membres qui appliquent le modèle "sans preuve" (en Autriche toutefois, un seul recours est prévu par la loi)³⁴⁴. La Commission ajoute, dans le livre vert, que « *Si le défendeur dispose de la possibilité d'empêcher l'adoption d'une décision exécutoire en y opposant un simple refus, c'est-à-dire en contestant la créance, aucune autre garantie n'est jugée nécessaire. Les autres grandes différences sont les conséquences logiques de cette autre approche. Si aucun examen n'a lieu, il n'est évidemment pas nécessaire de présenter un document justificatif de la créance, qui ne sert qu'à permettre ce contrôle. En outre, si la créance n'est pas examinée par la juridiction et que l'intégralité de la procédure revêt un*

³⁴² La Commission avait entamé en 2000 une étude sur les procédures spécifiques applicables aux litiges de faible importance existant dans les États membres. Le questionnaire adressé aux États membres dans ce cadre contenait également quelques questions sur les créances non contestées, v. le rapport final de SERVERIN E., *Procédures de traitement judiciaire des demandes de faible importance ou non contestées dans les droits des États membres de l'Union européenne*, Cachan 2001. Le rapport fait apparaître que le pourcentage de demandes non contestées oscille entre quelque 50 % (Irlande) et plus de 80 % (Allemagne, Autriche, Suède) du total des affaires traitées par les tribunaux civils ordinaires de première instance.

³⁴³ Les pays ainsi listés sont ceux qui, membres de l'Union européenne au moment de la rédaction du livre vert, connaissaient déjà une procédure nationale d'injonction de payer. Les listes des pays ayant opté pour un modèle avec preuve ou un modèle sans preuve a pu évoluer, notamment avec l'élargissement de l'Union.

³⁴⁴ V. livre vert COM (2002) 746 final, n°32 et s.



caractère plutôt administratif, il ne semble pas nécessaire d'y faire participer un juge; par conséquent, dans tous les États membres appliquant ce modèle, le pouvoir de délivrer une injonction de payer est délégué soit aux greffiers de la juridiction, soit, comme en Suède, aux autorités d'exécution, qui sont des instances administratives n'appartenant pas au pouvoir judiciaire. Il est assez intéressant de relever que, dans les États membres appartenant à cette catégorie, l'absence de protection par l'examen au fond de la créance par une juridiction est souvent quelque peu compensée par l'octroi au défendeur de deux possibilités de faire opposition, au lieu d'une »³⁴⁵ et précise qu' » il convient cependant de souligner que deux États membres se sont éloignés de ce modèle dans leur législation. L'Autriche et le Portugal ont tous deux adopté le modèle « sans preuve », mais pour en accroître l'efficacité ils ont choisi la procédure en une seule étape. Lorsque le défendeur a laissé passer sa seule possibilité de faire opposition, aucune autre décision susceptible d'appel ou d'opposition ne doit être prise, car l'injonction de payer devient définitive sur-le-champ »³⁴⁶. On sent bien tout l'attrait de la Commission pour les modèles autrichien et portugais, dont elle souligne qu'ils « illustrent la possibilité d'assembler les éléments les plus positifs des deux modèles classiques des procédures d'injonction de payer. La Mahnverfahren autrichienne allie la simplicité du modèle « sans preuve » (pas de document justificatif, pas d'examen de la demande, pas d'intervention d'un juge) et la restriction substantielle des possibilités de recours inhérente au système « par preuve » et elle permet au créancier d'obtenir une décision qui est non seulement exécutoire, mais possède également force de chose jugée, le tout en un peu plus de deux semaines ». A tel point que le livre vert pose directement la question de l'adoption, sur le plan européen, de ces modèles nationaux : « Une solution de niveau européen peut-elle s'inspirer de cet hybride? Faut-il plutôt s'en tenir à l'un des systèmes généraux décrits plus haut? Le fossé culturel entre les traditions « par preuve » et « sans preuve » peut-il être comblé, et de quelle manière? Quel degré de responsabilité doit être laissé au défendeur? Faut-il instaurer une norme de protection minimale du défendeur par la juridiction contre la poursuite de demandes non fondées au moyen d'une procédure d'injonction de payer? ».

107. La lecture du livre vert fait bien ressortir la volonté de la Commission européenne de favoriser « une justice efficace lorsque les débiteurs n'honorent pas leurs obligations sans qu'il y ait pourtant contestation sur la justification, la nature et le montant de la créance en cause »³⁴⁷.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*, n°34.

³⁴⁷ V. titre 2.1.1. du livre vert.



Il est également fait état des enjeux pour les systèmes judiciaires des États membres : « *distinguer au stade le plus précoce possible de la procédure les demandes réellement contentieuses des affaires qui ne reposent sur aucun différend juridique réel. Cette distinction est une condition indispensable, quoique insuffisante, pour faire un usage efficace des ressources exiguës affectées à la justice. Elle permet de se concentrer sur les affaires controversées et de les trancher dans un délai raisonnable. Toutefois, ce résultat souhaité ne peut être atteint que si une procédure rapide et efficace de règlement des demandes non contestées est disponible et allège effectivement la charge de travail des instances judiciaires de manière à prévenir les retards importants. Eu égard à la proportion des affaires non contentieuses évoquée plus haut, l'existence d'une législation procédurale qui assure leur règlement efficace constitue donc un paramètre déterminant pour le bon fonctionnement du système judiciaire tout entier* »³⁴⁸.

Enfin, il apparaît nettement que la Commission pousse en faveur d'un modèle qui permettrait un recouvrement le plus rapide possible car cela « *revêt une importance primordiale pour les opérateurs économiques dans l'Union européenne* ». « *Les paiements tardifs sont une des principales causes de faillite, qui menace la pérennité des entreprises, en particulier des petites et moyennes entreprises, et qui provoque de nombreuses pertes d'emplois. La nécessité d'engager une procédure judiciaire longue, contraignante et onéreuse, même pour le recouvrement de créances non contestées, aggrave inévitablement ces effets économiques néfastes* »³⁴⁹. Et la Commission d'ajouter l'argument massue selon laquelle elle a estimé à « *35 % la proportion des retards de paiement intentionnels à travers l'Union européenne* »³⁵⁰.

Dès lors, il se déduit d'ores et déjà du livre vert que les modèles nationaux sans preuve les plus radicaux – le droit autrichien et le droit portugais – vont sans doute servir de modèle à la rédaction du règlement. Efficacité oblige... même si les droits du défendeur vont être réduits à la portion congrue. La Commission entendait même prévoir la possible utilisation de la future procédure européenne d'injonction de payer même dans les litiges purement internes, mais cela aurait constitué un dépassement de compétence pour la Communauté européenne ; les États membres s'y sont opposés et

³⁴⁸ V. livre vert, n°2.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.*, n°3. La Commission européenne fonde cette assertion sur les conclusions d'une étude menée en 1984 (« *European Late Payment Survey* » - Intrum Justitia).



la direction juridique du Conseil a également considéré que la base de compétence faisait défaut pour harmoniser les procédures internes d'injonction de payer³⁵¹.

108. Le règlement CE du Parlement européen et du Conseil n°1896/2006 du 12 décembre 2006, entré en application le 12 décembre 2008, instaure ainsi une procédure européenne d'injonction de payer³⁵² qui est très nettement le reflet des droits nationaux les plus « radicaux » en la matière : une seule voie de recours « régulière », l'opposition à l'injonction (règl., art. 16), qui doit être formée dans le délai de trente jours à compter de la signification ou de la notification au demandeur ; une voie de recours « dans des cas exceptionnels », le réexamen, afin de tenir compte des possibles ratés de la notification internationale (règl., art. 20) : après l'expiration du délai d'opposition, le défendeur peut demander le réexamen de l'injonction 1° si celle-ci a été notifiée ou signifiée selon un mode de preuve ne garantissant pas la réception par le destinataire et si la notification ou la signification n'est pas intervenue en temps utile pour lui permettre de préparer sa défense, sans qu'il y ait faute de sa part ou bien 2° si le défendeur a été empêché de contester la créance pour cause de « force majeure » ou « en raison de circonstances extraordinaires », sans qu'il y ait faute de sa part. Certes, le règlement n'impose pas le recours à l'injonction de payer européenne en cas de litige transfrontière ; il s'agit d'un « instrument complémentaire et facultatif »³⁵³ pour le demandeur qui est libre de recourir à toute autre procédure proposée par le droit national. Mais il est évident que l'efficacité – là encore – de la nouvelle procédure lui donnera la faveur du créancier.

En outre, le règlement invite les États membres à l'emploi des nouvelles technologies, et notamment de la communication électronique, afin d'accélérer la procédure³⁵⁴. Le maître mot est efficacité, et donc rapidité de la procédure, qui doit conduire à la délivrance d'une injonction de payer

³⁵¹ Pour des critiques sur une telle extension du champ du règlement, v CORREA DELCASSO J.-P., « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *RIDC* 2005, p. 143 ; FERRAND F., « La future injonction de payer européenne », *Droit et Procédures* 2004, p. 319 ; « L'injonction de payer européenne est arrivée ! », *Droit et Procédures* 2007, p. 66 ; GUINCHARD E., « Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne », *Les Petites Affiches (LPA)* 17 mai 2006, p. 4 ; LOPEZ DE TEJADA M. et D'AVOUT L., « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 718.

³⁵² V. TSIKRIKAS D., « L'injonction de payer européenne », *ZZP Int.* 14 (2009), pp. 221 et s.

³⁵³ Considérant n°10 du règlement.

³⁵⁴ V. règl., art. 7 sur la demande d'injonction de payer européenne, qui peut être introduite par tout moyen de communication accepté par l'État membre d'origine et utilisable par la juridiction d'origine, « y compris par voie électronique » ; règl., art. 16 pour l'opposition à l'injonction.



européenne qui pourra donner lieu à exécution dans d'autres États membres sans qu'un exequatur soit requis.

Il semble bien que la Commission européenne considère la procédure européenne d'injonction de payer comme le « *meilleur modèle* » au sens du plus effectif dans l'intérêt du créancier, en faveur de qui le parti est nettement pris. Un tellement meilleur modèle qu'elle souhaitait même le voir étendu aux procédures internes qui auraient ainsi été uniformisées sur ce point, alors qu'aujourd'hui coexistent, dans les États membres qui ont une procédure d'injonction de payer avec preuve ou sans preuve mais avec deux recours successifs possibles en faveur du (préssumé) débiteur, la procédure européenne expéditive et la procédure nationale plus soucieuse de préserver les droits du défendeur.

109. De l'étude du processus d'adoption du règlement du 12 décembre 2006 créant une injonction de payer européenne, il découle le constat suivant : les droits nationaux des États membres sont en quelque sort « *mis en concurrence* »³⁵⁵ par la Commission européenne sous l'angle essentiel de leur prétendue « *efficacité* », cette dernière reposant d'ailleurs avant tout sur le critère de célérité de l'obtention d'un titre exécutoire³⁵⁶. En l'espèce, ce sont les procédures les plus « *expéditives* » qui ont été préférées, afin que soit mieux réalisé le but suprême d'un recouvrement rapide et effectif des créances non contestées. Les droits du défendeur n'ont pas paru aussi dignes de protection. On peut se demander si l'option prise par le règlement du 12 décembre 2006 pour les litiges transfrontières intracommunautaires, aura une influence sur les procédures nationales d'injonction de payer, qui pourraient être « *modélisées* » par la procédure européenne. C'est alors se poser la question de l'influence des lois modèles sur la procédure civile nationale.

³⁵⁵ Sur la concurrence des systèmes juridiques, v. DE GAUDUSSON J. et FERRAND F. (sous la dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque du GDC à Lyon, PUAM 2008.

³⁵⁶ Les mêmes propos pourraient être tenus à propos de la procédure européenne de règlement des petits litiges (règlement n°861/2007 du 11 juillet 2007), qui – en principe exclusivement écrite (ce qui peut d'ailleurs être considéré comme une régression) – se résume à des échanges de formulaires et doit conduire à un jugement – immédiatement exécutoire – dans des très brefs délais, sans qu'un exequatur soit requis pour procéder à des mesures d'exécution forcée dans un autre État membre que celui d'origine. V. FERRAND F., « La procédure européenne de règlement des petits litiges, concurrente des procédures nationales ? », Actes du colloque de Lyon du 8 avril 2010, *Droit et procédures* supplément n°10 nov. 2010, pp. 51 et s.



II. Influence des lois modèles sur la procédure civile nationale

110. Aujourd'hui, les systèmes juridiques nationaux font l'objet d'évaluations³⁵⁷ sous l'angle économique, par exemple dans le cadre des rapports annuels *Doing Business*³⁵⁸ de la Banque mondiale. Il s'agit de porter une appréciation sur l'efficacité économique d'un système de droit, par exemple en mesurant la durée requise pour obtenir une décision de recouvrement d'une créance commerciale. Ainsi, au sein de la Banque mondiale a été lancé le programme *Doing Business*, dont l'objet est pluriel : « À un premier degré, il est de collecter des informations. Ce programme sert à établir la description sommaire de l'environnement juridique de chaque pays à partir d'un jeu de questions identiques pour tous. Ce recellement permet de comparer les divers systèmes nationaux. À un second degré, le programme a un objectif beaucoup plus ambitieux. Au-delà de la simple collecte, il s'inscrit dans une démarche de benchmarking des législations. L'objectif est alors de les évaluer c'est-à-dire de porter un jugement de valeur sur celles-ci. Il s'agit de les classer pour identifier les « meilleures ». Ce classement doit orienter l'action des investisseurs (qui doivent diriger leurs investissements vers les pays bénéficiant de la meilleure législation) et des pouvoirs publics (qui doivent faire évoluer leur droit pour le rapprocher de la législation bénéficiant du meilleur score)»³⁵⁹. Le postulat sur lequel se fonde le groupe de chercheurs en *Law and Economics* sur la méthode duquel se fondent les rapports *Doing Business* est qu'une législation adéquate a des effets positifs sur le développement économique alors qu'un droit inadapté freinerait ce même développement (théorie des origines légales, *Legal Origins*). La méthode d'évaluation repose uniquement sur l'économétrie³⁶⁰, ne laissant aucune place au droit comparé et à ses outils. L'analyse repose sur une vision libérale selon laquelle le marché serait supérieur à l'intervention de l'État³⁶¹; or la tradition juridique d'origine française se caractériserait par une intervention plus forte

³⁵⁷ Sur les nombreuses comparaisons qualitatives entre systèmes judiciaires et les difficultés de méthode comme de fiabilité des résultats, v. KERN Ch.A., « Perception, Performance and Politics: Recent Approaches to the Qualitative Comparison of Civil Justice Systems », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 445 et s.

³⁵⁸ V. notamment le rapport de 2004 (*Doing Business in 2004: Understanding Regulation*) et celui de 2005 (*Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*).

³⁵⁹ *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, 2006, Soc. de législation comparée, n°6.

³⁶⁰ Sur les principes de l'économétrie, v. *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, 2006, Soc. de législation comparée, n°9 et s.

³⁶¹ Comp. les remarques critiques formulées sur l'étude *Lex Mundi* sur le « Procedural Formalism » par KERN Ch. A., « Perception, Performance and Politics: Recent Approaches to the Qualitative Comparison of Civil Justice Systems », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 488 et s., qui note que cette étude "is not above suspicion of hidden benchmarking", qu'elle part du postulat que "higher formalism is associated with lower quality justice" et que



de l'État (régulation) par rapport à la tradition de *common law*. Il en résulterait que la tradition juridique française serait structurellement moins efficiente que la tradition de *common law*, caractérisée par la place plus grande qu'y occupe le juge.

111. Les rapports *Doing Business* ont donné lieu en France à de sévères critiques³⁶², souvent justifiées. Ainsi, la réponse française formulée par l'Association Henri Capitant dans un ouvrage³⁶³ énonce-t-elle que « *s'appuyant sur un système de raisonnement plus simple - trop simple même, car principalement d'ordre quantitatif - que celui des juristes, les auteurs des Rapports énoncent d'entrée quelques postulats qui se veulent fondamentaux mais qui sont éminemment contestables : un système unique convient à tous (one size fits all) ; la loi écrite nuit à l'évolution économique ; les pays pauvres sont ceux qui légifèrent le plus ; plus on réforme mieux l'économie se porte (mais en même temps, moins on légifère, mieux l'économie se porte, ce qui est paradoxal tant il est difficile de réformer sans légiférer...)* ; un système d'origine jurisprudentielle se prête mieux aux évolutions sociales qu'un système de droit écrit, etc... Ces bases contestables et autres pétitions de principe, pour la plupart énoncées dès le premier chapitre, fondent l'étude des sept questions suivantes (chapitres 2 à 8) : création d'une entreprise, emploi et licenciement des salariés, propriété immobilière et publicité foncière, obtention du crédit, protection des investisseurs, exécution des contrats et enfin liquidation de l'entreprise créée. Le dernier chapitre du Rapport 2004, consacré à la pratique de la réglementation (The Practice of Regulation) reprend les idées exprimées au début du Rapport : partant du constat de la diversité de la réglementation à travers le monde, il entend démontrer que les pays les plus pauvres sont ceux qui réglementent le plus, de manière incohérente au surplus. De nouveau, l'impact négatif de l'héritage de la culture juridique française dans les anciennes colonies est largement dénoncé, mais fort heureusement :

"serious researchers would refrain from such form of speculative research". Un tel point de vue, très argumenté, ne peut qu'être approuvé.

³⁶² V. FAUVARQUE-COSSON B. et KERHUEL A.-J., « Is Law an Economic Contest ? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law », *American Journal of Comparative Law* (57) 2009, p. 811; MILHAUPT C. J., « Beyond Legal Origin: Rethinking Law's Relationship to the Economy – Implications for Policy », *American Journal of Comparative Law* (57) 2009, p. 831. V. aussi RAYNOUARD A. et KERHUEL A.-J., « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *D.* 2010, p. 2928, qui considèrent qu'avant de tenter d'évaluer l'utilisation des systèmes juridiques au regard des effets économiques directs de certaines normes juridiques, il faut procéder à une évaluation de la *sécurité juridique* telle qu'elle est générée par chaque système de droit. V. également la réponse de l'Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, 2006, Soc. de législation comparée.

³⁶³ *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, 2006, Soc. de législation comparée, n°3.



heritage is not destiny. De nouveau, les mérites de la tradition de common law, avec des juges indépendants et des jurys, sont vivement loués. Enfin, ce chapitre propose quelques principes de Good Regulation : simplifier et déréglementer les marchés compétitifs, renforcer la protection des droits de propriété, utiliser les technologies modernes, réduire l'implication des juges dans les affaires, et, surtout, réformer continuellement ».

112. En ce qui concerne – plus ou moins directement – l'efficacité d'un système à la fois juridique et judiciaire, le chapitre 7 (« *Enforcing Contracts* ») du Rapport *Doing Business* de 2004 est particulièrement intéressant ; il compare l'efficacité des différents systèmes judiciaires en matière d'exécution forcée des contrats³⁶⁴. Le droit français aurait ainsi un seul point fort, celui de soumettre les litiges commerciaux à une juridiction spécialisée ; en revanche, le principe de la représentation obligatoire par un avocat « *caractéristique des systèmes juridiques de tradition civile française* » est jugé (car il s'agit bien de jugement) lent et inefficace ! Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme elle-même a eu l'occasion de juger que l'accès effectif au tribunal exigeait parfois l'assistance d'un avocat, qui devait le cas échéant être financé par octroi au plaideur impécunieux d'une aide judiciaire³⁶⁵. Le Rapport oppose ensuite les pays riches (principalement ceux de *common law*) dans lesquels la procédure serait simple, avec peu d'étapes et les autres (souvent de tradition civiliste), qui auraient établi des labyrinthes procéduraux³⁶⁶ qui conduirait à une justice lente et coûteuse. Le Rapport affirme un coût judiciaire élevé en France (plus de 23 millions de dollars, 21 étapes procédurales et 210 jours en moyenne contre 17 étapes et... 365 jours aux États-Unis). Comme le relèvent les auteurs de la réponse de l'Association Henri Capitant au rapport *Doing Business*³⁶⁷, « *rien n'est dit du coût global de la justice*

³⁶⁴ L'étude porte sur 133 pays étudiés à partir d'une même situation commerciale hypothétique. V. *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale, 2006, Soc. de législation comparée, n°65*, qui relève les failles de l'étude au regard du droit français car il s'agit d'examiner la corrélation entre le nombre de transactions commerciales et l'efficacité des sanctions judiciaires « *sans qu'il soit précisé que le droit français des contrats pose comme principe de base celui de l'exécution forcée en nature du contrat. Sans compter que notre droit positif contractuel exploite différents instruments qui, tel l'acte authentique, permettent de garantir l'exécution du contrat ou de faciliter la sanction de son inexécution, sans qu'il soit nécessaire d'exercer une action judiciaire. Ce qui se traduit notamment par un gain de temps et des économies substantielles réalisées par le créancier. Ainsi, les clauses pénales, les clauses résolutoires expresses, la suspension pour inexécution et la résolution unilatérale pour manquement grave, produisent de tels effets bénéfiques dans la perspective de la force exécutoire du contrat* ».

³⁶⁵ C. eur. dr. h., 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A, n°32.

³⁶⁶ Sur cette terminologie, v. *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale, 2006, Soc. de législation comparée, n°65*.

³⁶⁷ *Ibid.*, n°66.



aux États-Unis ni du nombre d'avocats, et du montant de leurs honoraires qui sont très inférieurs en France à ce qu'ils sont aux États-Unis ou même en Grande Bretagne. Plus grave encore, ces chiffres tronqués révèlent à quel point les auteurs de ce Rapport entendent instrumentaliser le droit à des seules fins de prospérité économique, au détriment, s'il le faut, des exigences fondamentales d'un procès équitable. Enfin, ils font l'impasse sur des évolutions majeures du droit français contemporain qui visent à accélérer les procédures d'exécution : on songe à la réforme des voies d'exécution en matière mobilière, qui encourage les ventes à l'amiable ».

113. On le voit, le droit est parfois présenté comme une « *compétition* ». Les droits nationaux entreraient en concurrence les uns avec les autres dans une optique économique, celle de la maîtrise des marchés. Dès lors, les États qui voudraient être bien placés dans la compétition pourraient être tentés d'intégrer dans leur droit des lois modèles, rédigées par des organismes soucieux de prospérité économique. L'accueil de tels modèles pourrait être envisagé aussi bien pour le règlement des litiges transnationaux que pour celui des litiges purement internes.

1.1. L'accueil de modèles pour le règlement des litiges transnationaux

114. C'est avant tout en matière de règlement des litiges transnationaux que les lois modèles ont une influence sur les droits nationaux. En effet, il s'agit là avant tout, pour les législateurs des différents États, d'adopter un modèle de réglementation attractif, sûr et ne dépayasant pas trop l'éventuel entrepreneur étendant son activité à l'étranger ou le plaideur confronté à un litige transnational. Ainsi par exemple, la CNUDCI (UNCITRAL), dont la mission est de « *moderniser et harmoniser le droit commercial international* »³⁶⁸, recherche-t-elle tantôt à concrétiser et renforcer des pratiques établies de longue date, tantôt à harmoniser de façon « *préventive* » en établissant de nouveaux principes destinés à limiter les divergences lors de l'adoption de futures lois nationales. Si les textes adoptés par la CNUDCI touchent souvent au droit matériel, la dimension économique des litiges du commerce transnational a également été perçue par cet organisme, qui a ainsi adopté des lois types

³⁶⁸ V. *Guide de la CNUDCI, L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Vienne, 2007, sur le site internet : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/06-58165_Ebook.pdf, p. 13.



par exemple en matière d'arbitrage commercial international (1985), d'insolvabilité internationale (1997) ou encore de conciliation commerciale internationale (2002).

1.1.1. L'exemple des lois types de la CNUDCI en matière procédurale

115. **La loi type sur l'arbitrage commercial international de 1985, un « bestseller »** – S'il est une loi modèle qui a bénéficié d'un très large succès par intégration dans le droit national de nombreux États, c'est bien la loi type de 1985 sur l'arbitrage commercial international, qui a séduit près de 70 pays et territoires³⁶⁹. Le 7 juillet 2006, cette loi type a connu quelques amendements³⁷⁰ ; la version 2006 de la loi type a d'ores et déjà fait l'objet d'une adoption par divers États (Nouvelle Zélande en 2007, Maurice, Pérou, Rwanda et Slovénie en 2008, Géorgie en 2009, Australie, Floride et Irlande en 2010). Ce succès est mondial, puisque la loi type a été intégrée dans leur droit national tant par des États d'Europe (Allemagne en 1998, Autriche en 2005, Bulgarie en 2002, Chypre et Croatie en 2001, Danemark en 2005, Espagne en 2003, Estonie en 2006, Grèce en 1999, Hongrie dès 1994, Lituanie en 1996, Royaume Uni en 1990...) que par des pays d'autres continents (Canada, divers États des États-Unis, plusieurs pays d'Amérique centrale et d'Amérique latine, plusieurs pays d'Afrique, Australie, Chine, Japon...). Seule une analyse comparée de la législation nationale et de la loi type permettrait de dire, pour chaque pays, si des dérogations ont été faites aux dispositions du modèle ou si ce dernier a été adopté le plus fidèlement possible³⁷¹. A titre d'exemple, il peut être mentionné que l'Allemagne, lorsqu'elle a modifié son droit de l'arbitrage par la réforme du 22 décembre 1997, a adopté un texte assez fidèle à la loi type,

³⁶⁹ La liste des pays ayant adopté cette loi modèle figure sur le site internet de la CNUDCI suite à l'information donnée par ces pays à son secrétariat, v. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Pour la liste de ces pays, v. *supra* note 59.

³⁷⁰ Le par. 2 de l'art. 1er, l'art. 7 et le par. 2 de l'art. 35 ont été modifiés ; un nouveau chapitre IV A remplace l'art. 17 et un nouvel art. 2A a été adopté. La version révisée de l'art. 7 tend à moderniser l'exigence de forme pour les conventions d'arbitrage afin de mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux. Le nouveau chapitre IV A établit un régime juridique plus complet sur les mesures provisoires prononcées à l'appui de l'arbitrage.

³⁷¹ V. SANDERS P., « Unity and Diversity in the Adoption on the Model Law », *Arbitration International* 1995, pp. 1 et s. et spec. p. 143 : « Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber sogar Verzerrungen im Verhältnis zu deutschen rechtmethologischen Grundsätzen in Kauf genommen. So sind zum Beispiel die §§ 1025 ff. ZPO, gleichsam wie die entsprechende Regelung im UNCITRAL-Entwurf, zwingende Vorschriften, es sei denn die Abdingbarkeit ist ausdrücklich festgelegt [...]Über solche Zugeständnisse im Bereich der Rechtsmethode hinaus hat die Reform einige grundlegende Prinzipien des deutschen Schiedsgerichtsbarkeitsrechts berührt ».



quitte à abandonner à certain nombre de ses conceptions nationales³⁷². Ainsi par exemple, la conception allemande du principe compétence-compétence telle que développée par la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) avait une portée beaucoup plus large que celle retenue par le droit français et la loi type de 1985 ; elle a été abandonnée au profit du modèle proposé par la loi type³⁷³. Les auteurs allemands expliquent que l'intégration en droit national du modèle proposé par la loi type était du à des « *contraintes économiques* »³⁷⁴. La réforme allemande, qui applique presque toutes les dispositions inspirées de la loi type tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, et pas uniquement en matière commerciale mais aussi en matière civile, a toutefois dérogé à la loi type CNUDCI sur deux points³⁷⁵ : 1° d'abord, à propos du droit matériel applicable, sur le point de savoir si les parties peuvent désigner, au lieu d'un droit national, des règles d'origine non étatique, transnationales ou nationales (par ex. les Principes Unidroit des contrats du commerce international) : l'art. 28 al. 2 de la loi type CNUDCI prévoit qu'en l'absence de choix des parties, l'arbitre applique le droit auquel renvoie les règles de conflits de lois qu'il juge applicables. Le droit allemand, lui, dans son § 1051 al. 2 ZPO, a opté pour l'application, dans une telle hypothèse, du droit de l'État avec lequel l'objet de la procédure présente les liens les plus étroits; 2° ensuite, contrairement à la loi type qui ne contient pas de dispositions sur l'arbitrabilité du litige (c'est-à-dire les matières litigieuses pouvant donner lieu à arbitrage), le ZPO allemand, lui, règlemente cette question dans son § 1030. Ce dernier point démontre que les lois types, négociées dans des cercles internationaux larges, ne peuvent avoir vocation à régir tous les points sur

³⁷² V. V. SCHERER M., « Zwänge und Entwicklungen im Prozessrecht, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht », préc.

³⁷³ Pour d'autres exemples d'abandon par le droit allemand d'un certain nombre de ses principes du droit de l'arbitrage, v. SCHERER M. préc., pp. 146 et s.

³⁷⁴ V. SCHLOSSER P., Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, in : *Revision der EuGVÜ/neues Schiedsverfahrensrecht*, public. de l'Assoc. Internationale de droit procédural, vol. 11, 2000, p. 164, qui énonce que « les réformes sont souvent la conséquence de pression économique extérieure » et que la réforme allemande de 1997 s'explique par la volonté de renforcer l'Allemagne comme place internationale d'arbitrage. Ces mêmes motifs sont avancés pour la réforme française de 2011, v. Rapport au Premier ministre relatif au décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, *JORF* du 14 janv. 2011, p. 177 où la réforme est justifiée notamment par la nécessité d' « améliorer l'efficacité » des règles et « d'intégrer des dispositions inspirées par certains droits étrangers dont la pratique a prouvé l'utilité ». V. aussi B. HEß, « Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 202.

³⁷⁵ V. SCHERER M., « Zwänge und Entwicklungen im Prozessrecht, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht », in : BLAUROCK U. (éd.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Tübingen, Paul Siebeck éd., 2005, p. 141 et s.



lesquels existent des spécificités nationales fortes ou qui sont avant tout indispensables pour les litiges purement internes³⁷⁶.

Tout récemment, le droit français a également réformé son droit de l'arbitrage interne et international (décret n°2011-48 du 13 janvier 2011)³⁷⁷ qui avait été nouvellement réglementé par les décrets des 14 mai 1980 et 12 mai 1981, établissant déjà un droit moderne très favorable à l'arbitrage³⁷⁸. Il semble que la réforme française des années 1980-1981 ait influencé, sur certains aspects, la loi type de la CNUDCI de 1985 qui toutefois, en raison du consensus que son adoption nécessitait, n'a pu consacrer un libéralisme aussi grand que celui du droit français³⁷⁹. Les raisons de la réforme française de 2011 sont doubles : 1° codifier un droit devenu tellement jurisprudentiel qu'il en devenait peu accessible aux arbitres étrangers ; 2° moderniser des dispositions devenues inadaptées (notamment en matière de voies de recours contre la sentence arbitrale). Comme cela a pu être relevé³⁸⁰, le nouveau décret « traduit la volonté du gouvernement, en parfait accord avec les praticiens opérant sur la place de Paris, de donner un nouveau souffle au droit de l'arbitrage français, dans un contexte de concurrence internationale accrue ».

C'est certainement ce contexte de concurrence internationale et de globalisation des échanges qui explique le succès de la loi type de 1985 sur l'arbitrage commercial international. Elle a eu pour mérite de retenir des solutions assez modernes et souples, facilitant le recours à ce mode alternatif de règlement des litiges. Ainsi, l'Espagne³⁸¹ a-t-elle adopté en décembre, 2003 une nouvelle loi sur l'arbitrage alors que la dernière réforme était assez récente (loi 36/1988 du 5 décembre 1988). La nouvelle loi est entrée en application le 26 mars 2004 et son but principal a été d'incorporer en droit espagnol la loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international afin notamment de faire de

³⁷⁶ Comp. SCHERER M. préc., p. 155 ; BERGER K.-P., « Entstehungsgeschichte und Leitlinien des neuen deutschen Schiedsverfahrensrechts », *RWS-Dokumentation* Band 21, 1998, p. 23.

³⁷⁷ V. GAILLARD E. et DE LAPASSE P., « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, pp. 175 et s.

³⁷⁸ Sur l'influence qu'ont eue les décrets français de 1980 et 1981 sur divers droits étrangers, v. GAILLARD E. et DE LAPASSE P., préc., p. 175.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 176. Ces auteurs soulignent que la place de Paris est « devenue une place majeure en matière d'arbitrage international », la plupart des litiges qui y sont tranchés n'ayant aucun lien particulier avec la France.

³⁸¹ V. DÍEZ-PICASSO GIMÉNEZ I., « The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 33 et s., not. p. 38



l'Espagne une place attirante en la matière³⁸². L'ancienne loi de 1988 était pourtant « adequate in overall terms » selon certains³⁸³. L'étude des droits des anciens pays socialistes démontre également que beaucoup d'entre eux, une fois indépendants, ont eu la volonté de prendre leur place dans l'organisation économique mondiale en rendant leur droit plus « compétitif » et conforme à des lois types telles que celle de la CNUDI sur l'arbitrage³⁸⁴, affichant ainsi leur détachement des anciens préceptes socialistes et entrant de plein pied dans la « globalisation ».

Parfois, des juridictions font référence à la loi type sur l'arbitrage commercial international alors même que celle-ci n'a pas été adoptée par leur droit national³⁸⁵, afin de motiver la solution qu'elles retiennent.

La question qui se pose aujourd'hui aux États membres de l'Union européenne est de savoir quelles doivent être les interactions entre arbitrage et règlement Bruxelles I tel qu'il va être révisé. Si le règlement révisé contient des dispositions en matière d'arbitrage, certains auteurs craignent que ne s'instaure ainsi une compétence de l'Union européenne dans le domaine de l'arbitrage international pour la mise en œuvre du principe « compétence-compétence »³⁸⁶, ce qui nuirait au pluralisme des droits nationaux des États membres qui ferait pourtant leur force.

116. La loi type CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002 – C'est essentiellement dans le cadre des modes alternatifs de règlement des litiges que la CNUDCI a proposé des modèles procéduraux. Après l'arbitrage, c'est la conciliation qui a eu ses faveurs. Conciliation qui doit être entendue au sens large puisque le terme désigne « *une procédure, qu'elle porte le nom de*

³⁸² V. RAMOS MÉNDEZ F., « El arbitraje internacional en la nueva Ley española de arbitraje », *Anuario de Justicia alternativa* n°5, 2004, p. 12; AZCÁRRAGA MONZONIS C., « ADRs in Spain : Projected Changes for Arbitration and Mediation », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 159 et s., qui aborde également le projet de réforme de la réforme, dont le texte date de février 2010 et qui a pour objet principal de favoriser l'usage de l'arbitrage par les plaideurs.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ V. par ex. en ce sens MIKELÉNAS V., « The Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and the New Code of Civil Procedure in Lithuania », *Rev. dr. unif.* 2001-4, p. 981. De même, les Principes Unidroit du droit des contrats du commerce international ont été intégrés dans le nouveau Code civil de Lituanie en 2000. Pour la Pologne, v. WEITZ K., « Die Bedeutung der Rezeption für die Entwicklung des polnischen Zivilprozessrechts », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 148.

³⁸⁵ V. en ce sens le rapport italien de Ch. Besso, qui cite une décision de la cour d'appel de Milan du 29 avril 2009.

³⁸⁶ V. GAILLARD E. et DE LAPASSE P., préc., p. 188, qui redoutent qu'en cas de négociation internationale, ce ne soit la Commission européenne qui participe et non les États membres, ce qui risquerait à terme de nuire à « *la force des droits de l'arbitrage des États membres, lesquels gagneraient à conserver leur spécificité et originalité plutôt qu'à faire l'objet d'une uniformisation oubliant les particularités nationales qui, en matière d'arbitrage, font la force des États européens* ». Comp. KESSEDIAN C., « Le règlement 44/2001 et l'arbitrage », *Rev. arb.* 2009, p. 699.



conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport » (art. 1.3). La loi type définit largement la conciliation *internationale*, pose des principes relatifs au début de la procédure, au nombre et à la nomination des conciliateurs, à la conduite de la conciliation, à la communication entre conciliateur et parties (notamment au caractère confidentiel des informations transmises, à l'interdiction de principe de présenter, lors d'une procédure arbitrale ou judiciaire, un certain nombre d'éléments de preuve liés à la conciliation, v. art. 10), à la fin de la procédure de conciliation et à la force exécutoire de l'accord issu de la conciliation. Les orientations sont largement similaires à celles contenues dans la directive européenne n°2008/52 du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. La loi type est conçue comme une base sur laquelle devrait reposer toute loi nationale³⁸⁷ intervenant en matière de conciliation ou médiation. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type expose clairement les contours de la « *conciliation* » par rapport à l'arbitrage ou aux négociations. Il insiste sur la place effective que tend à prendre la conciliation « *dans diverses parties du monde* », sur la faveur faite à ce mode de règlement des litiges par la justice étatique et l'administration, mais aussi « *au sein de la société et dans les milieux d'affaires* ». Le raisonnement est simple : à partir du moment où la conciliation se répand dans le monde et donne dès lors lieu peu à peu à des réglementations nationales, il convient de favoriser des « *solutions juridiques harmonisées au niveau international de nature à faciliter la conciliation* »³⁸⁸ et un recours accru à cette dernière. La loi modèle est alors instrument d'accompagnement, d'encadrement et d'harmonisation d'une pratique naissante. L'aspect économique de l'intervention de cette loi type est bien présent et clairement énoncé dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de 2002 : rappel du développement rapide des échanges commerciaux, recours croissant au commerce électronique qui conduit à ce que des affaires soient fréquemment conclues en dehors des frontières nationales, ce qui rend « *impérieux* » le besoin de « *disposer de systèmes de règlement des litiges efficaces* ». L'adoption de la loi type tend à « *aider les États à mettre au point des mécanismes de règlement des litiges qui soient moins coûteux, favorisent le maintien d'un climat de coopération entre les partenaires commerciaux, préviennent la survenance de nouveaux litiges et renforcent la sécurité juridique dans les échanges internationaux* »³⁸⁹.

³⁸⁷ V. *Guide pour l'incorporation dans le droit interne et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale* (2002), n°2, qui suit le texte de la loi type.

³⁸⁸ *Ibid.*, n°8.

³⁸⁹ *Ibid.*, n°15.



Le mot est lâché : il s'agit de contribuer à « *un meilleur rapport coût-efficacité* » sur les marchés. Le modèle tend donc à renforcer la confiance, mais surtout à baisser les coûts que tout litige génère nécessairement. Dès lors, les États qui se laisseront inspirer par le modèle seront « *à égalité* » dans la course concurrentielle au moindre coût. Ce seraient alors moins des motifs juridiques que des raisons économiques qui justifieraient l'intégration en droit national de lois modèles.

Des textes législatifs fondés sur cette loi type ont été adoptés dans plusieurs pays déjà : en Albanie (2003), au Canada (2005), en Croatie (2003), en Honduras (2000), en Hongrie (2002), en Nicaragua (2005) et en Slovénie (2008)³⁹⁰.

1.1.2. Les Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale, quelle influence ?

117. Il est difficile d'apprécier le rayonnement que les Principes ALI/Unidroit ont pu avoir sur les droits nationaux en matière de règlement des litiges transnationaux. Lors de leur élaboration, divers États avaient exprimé leur intérêt, notamment le Mexique, qui était en train d'unifier son droit interne de la procédure civile, ou encore le Vietnam et certains pays d'Afrique. Il ne semble pas cependant que l'intérêt manifesté se soit limité au règlement des litiges transnationaux ; les Principes étaient davantage perçus comme un modèle incitatif de procès civil tant interne qu'international. On peut se demander si les Principes ALI/Unidroit ne sont pas largement demeurés, pour l'instant, une œuvre purement doctrinale, un « *legal laboratory* »³⁹¹ qui aurait avant tout permis de découvrir que l'opposition classique entre procès civil de *common law* et procès civil de tradition romano-germanique peut être largement surmontée³⁹², que les procédures civiles de pays démocratiques reposent toutes sur un certain nombre de principes fondamentaux d'équité mais que, pour beaucoup, « *si la garantie des libertés et droits fondamentaux du procès et dans le procès peut et doit faire l'objet d'une reconnaissance dans des instruments internationaux, qu'ils aient la force d'un traité ou non, la mise en œuvre de ces principes*

³⁹⁰ En outre, la CNUDCI mentionne sur son site internet qu'une loi uniforme inspirée de la loi type a été rédigée aux États-Unis (*Uniform Mediation Act*, adoptée en 2001 par la Conférence nationale des commissions de juristes sur l'uniformisation des législations des États) et adoptée par plusieurs États des États-Unis (plus d'une dizaine).

³⁹¹ GIDI A., « Notes on Criticizing the Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 819 et s. et not. p. 826.

³⁹² V. GIDI A., préc. : « *by learning new techniques and introducing them into our own systems, we will eventually guide our respective national laws in the same direction* ».



*appartient irréductiblement aux Etats.»*³⁹³. Mais justement, l'intérêt des Principes, de la *soft law* est bien de ne rien imposer à un État qui ne relève d'autre chose que de leur force d'attraction reposant sur un certain consensus, de leur qualité... et des avantages de sécurité juridique, modernité et attractivité qu'ils peuvent présenter. Alors, de tels Principes pourront être accueillis non seulement pour le règlement de litiges transnationaux, mais également pour le procès civil interne.

118. Perception des Principes ALI/Unidroit en Amérique Latine - Los objetivos perseguidos de armonización y aproximación de los distintos sistemas nacionales y, especialmente, de las familias de sistemas, para ser aplicados por los órganos nacionales, han de ser considerados desde una visión iberoamericana como plenamente compatibles, en principio, con las ideas que sustentaron la elaboración de los CMPCI y CMPr.Col.I. Si bien las finalidades de unos y otros son diferentes, no dejan de ser sustancialmente similares en buena medida, en cuanto a los principios esenciales del procedimiento. Así, entre otros, en punto a: independencia, imparcialidad y competencia del tribunal (P. 1), debido proceso, tratamiento equitativo de las partes (P. 3), derecho a asistencia letrada (P. 4), contradictorio entre las partes (P. 5), decisión en tiempo razonable (P. 7), medidas provisionales y de urgencia (P. 8), estructura de los procedimientos (P. 9), iniciativa de parte para la promoción de los procedimientos (P. 11), acumulación de acciones, litisconsorcio e intervención de terceros (P. 12), responsabilidad del juez en la dirección de los procedimientos (P. 14), presentaciones escritas y orales (P. 19), publicidad (P. 20), reglas y *standards* de prueba (P. 21), determinaciones de hecho y de derecho (P. 22), contenido y fundamentación de la decisión (P. 23), medios alternativos de solución (P. 24), costos (P. 25), ejecución inmediata de la sentencia (P. 26), régimen de la apelación (P. 27), litispendencia y cosa juzgada (P. 28), efectividad de la ejecución forzada (P. 29), etc..

En conclusión, puede afirmarse que, analizado en general, la admisión de los P. ALI/Unidroit no debería generar obstáculos decisivos en la región. No existe incompatibilidad, al menos en el nivel de los Principios, con las ideas fundamentales en que se sustentan los CMPCI y CMPr.Col.I. Por otro lado, el tratamiento de las garantías fundamentales del proceso civil resulta coincidente con el catálogo de la CADH (art. 8º).

³⁹³ GUINCHARD S., « La procédure mondiale modélisée : le projet de l'American law Institute et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *D.* 2003, p. 2187, qui se demande si ce n'est pas cette « *division du travail, attraction à la garantie des droits fondamentaux d'un côté, adaptation de cette garantie de l'autre, qui a conduit les rédacteurs du projet, plus ou moins volontairement, à scinder leur projet en deux parties, principes et règles ?* ».



En el nivel de los ordenamientos nacionales, en general, se ha afirmado que no existen obstáculos ni incompatibilidades de sustancia para su aceptación³⁹⁴. Así, particularmente en Uruguay, donde se mencionan antecedentes diversos de legislación y convenciones internacionales coincidentes con los P. ALI/Unidroit, en especial en cuanto a los principios que deben informar el derecho procesal internacional: a) la jurisdicción razonable; b) el acceso a la justicia; c) la no discriminación del litigante extranjero; d) la cooperación de principio y e) la circulación internacional de los fallos³⁹⁵.

Sin embargo, en el análisis en particular de los diversos Principios, se ha resaltado la existencia de algunas incompatibilidades con los ordenamientos nacionales, especialmente en tanto aquellos recogen normas que pertenecen a tradiciones jurídicas diversas de las del *civil law* continental, y que serían excluyentes o sustancialmente opuestas al sistema normativo legal. Así, se ha considerado que, entre otras, serían incompatibles, en relación al proceso civil venezolano, los P. 9º y 13, en cuanto confieren operatividad a los acuerdos de partes en detrimento de los poderes judiciales; el P. 17, al imponer obligaciones procesales a las partes, y no simples cargas; el P. 27, en cuanto permite la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado, confiriendo al juez, y no al régimen de la ley, la posibilidad de su aplazamiento³⁹⁶.

1.2. L'accueil de modèles pour le règlement des litiges civils internes

119 Certaines lois modèles, telles que celles qui sont élaborées par la CNUDCI, ont vocation avant toute chose à faciliter le règlement des litiges internationaux. D'autres, en revanche proposent un modèle de législation susceptible d'être adopté par les États intéressés pour le règlement des différends internes. Nous verrons que certaines ont d'ores et déjà donné lieu à quelques intégrations en droit national (1.2.1) alors que pour d'autres, il conviendra de faire une analyse prospective de leur champ potentiel de rayonnement (1.2.2.).

³⁹⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

³⁹⁵ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

³⁹⁶ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.



1.2.1. Des réalisations partielles

1.2.1.1. Le modèle universel

120. **Les Principes ALI/Unidroit de Procédure civile transnationale, un modèle pour le procès civil interne ?** - Les Principes ALI/Unidroit, adoptés en 2004, ont, semble-t-il intéressé divers États non pas en tant que réglant des litiges transnationaux du commerce, mais en tant que modèle incitatif « *mixte* » et relativement consensuel pouvant être importé au sein d'un Code national de procédure civile. Telle a été la démarche du Mexique, qui réformait son droit de la procédure civile au moment des travaux du comité d'études ALI/Unidroit. J. Sánchez-Cordero Dávila³⁹⁷, à propos d'une décision de la Cour suprême mexicaine³⁹⁸ relative aux garanties constitutionnelles du droit d'être entendu et du procès équitable, souligne combien les Principes ALI/Unidroit « *were present both in the Mexican Justices' spirit and in their deliberations* ». L'arrêt de la Cour suprême mexicaine a promu un nouveau concept de loi procédurale universelle, validant ainsi les fondements sur lesquels pourraient être adoptées des dispositions générale et universelles de procédure telles que les Principes ALI/Unidroit³⁹⁹. J. Sánchez-Cordero Dávila ajoute que lesdits Principes « *offer an extraordinary framework of reference for Mexican jurisdictions, including arbitration, and can help assure transparency, predictability, and effective procedural equality* » et relève qu'ils ont influencé le Code modèle de procédure civile du Mexique⁴⁰⁰.

En effet, si le domaine « *affiché* » des Principes ALI/Unidroit est celui des « *litiges transnationaux en matière commerciale* »⁴⁰¹, il est immédiatement précisé qu'ils « *peuvent être également appropriés pour la solution de la plupart des autres litiges de nature civile et peuvent constituer le fondement de futures réformes des règles nationales de procédure civile* »⁴⁰², ce que reprend le commentaire P-A. Il apparaît donc bien que les Principes ALI/Unidroit, bien que d'un champ

³⁹⁷ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA J., Preface, in : *ALI/Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, pp. xxxviii et s.

³⁹⁸ Décision du 30 juin 2004, n°759/2003.

³⁹⁹ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA J., préc., p xxxix.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ V. le texte des Principes, qui débutent par « Champ d'application et transposition en droit interne », *ALI/Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. 61.

⁴⁰² *Ibid.* V. aussi HAZARD G. C., « A Drafter's Reflections on the Principles of Transnational Civil Procedure », in *ALI/Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. xlvii.



d'application apparemment restreint⁴⁰³, pourraient constituer un modèle procédural de base susceptible d'être adopté par des États pour les litiges civils internes. La description par V. Mikelénas de l'adoption du nouveau Code de procédure civile de Lituanie⁴⁰⁴ le 28 février 2002 démontre ainsi combien les réformes de procédure civile des anciens pays socialistes ont été fondées sur des analyses du droit étranger (Allemagne, Autriche, France, Japon et Suède notamment pour la réforme lituanienne) et des instruments internationaux. V. Mikelénas montre combien, lors de la préparation du nouveau Code de procédure civile de Lituanie, le premier projet ALI de *Rules* avait été rejeté dans son pays car perçu comme un « *restatement* » de règles de procédure civile de *common law*, dont l'incorporation n'était même pas envisageable en raison de la croyance nationale en le mythe de l'incompatibilité essentielle entre procès civil de *common law* et procès civil romano-germanique. En revanche, lors de la parution du projet de Principes ALI/Unidroit en 2002, l'intérêt a été plus grand, et il peut être affirmé que le nouveau Code lituanien repose sur le même esprit que les Principes ; il débute d'ailleurs – comme le Code français – par une liste de principes directeurs (art. 5 à 21)⁴⁰⁵. V. Mikelénas ajoute que les tribunaux de Lituanie ont pris l'habitude de faire usage des méthodes comparatives et n'hésitent pas à s'inspirer tant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que des recommandations (*soft law*) du Conseil de l'Europe ; dès lors, les Principes ALI/Unidroit « *would still serve as a tool for ensuring fair and reasonable interpretation and application of national procedural rules by the Lithuanian courts* »⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Pour les raisons ayant conduit à cette limitation du champ d'application, v. HAZARD G. C., « A Drafter's Reflections on the Principles of Transnational Civil Procedure », in *ALI/Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. xlvi : acceptation plus grande des parties à des contrats du commerce international d'une approche « *cosmopolite* » de la justice procédurale ; le fait que la plupart des droits nationaux aient plusieurs codes (ou lois) de procédure différents selon la nature du litige, si bien que les règles de procédure peuvent varier suivant que le litige est purement civil (voire de droit de la famille), commercial ou encore relatif à un contrat de travail. En outre, l'exclusion des litiges causant un préjudice corporel se justifie par la spécificité du droit américain en la matière.

⁴⁰⁴ MIKELÉNAS V., « The Proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and the New Code of Civil Procedure in Lithuania », *Rev. dr. unif.* 2001-4, pp. 981 et s.

⁴⁰⁵ En outre, le nouveau CPC lituanien opte pour le principe de *case management* par le juge dans la limite du principe d'initiative et du principe dispositif ; il repose sur le principe de coopération entre juge et parties, sur celui de concentration. De même, le champ de l'instance d'appel est restreint, comme dans les Principes ALI/Unidroit, v. MIKELÉNAS V., préc., p. 987 et 992.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 985.



Si les rapports nationaux sur lesquels se sont fondés les rapporteurs généraux attestent une compatibilité majeure⁴⁰⁷, sous certaines réserves, entre les Principes ALI/Unidroit et la procédure civile du pays considéré⁴⁰⁸, ils constatent également une absence d'influence, jusqu'à présent, desdits principes sur le droit national. Souvent, les rapporteurs nationaux relèvent une méconnaissance des Principes ALI/Unidroit par la doctrine de leur pays⁴⁰⁹.

121. Influence des Principes en Amérique Latine?- En general, no existe incompatibilidad entre los aludidos Principios y los ordenamientos procesales de los países de Latinoamérica. Por el contrario, puede advertirse una correspondencia básica entre unos y otros.

Así, en particular: (i) el principio de independencia e imparcialidad de los jueces está consagrado con alcances similares en las Constituciones y en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8); (i.i.) el debido proceso y el tratamiento equitativo de las partes, que incluye el contradictorio tanto como la decisión en tiempo razonable, se sustentan en disposiciones de igual linaje; (i.i.i.) las medidas provisionales o de urgencia generalmente se consideran por la jurisprudencia como integrantes de la garantía constitucional del debido proceso.

Es lo cierto que, los Principios ALI/Unidroit no han tenido hasta el presente incidencia alguna, en general, en las más recientes reformas del proceso civil en las legislaciones de la región. La escasa difusión⁴¹⁰ y conocimiento de aquellos tanto como la ausencia de debates más amplios, han sido, probablemente, los motivos decisivos. Sin embargo, resulta obvio que los Principios y Reglas pueden constituir una muy valiosa fuente de inspiración futura. Su eventual recepción, de todos modos,

⁴⁰⁷ Dans le même sens, relevant que les Principes ALI/Unidroit « *can rely on some measure of existing convergence and are clearly designed to provoke a further measure of it* », v. GLENN H.P., « The ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication », *Rev. dr. unif.* 2004-4, p. 829.

⁴⁰⁸ En ce sens les rapports anglais de N. Andrews, belge de B. Allemeersch, italien de Ch. Besso, néerlandais de X. Kramer, russe de M. Filatova. Le rapport grec de P. Yessiou-Faltsi exprime quelques nuances, relevant que le *court management*, la structure du procès et l'administration de la preuve sont différents du droit grec. V. aussi les réserves du rapport allemand de Th. Pfeiffer et du rapport français de E. Jeuland sur certains Principes ALI/Unidroit. Pour le *Brésil*, v. aussi SCARPINELLA BUENO C., « Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and Brazilian Civil Procedure Compared : a First Assessment », *Rev. dr. unif.* 2004-4, pp. 859 et s. (compatibilité essentielle entre le droit brésilien et les Principes).

⁴⁰⁹ V. par ex. les rapports anglais (N. Andrews), belge (B. Allemeersch), espagnol (F. Gascón Inchausti), néerlandais (X. Kramer) ou russe (M. Filatova).

⁴¹⁰ Entre las publicaciones dedicadas específicamente al tema debe consignarse la edición especial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho PUC, n° 52, diciembre 1998-marzo 1999, Lima.



dependerá de profundos e imprescindibles cambios culturales⁴¹¹ en los países de la región, siempre de difícil e imprevisible logro.

1.2.1.2. Des modèles régionaux : l'Amérique Latine

122. **Les Codes modèles ibéroaméricains - El Código Procesal Civil "Tipo" para Iberoamérica** - El debate a nivel doctrinario del CMPCI de 1988 se mantiene vivo en la actualidad con el objetivo de proceder a su actualización, al cabo de las diversas circunstancias que han sobrevenido en la región, especialmente la constitucionalización en varios países de nuevos derechos y garantías, la evolución de los sistemas de gestión, la irrupción de los medios alternativos, entre otras. Los necesarios ajustes de diseño del modelo e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos, comprende la regulación del régimen específico de las tutelas procesales diferenciadas; la instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*); los poderes de dirección e instrucción de las causas; flexibilización del sistema de preclusiones rígidas; las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia; los tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado; el régimen de los procesos repetitivos; el cumplimiento y ejecución de la sentencia, entre otros. El actual debate quedó inaugurado en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Santiago de Chile, 2010)⁴¹².

La influencia del CMPCI en los ordenamientos iberoamericanos ha sido notoria desde 1989 por la vigencia del CGP Ur. y el prestigio derivado de la experiencia de este último. Así, en el CPC Per. de 1993, en cuyo diseño se receptaron en medida significativa los principios típicos de aquel: proceso por audiencias orales, poderes ordenatorios e instructorios del juez, intermediación y concentración. Lamentablemente reformas posteriores terminaron desnaturalizándolo⁴¹³. Igualmente, el CMPCI incidió decisivamente en la reforma de varios ordenamientos en las provincias argentinas, especialmente en la

⁴¹¹ MONROY GALVEZ sostiene que si los políticos y el ciudadano toman conciencia que un paso hacia la armonización global o regional de nuestra justicia civil redundará en un beneficio de la justicia estatal (nacional), no habrá mayores trabas para que el ordenamiento procesal vaya paulatinamente modelando su estructura en línea con los principios que se vienen acogiendo internacionalmente.

⁴¹² Ilustran ampliamente sobre dicho debate las ponencias y comunicaciones recogidas en *Derecho Procesal contemporáneo*, coord. R. Tavolari Oliveros, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vs. I y II.

⁴¹³ MONROY GALVEZ J., CAIRO O., SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú*, ob. cit..



de Tierra del Fuego⁴¹⁴, y de modo parcial en La Pampa y Río Negro. Numerosas de sus instituciones, como la audiencia preliminar⁴¹⁵, las estructuras monitorias, el régimen de los procesos colectivos⁴¹⁶ – aunque luego superado- sirvieron de inspiración a varias legislaciones. De hecho, está siendo utilizado como fuente inspiradora para los proyectos de CPC para Chile⁴¹⁷.

123. **El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica** - La idea surgida en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en 2002 de elaborar un ordenamiento tipo sobre procesos colectivos en base al anteproyecto presentado por los profesores Ada PELLEGRINI GRINOVER, Kazuo WATANABE y Antonio GIDI, generó de inmediato numerosos aportes doctrinarios⁴¹⁸, en base a los cuales se aprobó finalmente en 2004 el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica⁴¹⁹. A partir de entonces se ha generado un fructífero debate que sigue abierto⁴²⁰.

⁴¹⁴ MORELLO A.M. y KAMINKER M.E., *El Código Procesal Civil (General) de la Provincia de Tierra del Fuego*, El Der., Bs. As., v. 159, p. 1018.

⁴¹⁵ En la legislación colombiana: BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

⁴¹⁶ Las reglas sobre legitimaciones extraordinarias y cosa juzgada en los procesos colectivos se adoptaron en buena parte de los ordenamientos nacionales sobre tutela ambiental y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Así, en Argentina, donde la legitimación extraordinaria fue incluida en la reforma constitucional de 1994 y ulteriormente incorporada, junto con el régimen de la cosa juzgada a las leyes de tutela ambiental y de consumidores.

⁴¹⁷ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

⁴¹⁸ THEODORO Jr. H., *Acciones populares y acciones para la tutela de los derechos colectivos*, Rev. Iberoam. Der. Proc., Nº 2, 2002, pp. 85 y ss.. Asimismo: PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, en la misma rev., pp. 165 y ss.. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Porrúa, México – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, *passim*. GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR E., coordinadores, *Procesos colectivos...*, ed. Porrúa, México, 2003, *passim*. GIDI A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *passim*. Asimismo, PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K. y GIDI A., *Proposta de Código Modelo de Processos Colectivos para Ibero-américa...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2003, nº 3, pp. 165 y ss.; MARINONI L.G., *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el "Anteproyecto de Código Modelo..."*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 4, pp. 193 y ss.; *Exposición de motivos. Anteproyecto de Código Modelo...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 5, pp. 19 y ss.; PELLEGRINI GRINOVER A., *Pareceres sobre as propostas de emendas apresentadas ao Anteproyecto...*, en la misma rev., pp. 67 y ss.; CASTRO MENDEZ A.G. de, *Relatorio General Processos Colectivos...*, en la misma rev., pp. 155 y ss.; BEJARANO GUZMÁN R., *VIII Congreso Internacional... Relatorio General. De los proveimientos jurisdiccionales...*, Rev. Iberoam. Der. Proc., 2004, nº 6, pp. 51 y ss.; SAID A., *VIII Seminario... Los procesos colectivos. El anteproyecto...*, en la misma Rev., pp. 99 y ss.; LANDONI SOSA A., *XIV Jornadas Iberoamericanas. La acción colectiva para la tutela de los intereses difusos...*, en la misma Rev., pp. 123 y ss..

⁴¹⁹ Exposición de motivos y texto publicado en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, año VI-Nº 9, 2006, en versión castellana y portuguesa.

⁴²⁰ Puede consultarse los comentarios a todo su articulado en GIDI A., FERRER MAC GREGOR E., coord., *Código de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, Porrúa-UNAM, México, 2008.



a) Tal como se expresa en la exposición de motivos, el modelo propuesto se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existente en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas de modo de configurar un sistema típico, diferenciado de los modelos norteamericano y brasileño que le sirvieron, junto con la legislación colombiana, de principales fuentes inspiradoras. En líneas generales, en sucesivos capítulos, el ordenamiento tipo conceptualiza los intereses o derechos transindividuales, según la categoría de difusos e individuales homogéneos. Para estos últimos se adoptaron los requisitos de predominancia de las cuestiones comunes y de la utilidad de la tutela colectiva (*predominance and superiority*), propios del sistema norteamericano, que la experiencia brasileña había demostrado necesarios. La representatividad adecuada –ya recogida en algunos ordenamientos de la región- se regula detalladamente. La legitimación es abierta, atendiendo las normativas nacionales, algunas de fuente constitucional, siendo concurrente y autónoma en relación a los colegitimados, admitiéndose el litisconsorcio. Al Ministerio Público se reserva el papel de fiscal de la ley, previéndose el compromiso administrativo de ajustamiento de conducta, a cargo de los legitimados públicos, capaz de evitar o abreviar el proceso, con la formación inmediata de título ejecutivo (capítulo I, arts. 1º a 3º).

Al logro de la efectividad del proceso colectivo tienden las previsiones referidas a los proveimientos jurisdicciones contenidas en el capítulo II (arts. 4º a 8º): anticipación de la tutela y su eventual estabilización; acción condenatoria a la reparación de daños al bien indivisiblemente considerado y destino de la indemnización; condenaciones a hacer o no hacer preferentemente *in natura*, aplicación de *astreintes*, mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente.

En el capítulo III (arts. 9º a 19) se regula el trámite del proceso colectivo, con reglas específicas sobre competencia, pedido y causa de pedir, atenuación del principio preclusivo, tentativa de conciliación y otras formas de autocomposición, proceso por audiencias bajo el control y dirección del juez, reglas probatorias incluyendo la carga dinámica, régimen de costas y honorarios con sistema de incentivos. El régimen de la apelación, por regla sin efecto suspensivo, se complementa con la ejecución provisional de la sentencia.

Los derechos individuales homogéneos y, particularmente, la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la *class action for damages* norteamericana) se regula en el capítulo siguiente (arts. 20 a 26). Son sus particularidades que puede ser promovida sin necesidad de identificar a



los posibles damnificados, a quienes se da conocimiento notificándoles de la radicación para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes. La sentencia de acogimiento podrá ser genérica, declarando la existencia del daño y condenando a indemnizar a todos los damnificados, aún no individualizados. A éstos incumbirá, individualmente o a través de los legitimados extraordinarios, acreditar el daño personal sufrido y su cuantificación; sin perjuicio de la facultad judicial de fijar en la sentencia condenatoria, las indemnizaciones individuales, cuando resultare posible. Se adopta, asimismo, la solución de la *fluid recovery* del sistema norteamericano, habilitándose la ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, transcurrido un año sin comparencia de interesados en número acorde con la gravedad del daño, cuyo producido revierte un fondo especial, de gestión reglada y controlada por el juez.

Las relaciones de conexidad y litispendencia entre las distintas acciones, al igual que el régimen específico de la cosa juzgada se prevén en el capítulo siguiente. Cuando se trata de derechos colectivos la eficacia de la sentencia se extiende en todos los casos *erga omnes*, salvo que cuando el rechazo de la demanda se sustentara en insuficiencia de pruebas, en cuyo caso puede plantearse nuevamente, con nuevas pruebas sobrevinientes. La solución del CMPr.Col.I resulta original al consagrar la cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratándose, en cambio, de derechos individuales homogéneos, se acoge la solución ya prevista en la legislación brasileña, de la cosa juzgada *decundum eventum litis*. Se prevé, igualmente, la extensión *in utilibus* de la cosa juzgada favorable a la tutela de derechos colectivos en provecho de los damnificados individuales del mismo evento dañoso.

Una novedad para los ordenamientos de *civil law* es la acción colectiva pasiva, el *defendant class action* del derecho norteamericano, que regula el CMPr.Col.I en su capítulo VI, con la singularidad de los efectos de la cosa juzgada. Cuando se trata de intereses o derechos difusos, tendrá eficacia *erga omnes*; en cambio, si está en juego intereses o derechos individuales homogéneos, la eficacia *erga omnes* opera en el plano colectivo, pero la sentencia que admite la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, quienes podrán promover acciones propias o defensas en el proceso de ejecución encaminadas a la inoponibilidad a su respecto de la decisión (arts. 32 a 35). Por último, el capítulo VII contiene disposiciones generales sobre interpretación abierta y flexible de sus normas y disposiciones de aplicación subsidiaria (arts. 36 y 37). En conclusión se crea un modelo original para erigirse en un verdadero y propio sistema iberoamericano de procesos colectivos.



b) Algunas legislaciones nacionales han sido anteriores a la aprobación del CMPr.Col.I, y de hecho constituyeron fuentes inspiradoras de éste: la brasileña⁴²¹ y, aunque en menor medida, la colombiana⁴²². El CGP Ur. regula las normas básicas sobre legitimación y cosa juzgada, que han sido complementadas con preceptos específicos sobre protección del medio ambiente, que acuerdan legitimación activa al Ministerio de la Vivienda⁴²³. El panorama legislativo actual en los países de la región exhibe, en general, leyes aisladas⁴²⁴ regulatorias de la defensa del medio ambiente, por un lado, y de los derechos de consumidores y usuarios, por otro, que contienen preceptos sustantivos y algunas normas procesales, habitualmente referidas a los principios centrales de la legitimación y la cosa juzgada⁴²⁵. No se han dictado normativas completas que regulen en su totalidad el fenómeno de los procesos colectivos, como el CMPr.Col.I.

La *jurisprudencia* ha acompañado, en general y salvo excepciones⁴²⁶, el perfeccionamiento de esas novedosas instituciones⁴²⁷. Sin embargo, y más allá del auge general de las acciones colectivas⁴²⁸, en algunos países no se plantean con frecuencia, entre otras razones, por no existir un marco legal claro sobre los efectos de las sentencias y su incidencia sobre situaciones similares⁴²⁹. También es cierto que las acciones colectivas, por esencia, propician y dependen de la participación comunitaria en la justicia y

⁴²¹ Así se destaca en la exposición de motivos. PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

⁴²² La ley 472, de 1998, que implementara el art. 88 CP Col., y su aplicación jurisprudencial, le han conferido a la legislación colombiana una génesis y desarrollo propio. De todos modos, presenta numerosas similitudes con el CMPr.Col.I, aunque resaltan también sus diferencias (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

⁴²³ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

⁴²⁴ En Perú el Código Procesal Constitucional, de 2004, prevé la tutela de los derechos individuales homogéneos y la ejecución de la sentencia mediante medidas coercitivas. Sin embargo, el reciente Código de Defensa del Consumidor atribuyó la iniciativa y la tutela de los derechos colectivos, de manera casi exclusiva, a un organismo administrativo, lo que ha generado un sensible retroceso (MONROY GALVEZ J., CAIRO O.).

⁴²⁵ En Argentina, en implementación de la reforma constitucional de 1994, la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, de 1993, con las reformas n° 26.361, de 2008, regula la legitimación, incluyendo la intervención de las asociaciones como liticonsortes, normas procesales que resaltan los poderes oficiosos del juez, los efectos de la sentencia y su ejecución, entre otras previsiones. A su vez, la Ley General del Ambiente n° 25.675, de 2002, estatuye sobre legitimación para las diversas acciones, competencia, acceso a la jurisdicción, poderes oficiosos del juez, medidas cautelares, fondo de compensación ambiental, entre otras disposiciones. También en Chile existen normas que tutelan el medio ambiente y los derechos de consumidores, con reglas procesales (PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R.).

⁴²⁶ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S. critican una decisión de un tribunal de alzada uruguayo, que negó legitimación a dos abogados en una acción colectiva vinculada con la violación de derechos fundamentales de los detenidos en las cárceles, no obstante su trascendencia institucional.

⁴²⁷ La CSN Arg. amparó los denominados derechos individuales homogéneos, no previstos en la legislación, declarando la inconstitucionalidad de normas que autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet; al mismo tiempo de describir los requisitos que las habilitan instó, al legislador a regularlos (sent. 24-2-2009, "Halabi E. c. P.E.N.").

⁴²⁸ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.; BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C..

⁴²⁹ Así, en Uruguay (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).



ello requiere de una cultura singular que, en general, no está suficientemente desarrollada en los países de la región.

El CMPCol.I ha influido en los últimos años al menos parcialmente en los derechos nacionales, en particular por la adopción de algunas de sus instituciones principales, como la legitimación amplia, los efectos de la cosa juzgada, los poderes oficiosos del juez en el trámite e impulso procesal, en la ordenación y producción de las pruebas y aún en el dictado de medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia. Es el caso de la ley argentina 26.361, de 2008, entre otras. En Brasil y Colombia, a su vez, se debate la sanción de una ley general de procesos colectivos siguiendo la inspiración del CMPCol.I.

124. Influence en Amérique Latine du modèle tiré des garanties du procès équitable – La influencia de los principios fundamentales que conforman el denominado genéricamente *derecho internacional de los derechos humanos*, el *bill of rights* universalmente reconocido en las convenciones y tratados internacionales –principalmente la CEDH replicada en la CADH-, repercutió con singular intensidad en los diversos ordenamientos latinoamericanos. Los Estados adherentes, que lo son la inmensa mayoría, asumieron compromisos internacionales a cuyo cumplimiento se obligan los distintos poderes estatales y, entre ellos, muy especialmente, la rama judicial⁴³⁰. De ahí el creciente protagonismo de los jueces en la afirmación del *sistema de garantías* que, además y paralelamente, fue constitucionalizado en diversos países, en el lapso de las dos últimas décadas.

En realidad, el fenómeno de la “globalización” del sistema de derecho y de enjuiciamiento, que tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas de protección transnacionales, constituye una de las múltiples causas concurrentes (juntamente, entre otras, con la explosión de nuevas conflictividades, el mayor acceso a la justicia y el creciente protagonismo de la sociedad y sus entidades representativas en el proceso judicial, revalorizado como instancia privilegiada para el ejercicio de la democracia “deliberativa”, etc.), que han generado, al menos tres fenómenos paralelos, complejos y recíprocamente influidos: la creciente *judicialización* de los conflictos, el *activismo judicial* y la, cuanto menos tangencial, participación de los jueces en el diseño de las *políticas públicas*.

⁴³⁰ Así, en Argentina: CSN, Fallos, 329:549, 553 y 2759. Es que el parámetro de la intervención judicial proviene de la Constitución que asegura los derechos fundamentales y su efectividad (PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K.).



125. a) En ese escenario, la jurisprudencia acoge, desarrolla y aplica los principios de las convenciones y tratados, tanto respecto de los derechos y situaciones sustantivas –*bill of rights* sustantivo-, cuanto a las garantías fundamentales del proceso civil. En punto a lo primero, se destaca la tutela preferente que habitualmente se concede a los derechos que integran el “núcleo duro”: derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, personalísimos, a la dignidad, a la educación, a la vivienda y a las condiciones dignas de vida y, en general, a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC)⁴³¹; como también, a las situaciones objetivas que comprenden a determinadas categorías de personas –menores⁴³², incapaces⁴³³, ancianos, mujeres, aborígenes⁴³⁴, inmigrantes, desplazados⁴³⁵, etc., sujetos considerados genéricamente en situación de vulnerabilidad⁴³⁶. En algunos países, los pronunciamientos judiciales se sustentan en los derechos fundamentales que emanan de la Constitución y su interpretación y, concurrentemente, en los que derivan de los pactos –control de convencionalidad- y aún en la interpretación de los tribunales transnacionales americanos); es el caso de

⁴³¹ En Colombia la tutela de los DESC fue evolucionando en la jurisprudencia a través de la interpretación extensiva del art. 4 de la ley 472/78, de acciones populares o de grupo para la tutela de los derechos colectivos. Así el Consejo de Estado ha protegido, entre otros, el *derecho a la salud* y el derecho a la *educación*, como prerrogativas de la prestación de un servicio público. Igualmente, en numerosos casos, se admitió la acción de cumplimiento del art. 87 CP Col. para tutelar a personas gravemente afectadas por la violencia y desplazadas de sus tierras. A su vez, la CC Col. tuteló en diversos casos el *derecho al medio ambiente sano*, aplicando el principio de progresividad con sustento en doctrina y normativa internacional; el *derecho a la información y la libertad de expresión*, con cita de precedentes de la CIDH; el *derecho a la educación*, asegurando esa prerrogativa a las minorías indígenas y a las comunidades afrodescendientes e imponiendo acciones positivas al Estado; el *derecho a la salud* en el caso de cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo o acogiendo la acción de tutela para la protección inmediata y total del derecho vulnerado; el *derecho a la seguridad social*, por conducto de la acción de tutela para asegurar el mínimo vital, o el derecho a la pensión del sobreviviente de la pareja homosexual; o el *derecho a una vivienda digna*, en vía de acción de tutela, dado el carácter de derecho fundamental y no obstante tratarse de un derecho prestacional; el *derecho al mínimo vital* para garantizar el subsidio de empleo temporal (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.). En Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, en vía del recurso de revisión constitucional, declaró el derecho de inamovilidad laboral del padre del recién nacido, extendiendo la garantía que cubre a la madre (sent. 547/6/2010). MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

⁴³² La SCJ Ur. resolvió un caso vinculado a los derechos del niño con apoyo en la CADH (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

⁴³³ La CCCol. tuteló el *derecho de los sujetos discapacitados*, entre otros casos, en vinculación con el derecho a la no discriminación, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que prohíbe acceder al concurso de un cargo notarial a los sordos y mudos; o en vinculación con el derecho a la salud (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

⁴³⁴ La CCCol. se pronunció reiteradamente sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y el contenido del derecho a la diversidad étnica y cultural y a la autodeterminación, con sus proyecciones en la salud, la seguridad social y otros derechos (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

⁴³⁵ CCCol., sent. T 025 de 2004 y autos de cumplimiento de marzo de 2009, que se analizarán *infra*.

⁴³⁶ Los relatores uruguayos mencionan diversas decisiones sobre derecho a un trato adecuado para las personas en condiciones de vulnerabilidad (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).



Argentina⁴³⁷; Colombia⁴³⁸, Uruguay⁴³⁹. En cambio, en Brasil generalmente las decisiones se apoyan de modo exclusivo en la Constitución⁴⁴⁰.

126. b) Respecto de las *garantías fundamentales del proceso civil*, en diversos países la jurisprudencia ha aplicado los preceptos de los art. 8º y 25 de la Convención Americana, como sustento concurrente de las propias garantías procesales contempladas en las constituciones –juez “natural”, debido proceso legal, juzgamiento en contradictorio, sentencia debidamente fundada dictada en tiempo razonable-. Así, en Argentina⁴⁴¹, Colombia⁴⁴², Perú⁴⁴³, Uruguay⁴⁴⁴.

Igualmente, las sentencias de los jueces han enfatizado el derecho a “un recurso sencillo y rápido”, consagrado por el art. 25 de la Convención, reforzando la operatividad de las vías legisladas – amparo, acción de tutela, *mandado de segurança*-, para asegurar la tutela de los derechos

⁴³⁷ BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., pp. 117 y ss. y jurisprudencia que allí se cita.

⁴³⁸ Afirman enfáticamente los relatores colombianos que la evolución progresiva de la jurisprudencia de la CCCol., resultado del activismo judicial a partir de interpretaciones amplias y flexibles de los textos normativos relativos a los derechos de incidencia colectiva y los DESC, no hubiera sido posible sin la referencia constante en los pronunciamientos a los diferentes instrumentos internacionales (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

⁴³⁹ En la jurisprudencia de los tribunales uruguayos en forma gradual y progresiva se han recogido principios de las convenciones internacionales, particularmente en materias del *derecho a la vida y a la salud, derecho a la identidad, restitución internacional de menores, garantía del debido proceso, motivación de las decisiones judiciales*, entre otras (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S.).

⁴⁴⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., desde que todos los principios y reglas convencionales integran la C. Br., de modo que raramente la jurisprudencia remonta a los instrumentos internacionales.

⁴⁴¹ Así, con sustento en los preceptos constitucionales y las convenciones sobre derechos humanos, la CSN Arg. declaró que la vida no es solo un derecho individual, sino también un bien social público y colectivo, que el Estado debe proteger (Fallos 223:3229); o el aseguramiento de las condiciones dignas de subsistencia (Fallos, 329:549); o las prestaciones educativas para una niña discapacitada (CSN, 30-9-08).

⁴⁴² BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., se explayan especialmente sobre pronunciamientos de la CCCol. que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y la descalificación de la prueba ilícita. Sin embargo, la alusión a los principios convencionales y a la doctrina de los tribunales internacionales ha sido excepcional en el juzgamiento de las acciones colectivas; en cambio, sí se apoyan en aquellos principios, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta* para justificar sus decisiones en vía de las acciones de tutela.

⁴⁴³ MONROY GALVEZ J., CAIRO O., refieren sentencias del TC Per. sobre el debido proceso, con apoyo en pronunciamiento de la CIDH, y su operatividad en el procedimiento administrativo.

⁴⁴⁴ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., también vinculado con el acceso al conocimiento de actuaciones administrativas (SCJ Ur.).



fundamentales. Por caso, en Argentina⁴⁴⁵, Perú⁴⁴⁶, Uruguay⁴⁴⁷, Colombia⁴⁴⁸, donde se ha remarcado la efectividad en concreto de los pronunciamientos⁴⁴⁹.

127. c) Resaltan por su interés las construcciones de la jurisprudencia y la creación pretoriana que, en algunos países, se manifiesta como expresión de un creciente *activismo judicial*⁴⁵⁰ en cierta categoría de conflictos que versan sobre derechos fundamentales, individuales y colectivos, a los que se confiere una *tutela procesal diferenciada*. Se tiende al aseguramiento en concreto de tales derechos mediante lo que se configura como una “justicia de acompañamiento” o protección, o “de resultados”, cuyas notas características son la accesibilidad para todos, aceleración del reconocimiento del derecho, simplificación de los trámites, prevalencia de la verdad objetiva (principio de la realidad litigiosa) y prevalencia del derecho sustantivo por sobre los recaudos formales que resulten frustratorios. Las técnicas procesales que utilizan los jueces, generalmente por vía de interpretación creativa de normas legales y aún por creación pretoriana, son diversas. Un ejemplo de su utilización se ofrece en la experiencia argentina⁴⁵¹.

128. d) En la proyección de las tutelas diferenciadas, resulta particularmente significativo el tratamiento que los jueces confieren, en algunos países, a los denominados *conflictos de interés públicos*

⁴⁴⁵ La CSN Arg. declaró que los recursos de amparo no pueden resultar tardíos o inefectivos, especialmente en aquellos ámbitos vinculados a la vida o a la preservación de bien culturales de una comunidad indígena (Fallos, 331:2119).

⁴⁴⁶ MONROY GALVEZ J., CAIRO O., quienes ejemplifican con casos relativos al derecho de reunión en que el TC Per. sigue precedentes del TEDH, y al debido proceso donde se sustenta en doctrina sentada por la CIDH.

⁴⁴⁷ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., refieren diversas decisiones vinculadas al *derecho a la salud*, derecho de menores que pretendían condiciones adecuadas de reclusión, entre otras.

⁴⁴⁸ Por caso, respecto del *derecho a la seguridad social*, la CCCol. declaró que si bien en principio la acción de tutela no es viable para garantizar la justiciabilidad de tal derecho, procede en ciertos supuestos concretos: transmutación del derecho; conexidad con un derecho fundamental o afectación del mínimo vital. O en relación al *derecho a una vivienda digna*, cuando se lo considere un derecho fundamental o por transmutación ante la falta de pago de un subsidio ya acordado, o ya en el caso de las personas desplazadas. O, también, en el caso de las *personas con discapacidad*. O tratándose de *derechos de los pueblos indígenas* (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

⁴⁴⁹ Las decisiones de la CCCol. que acogen la acción de la tutela, resultan particulares, no solo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción, en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C.).

⁴⁵⁰ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., aludiendo a la CCCol..

⁴⁵¹ Corresponde atemperar el rigor formal en beneficio de derechos de contenido alimentario, o en materia previsional (CSN Arg., Fallos, 315:1314; 306:1839, entre otros).



o *estratégicos*, que atañen a los derechos colectivos sociales en general, incluyendo los derechos de la institucionalidad democrática.

A semejanza –y salvando las distancias- de la conocida experiencia norteamericana que tuviera su origen en la era de la Corte Warren en los años cincuenta y sesenta⁴⁵², el denominado modelo de reforma estructural se ha utilizado recientemente en Argentina, por creación pretoriana de la CSN⁴⁵³ y también en Colombia por la CCCol.⁴⁵⁴. Se destacan como características típicas (i) el pronunciado *activismo procedimental de los jueces*⁴⁵⁵ (i.i.), el método *dialogal* impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento –diálogo público entre las partes, con la participación abierta de organismos administrativos, grandes corporaciones públicas o privadas⁴⁵⁶, enriquecido por la intervención de *amicus curiae*, como forma de alentar la participación social en salvaguarda del interés general⁴⁵⁷; (i.i.i.) la *función remedial* que asume el tribunal, cuyas decisiones están encaminadas hacia la búsqueda de “remedios” para una compleja situación planteada, de cara al

⁴⁵² FISS O., *The Law as It Could Be*, 2003. Seguimos la versión española: *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, especialmente, pp. 21 y ss..

⁴⁵³ Entre otros casos, cuando estaba en debate la defensa de los derechos de todas las personas detenidas en comisarías o establecimientos carcelarios de una provincia, ante la situación de colapso del sistema penitenciario (3-5-05, “Verbitsky H., s/ *habeas corpus*”, 6-9-06; “Lavado D. y otros”). O cuando se trataba de la tutela del medio ambiente, que por constituir bienes que pertenecen a la esfera social y transindividual, comprometen a los jueces, quienes deben actuar con particular energía para tornar efectivos los mandatos constitucionales, haciendo uso oficioso de sus facultades ordenatorias e instructorias a fin de proteger el interés general (CSN Arg., 20-6-06, “Mendoza B. y otros c. Estado Nacional y otros”, consid. 18). Igualmente, en casos de demandas para reclamar sobre deficiencias de las prestaciones de salud en los hospitales públicos (CSN Arg., 31-10-06, “Ministerio de Salud s/acción de amparo”, y más explícitamente: Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-6-07, 23-12-08).

⁴⁵⁴ Se trata de una “megacausa” radicada ante la CCCol. relacionada con la situación en que se encuentran diversas comunidades que han quedado desplazadas territorialmente, a consecuencia del conflicto armado que aflige al país desde hace muchos años. La Sala Plena del tribunal asumió el seguimiento a la ejecución de las órdenes impartidas en la Sentencia T-025 de 2004 y autos de cumplimiento en marzo de 2009, para lo cual creó una Sala Especial de Seguimiento -SES- integrada por tres magistrados, que mantendrá su competencia hasta la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la CC.. La SES ha asumido tres líneas de trabajo: 1) seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de cada uno de los componentes de *políticas públicas* en atención integral a la población desplazada; 2) el fortalecimiento de la *coordinación* interinstitucional y la corresponsabilidad entre la Nación y las entidades territoriales; y 3) el *enfoque diferencial* en materia de atención a mujeres, niños, personas y comunidades indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad y de la tercera edad (VARGAS SILVA E., *El papel de la Corte Constitucional. La tragedia del desplazamiento forzado*, en *Revista Judicial*, Consejo de la Magistratura, Bogotá, junio de 2010, pp. 20-21).

⁴⁵⁵ CSN Arg., 20-6-06, cit..

⁴⁵⁶ CSN Arg., 3-5-05, cit., 20-6-06, cit., consid. 19; 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de audiencias públicas fue establecido por Acordada del tribunal N° 30/2007.

⁴⁵⁷ CSN Arg., 24-2-2009, “Halabi E. c. PEN”. El régimen de los *amicus curiae* fue reglamentado por Acordada del tribunal N° 28/2004.



futuro, ponderando los principios y valores en disputa⁴⁵⁸; (i.i.i.i.) la pervivencia del “diálogo” interinstitucional durante la ejecución continuada de la sentencia, que facilita el cumplimiento de lo acordado, con el “acompañamiento” del tribunal⁴⁵⁹ que, a menudo, queda involucrado en la reorganización de la institución o servicio en cuestión⁴⁶⁰. De ese modo, los altos tribunales, y también los jueces inferiores⁴⁶¹, tienen la posibilidad de participar, siquiera tangencialmente, en la configuración de las *políticas públicas*, a través del ejercicio de un poder de “suplencia” de las omisiones legislativas y con la finalidad de tutelar los derechos fundamentales⁴⁶². Claro que cuidando celosamente de no invadir esferas de atribuciones propias de los poderes políticos, y a condición de sustentar sus decisiones en fundamentos racionales y motivaciones persuasivas que acotan el ámbito de la discrecionalidad y excluyen todo subjetivismo voluntarista. Se expresa de ese modo la dimensión discursiva de la democracia a través del quehacer judicial, que lo ejerce mediante la “representación argumentativa”, que coadyuva a complementar armoniosamente la representación política concretada mediante la ley.

A conclusiones similares ha arribado recientemente el STF Br., que ha sostenido que si bien es cierto que, de ordinario, no se incluye en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial la atribución de formular o implementar políticas públicas, excepcionalmente le corresponde toda vez que el incumplimiento de los encargos propios de los otros poderes, viniera a comprometer la eficacia o integridad de los derechos de jerarquía constitucional, aunque derivados de cláusulas de contenido programático. De ahí que el aseguramiento de la dignidad del hombre incluye las condiciones materiales

⁴⁵⁸ CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

⁴⁵⁹ CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

⁴⁶⁰ En la “megacausa” del desplazamiento forzado en Colombia, la ejecución de la sentencia de inconstitucionalidad quedó a cargo de SES, ante la persistencia de la situación de vulneración de las garantías fundamentales por el estancamiento sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de las víctimas. La SES se centró en el estudio de todos los antecedentes, la evolución y las posibles fórmulas de solución a los problemas detectados en la reformulación de los componentes de la *política pública* de atención y prevención al desplazamiento forzado, entre ellos: prevención y protección, ayuda humanitaria de emergencia, salud, educación, vivienda, generación de ingresos, reubicación, reparación, etc.. A esos fines, entre 2009 y 2010 convocó siete audiencias públicas con distintas autoridades territoriales y del gobierno nacional, diversas organizaciones de la sociedad civil, observadores nacionales e internacionales, representantes de los pueblos indígenas y de comunidades afrocolombianas. En el mismo lapso, la SES dictó numerosas resoluciones, especialmente medidas cautelares urgentes y de protección inmediata para la salvaguarda de derechos fundamentales de comunidades indígenas y afrocolombianas (VARGAS SILSA E., ob. cit.).

⁴⁶¹ Así, en Argentina, en casos de deficiencias en las prestaciones de hospitales públicos: Cám.Cont.Adm. y Trib. CABA, Sala I, 25-06-07, 23-12-08, cit..

⁴⁶² La SES de la CCCol. tienen como una de sus principales y más ambiciosas misiones, el seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de las políticas públicas de atención y prevención del desplazamiento forzado. Como se ha afirmado, se trata de proteger el calamitoso estado en que se encuentran los millones de víctimas, una tragedia que no cesará mientras se sigan produciendo desplazamientos por el conflicto armado (VARGAS SILSA E., ob. cit.).



mínimas de existencia (el “mínimo existencial”) y si los poderes de gobierno actuaren de modo irrazonable, afectando aquel núcleo intangible, se justificaría la intervención del Poder Judicial⁴⁶³. A partir de la C Br. de 1988, la tendencia generalizada de los tribunales, siguiendo al STF, es favorable al control de constitucionalidad de mérito (conveniencia y oportunidad) de los actos administrativos, cuando se trata de implementar políticas públicas, a consecuencia de la inercia o de corregirlas cuando resultan equivocadas. Las políticas públicas son construidas, así, por leyes, actuaciones administrativas y decisiones judiciales, envolviendo a todas las funciones del Estado⁴⁶⁴.

129. e) En un balance y valoración crítica, puede afirmarse que el creciente protagonismo de los jueces en el Estado democrático de derecho, que en buena medida deriva de la defección de los restantes poderes en la atención y satisfacción puntual de los derechos fundamentales, resalta un fenómeno que se considera universal y que tiene particular incidencia en la región iberoamericana. Si bien deviene de importancia para sustentar la legitimación democrática de la judicatura, es lo cierto que el desempeño cabal de los nuevos roles enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional frente a los restantes poderes, requisito que –por la fragilidad de los sistemas-, lamentablemente, no se observa en algunos países, como se destaca en algunos informes nacionales⁴⁶⁵. En esos contextos, es justificado aseverar que, en general, la jurisprudencia de los países de la región acoge los principios de los tratados y convenciones internacionales y, aún, en la mayoría de ellos, la propia jurisprudencia de los tribunales americanos. Por último, el creciente protagonismo de los jueces que deriva de algún modo en la *judicialización de la política*, contiene –como se ha alertado⁴⁶⁶- notorios riesgos, especialmente el de quedar atrapados en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes político que se cumplan sus decisiones.

⁴⁶³ STF Br., ADPF 45-9, Mtro. Celso de Mello. PELLEGRINI GRINOVER A., *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário* en RePro, São Paulo, nº 164, p. 9 y ss., especialmente pp. 13-15.

⁴⁶⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

⁴⁶⁵ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.; MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

⁴⁶⁶ DE SOUSA SANTOS B., *Sociología jurídica crítica*, ILSA, Bogotá, 2009, pp. 422 y ss..



1.2.1.3. Des modèles régionaux : l'Europe

130. **L'influence du droit de l'Union européenne** – Le droit de l'Union européenne, dans la mesure où il s'impose à toute juridiction étatique qui est tenue de le rendre effectif, peut provoquer des harmonisations procédurales *de facto*⁴⁶⁷ afin que soient respectés les principes européens tels que la primauté du droit de l'Union, le principe de non discrimination ou encore les principes fondamentaux issus de la Convention européenne des droits de l'homme (que l'Union respectait dès avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne) ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ayant acquis force contraignante depuis l'entrée en application du Traité de Lisbonne). Il y a là une sorte d'effet spontané d'harmonisation due à la place et à la force spécifiques du droit de l'Union, telles qu'imposées par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. En outre, la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) est aujourd'hui une finalité en soi et non plus simplement un moyen de consacrer les grandes libertés ; elle contribue à restreindre l'autonomie procédurale des États membres⁴⁶⁸.

Nous verrons en outre dans la partie « *prospective* »⁴⁶⁹ que le droit dérivé de l'Union européenne, et essentiellement, au regard du domaine qui nous intéresse ici, les directives et règlements de coopération judiciaire civile, peuvent avoir, au-delà de leur strict domaine d'application, un effet de modèle pour la réforme du droit national des États membres.

131. **Un beau projet qui n'a pas eu d'incidences concrètes : le Code judiciaire européen Marcel Storme** - Malgré l'absence de transposition concrète dans les droits nationaux des États membres de l'Union européenne, il ne peut être passé sous silence l'œuvre pionnière de la *Commission Storme*. Un groupe d'étude avait été chargé par la Commission européenne, au début des années 90, de rédiger un rapport sur le rapprochement du droit judiciaire des États membres. La proposition Storme – composée

⁴⁶⁷ V. BONDI A., « Minimum, Adequate of Excessive Protection? The Impact of EC Law on National Procedure », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 233 et s.

⁴⁶⁸ NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in : BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, p. 173.

⁴⁶⁹ *Infra* n°133 et s.



de 127 articles⁴⁷⁰ - fut soumise à la Commission en 1993 sous forme de proposition de directive pour le rapprochement des législations et des dispositions des États membres relatives à certains aspects de procédure en matière civile⁴⁷¹. Il s'agissait de la « *première tentative globale d'aborder les aspects les plus fondamentaux de la procédure civile, motivée par la logique du marché intérieur* »⁴⁷². Le groupe de travail était chargé initialement de rédiger un modèle européen complet de code de procédure civile. La proposition finale se caractérisa toutefois par une différence marquée entre certains domaines (tels que l'injonction de payer), traités en détail et pour lesquels une procédure harmonisée commune était suggérée, et d'autres, qui se limitaient à proclamer des principes généraux ou des normes minimales. Même si aucune réelle concrétisation ne s'est produite, la proposition Storme doit être vue comme « *un progrès fondamental sur le voie de la définition d'un procès commun européen* »⁴⁷³. Certes, elle avait un potentiel champ d'application plus restreint que les Principes ALI/Unidroit, ces derniers affichant une ambition « *universelle* ». Elle démontrait néanmoins la faisabilité d'une tentative d'harmonisation, certes ni inconditionnelle, ni totale mais portant quand même sur quatorze thèmes susceptibles de faire l'objet d'un rapprochement⁴⁷⁴. La proposition Storme doit donc être regardée comme un travail précurseur riche d'enseignements méthodologiques.

1.2.2. La prospective

132. C'est notamment dans le contexte spécifique de l'Union européenne que des visions prospectives peuvent être envisagées. On se souviendra que, en vue de l'adoption d'une procédure européenne d'injonction de payer et une procédure de règlement des litiges de faible importance, la

⁴⁷⁰ V. BIONDI A., « Minimum, Adequate of Excessive Protection? The Impact of EC Law on National Procedure », in : TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, pp. 233 et s. Critique sur le projet, LINDBLOM P.H., « Harmony of Legal Spheres », 5 *European Review of Private Law*, 1997, 11.

⁴⁷¹ V. STORME M. (éd.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne - Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht/Boston/Londres, 1995.

⁴⁷² V. Livre vert sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance, COM (2002) 746 final, n°15.

⁴⁷³ En ce sens MECARELLI G., « Quelques réflexions en matière de discovery », *Rev. dr. unif.* 2001-4, p. 907.

⁴⁷⁴ Il s'agissait essentiellement des thèmes suivants : conciliation, commencement de la procédure, objet du litige, production des documents, témoignage, technologie et preuve, désistement, défaut, frais de justice, mesures provisoires, injonction de payer, exécution forcée, astreinte.



Commission avait rédigé un livre vert en 2002⁴⁷⁵, dans lequel elle posait la question de savoir si les instruments européens qui seraient adoptés devraient « être applicables uniquement aux affaires transfrontalières ou également aux affaires purement internes » en invitant ceux qui entendaient répondre aux questions du livre vert à présenter leurs observations « sur les avantages et les inconvénients d'un champ d'application réduit ou élargi de ces deux instruments »⁴⁷⁶. Le Livre vert abordait en outre la question de savoir « quel degré d'uniformité doit être prévu, au regard du principe de subsidiarité, pour obtenir le gain d'efficacité et de convivialité souhaité. Il faut en outre déterminer la marge de manoeuvre qui peut être accordée aux États membres sans compromettre l'objectif initial de faciliter l'équité et l'égalité d'efficacité dans l'accès à la justice ». La Commission jugeait possible d'opter pour un règlement au motif qu'il « permet mieux de garantir l'uniformité totale des principes essentiels d'une procédure européenne d'injonction de payer », mais en « laissant aux États membres la possibilité, pour les questions moins fondamentales, d'élaborer éventuellement des règles divergentes, en fonction de leurs besoins particuliers »⁴⁷⁷.

Rappelons que si, jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, l'intervention législative des institutions européennes en matière de coopération judiciaire civile était prévue « lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », le nouvel article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) a ajouté devant cette formule un « notamment » qui élargit singulièrement le champ de compétence de l'Union⁴⁷⁸ dans tous les domaines listés dans l'article 81, et notamment « l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres » (f) de l'art. 81 TFUE). Dès lors, ce ne sont pas uniquement les distorsions de concurrence

⁴⁷⁵ Livre vert sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance, COM (2002) 746 final.

⁴⁷⁶ Question 1 du Livre vert. La Commission insistait en outre sur l'importance « considérable » des répercussions du choix de l'instrument juridique considéré comme approprié pour poursuivre le rapprochement du droit procédural, notant qu'une directive « pourrait se limiter aux principes fondamentaux et laisser aux États membres une certaine marge de manoeuvre pour adapter la procédure à leurs propres besoins. Cependant, l'obligation de rendre le droit interne conforme aux exigences de la directive implique inévitablement le remplacement de l'ancien système national. En revanche, un règlement, en raison de son applicabilité directe, ne laisse aux États membres aucune marge de manoeuvre. Toutefois, l'introduction d'une procédure européenne uniforme ne supprime pas nécessairement la législation nationale. Cette nouvelle procédure européenne pourrait également être considérée comme une option supplémentaire, coexistant harmonieusement avec le système national de règlement des créances incontestées ou de faible importance »

⁴⁷⁷ Livre vert sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance, COM (2002) 746 final.

⁴⁷⁸ Dans le même sens, RINGWALD B., *Europäischer Vollstreckungstitel nach der EuVTVO und Rechtsbehelfe des Schuldners*, Baden Baden, Nomos 2010, p. 27.



qu'il s'agit d'éliminer⁴⁷⁹, mais tout obstacle au « *bon déroulement* » des procédures civiles. Le chantier devient considérable ! Comme le notait M.-L. Niboyet dès 2003⁴⁸⁰, « *l'essor de la production normative communautaire en droit judiciaire européen sera sans doute l'occasion de multiplier les adaptations des règles nationales de procédure* ». La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) se détache des considérations de marché et devient une fin en soi, celle d'améliorer la qualité de la justice et l'accès du citoyen européen à celle-ci.

133. Extention de la procédure spécifique instaurée par règlement à des litiges purement internes ? - La question de l'applicabilité de la procédure européenne d'injonction de payer aux litiges purement internes a été résolue par la négative dans le règlement n°1896/2006 du 12 décembre 2006⁴⁸¹ suite à la réaction des États membres soucieux du respect par l'Union de ses compétences et désireux de conserver une marge de manœuvre aussi large que possible dans la réglementation des procédures civiles internes. La même solution a été retenue pour la procédure de règlement des petits litiges (règlement n°861/2007 du 11 juillet 2007⁴⁸²). Toutefois, la question qui se pose est celle de la possible influence de ces textes, dont l'application est réservée aux litiges transfrontières au sein de l'Union, sur les procédures civiles internes des États membres. Certes, aucune obligation n'existe en ce sens. Néanmoins, les institutions communautaires (et avant tout la Commission) misent sur le caractère « *expéditif* » ou en tout cas « *efficace* » de la procédure instaurée au seul bénéfice du créancier et en espèrent un effet de duplication en droit interne. Plusieurs raisons pourraient plaider en ce sens : *d'abord* la lisibilité des procédures (il serait plus simple, sans doute, d'avoir un seul et unique modèle d'injonction de payer applicable sur le territoire d'un État, que le litige soit interne ou transfrontière) : l'effet d'attraction de la procédure européenne sur le droit interne permettrait une plus grande visibilité et transparence des procédures disponibles, éviterait strates et complexité (et l'on sait que l'accès

⁴⁷⁹ Initialement, l'adoption des instruments communautaires répondait surtout « *au besoin de fluidité du marché* », v. NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in : BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, p. 180.

⁴⁸⁰ V. NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », préc., p. 179. L'auteur précise que « *l'espace judiciaire communautaire n'est pas un ordre juridique interne élargi* » et que le phénomène de la frontière « *ne peut pas être gommé totalement, même s'il doit être pris en compte différemment* ».

⁴⁸¹ V. art. 3 du règlement n°1896/2006 du 12 décembre 2006 relatif au champ d'application de la procédure européenne d'injonction de payer : en matière civile et commerciale, dans les litiges transfrontaliers, dont la définition est donnée dans l'art. 3 du règlement.

⁴⁸² V. art. 2 et 3 du règlement.



effectif au tribunal suppose la clarté des voies de droit) ; *ensuite*, le principe d'égalité entre justiciables pourrait conduire à penser que, dans les États membres ayant opté pour un modèle d'injonction de payer avec preuve par exemple, une discrimination est faite à l'encontre du créancier dans le litige interne par rapport à celui qui est engagée dans un différend transfrontalier. Certes, ces arguments ne sont pas décisifs ; la « *discrimination* » pourrait être expliquée par la plus grande difficulté à recouvrer sa créance dans un litige transfrontière, ce qui justifierait les faveurs accrues faites au créancier dans la procédure européenne spécifique. Néanmoins, il est net que les différentes strates de législation, la complexification des sources du droit et leur multiplication, peuvent avoir pour conséquence la recherche d'un modèle unitaire pour le même type de procédure (injonction de payer, petits litiges...). Les États membres ne semblent pas encore être allés dans cette voie de modification de leurs procédures internes pour « *reproduire* » les deux procédures européennes spécifiques instaurées en 2006 et 2007. Il n'est toutefois pas exclu que cela se produise⁴⁸³. Cet effet de modélisation de la procédure civile interne par des textes européens ne s'appliquant pas aux litiges internes émerge à propos des directives adoptées dans le cadre de la coopération judiciaire civile.

134. L'effet de modélisation des directives européennes au-delà de leur champ d'application –

La directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de *règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire*⁴⁸⁴ présente, elle, un intérêt surtout pour les litiges transfrontaliers⁴⁸⁵ dans la mesure où les États membres connaissaient déjà, pour la plupart, un mécanisme similaire pour les litiges internes (aide juridique et juridictionnelle en France, *Prozesskostenhilfe* en Allemagne etc.). D'ailleurs, le titre même de la directive laisse apparaître qu'elle n'établit que des règles *minimales* communes, si bien qu'elle « *ne*

⁴⁸³ Dans le même sens, B. HEß, « Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 207, qui relève un rapprochement entre les procédures nationales des États membres en raison des exigences de plus en plus fortes du droit de l'Union européenne, ce qui selon lui n'est pas un inconvénient „*sofern der Verlust lieb geworderner, nationaler Tradition durch eine Effektivierung und Modernisierung des Prozessrechts aufgewogen wird*“.

⁴⁸⁴ JOUE L 026 du 31 janvier 2003, p. 41. Un livre vert sur l'assistance judiciaire en matière civile avait été rédigé en 2000 par la Commission afin d'exposer les difficultés rencontrées par les plaideurs transfrontaliers et de suggérer des solutions.

⁴⁸⁵ Elle envisage d'ailleurs également la couverture de frais propres à ce type de litiges (interprétation, traduction, frais de déplacement...). V. considérant n°18 de la directive : « *la complexité et les différences des systèmes judiciaires des États membres, ainsi que les coûts inhérents au caractère transfrontalier des litiges, ne devraient pas entraver l'accès à la justice. Il convient donc que l'aide judiciaire couvre les coûts directement liés au caractère transfrontalier d'un litige* ».



fait pas obstacle à ce que les États membres prévoient des dispositions plus favorables pour les personnes candidates à l'aide judiciaire et les bénéficiaires de cette aide » (directive, art. 19). La directive de 2003 ne présente que deux points qui peuvent paraître « *en avance* » par rapport au droit de certains États membres : il s'agit, 1° dans son article 3, de la reconnaissance d'une aide judiciaire garantissant non seulement une assistance juridique et une représentation en justice, mais également « *des conseils précontentieux en vue d'arriver à un règlement avant d'intenter une procédure judiciaire* » ; 2° de l'extension du bénéfice de l'aide judiciaires aux procédures *extrajudiciaires*, lorsque la loi fait obligation aux parties de recourir à celles-ci ou lorsque les parties au litige y sont renvoyées par le juge (directive, article 10). On peut ainsi imaginer, là encore dans un souci d'égalité, de non discrimination et de lisibilité procédurale, que certains États membres jugeront utiles d'établir des conditions similaires d'octroi de l'aide judiciaire, pour ces deux points notamment, pour les affaires internes et pour les affaires transfrontières.

135. La **directive n°2008/52 du Parlement et du Conseil du 21 mai 2008** a posé un certain nombre de « principes relatifs à la *médiation en matière civile et commerciale* »⁴⁸⁶. Surfant sur la vague favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges, la Commission a proposé ce texte afin de « *faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation*⁴⁸⁷ et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaire »⁴⁸⁸. Il ne s'agit pas (encore ?) d'un modèle précis et détaillé de processus de médiation, mais d'une incitation des législateurs nationaux à la réglementer et à en prévoir le principe ; le principe de l'accès à la justice est fondamental, et les modes alternatifs de règlement des litiges simplifient et améliorent l'accès à la justice⁴⁸⁹. Là encore, la directive

⁴⁸⁶ Directive 2008/52 CE du Parlement et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE L 136 du 24 mai 2008, p. 3.

⁴⁸⁷ La médiation est définie comme « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* » (dir., art. 3, a). Cela inclut le cas où la médiation est menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige ; en revanche, sont exclues les « tentatives faites par le juge pour résoudre un litige au cours de la procédure judiciaire » (dir., art. 3, a *in fine*).

⁴⁸⁸ V. art. 1^{er} de la directive.

⁴⁸⁹ Considérants n° 2 et 3 de la directive. Le considérant n° 14 ajoute que la directive « *ne devrait affecter aucune législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou soumis à des incitations ou à des sanctions, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire* ».



ne s'applique qu'en matière de litiges transfrontières⁴⁹⁰. Les points essentiels sont les suivants : les États membres doivent veiller au caractère *exécutoire* de « *l'accord transactionnel* » concluant la médiation ainsi qu'à la *confidentialité* des informations échangées et propos tenus durant le processus de médiation (dir., art. 6.1 et art. 7). La directive ajoute que la médiation ne doit pas empêcher les parties, par la suite, d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage du fait de l'expiration des délais de prescription (dir., art. 8). Ceci revient à inviter les États membres à faire produire à la médiation un effet suspensif sur l'écoulement du délai de prescription.

La directive du 21 mai 2008 doit être transposée par les États membres avant le 21 mai 2011 (dir., art. 12). La France n'a pas encore procédé à cette transposition, mais la plupart des dispositions de droit interne sont déjà en accord avec les principes posés par la directive, notamment au regard de la suspension de la prescription en cas de recours à la médiation, suspension introduite en droit français par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (art. 2238 C. civil). En revanche, d'autres États membres ont « *profité* » de la directive pour réglementer ou envisager de réglementer la médiation tant en droit interne que pour les litiges transfrontières intracommunautaires⁴⁹¹. Ils ont ainsi fait d'une pierre deux coups et les principes (certes généraux) de la directive ont servi ou vont servir de base pour toute médiation. Il en va ainsi en Grèce, où, au moment de la rédaction de son rapport, Ch. Apalagaki annonçait déjà comme très proche l'adoption de la loi grecque de transposition de la directive, loi présentée comme « *the first legal text regulating exclusively the mechanism of mediation as means of settling civil and commercial disputes* ». La Grèce a adopté tout récemment (le 16 décembre 2010) une loi 3398/2010 sur la médiation qui transpose la directive

⁴⁹⁰ il s'agit de tout litige dans lequel une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie à la date à laquelle les parties conviennent de recourir à la médiation après la naissance du litige, ou à la date à laquelle la médiation est ordonnée par une juridiction, ou à la date à laquelle prend naissance une obligation de recourir à la médiation en vertu du droit national, ou encore à la date à laquelle les parties sont invitées à recourir à la médiation aux fins de l'article 5 de la directive (dir., art. 2.1). L'art. 5 prévoit qu'une juridiction saisie d'une affaire peut inviter les parties à recourir à la médiation ou au moins à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation.

⁴⁹¹ Sur le projet espagnol de transposition de la directive, v. AZCÁRRAGA MONZONIS C., « ADRs in Spain : Projected Changes for Arbitration and Mediation », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 166 et s. Le projet de loi prévoit, comme en Italie, certains cas de médiation obligatoire (pour certaines créances pécuniaires). Il permettra l'adoption d'un régime général applicable à de nombreux types de médiation (tout en excluant la médiation en droit pénal, en droit du travail et en droit de la consommation). La nouvelle loi espagnole permettra d'harmoniser le droit de la médiation des différentes communautés autonomes, qui ont adopté depuis les années 2000 des législations très variées. Une certaine unification se fera donc au sein même de l'Espagne grâce à la transposition de la directive européenne, v. en ce sens AZCÁRRAGA MONZONIS C., préc., p. 176.



européenne de 2008 mais s'applique également pour les différends internes et non pas seulement aux litiges transfrontaliers⁴⁹².

De même, l'Italie a transposé la directive par un décret loi n°28 du 4 mars 2010⁴⁹³ qui déclare les règles posées comme applicables non seulement aux litiges transfrontières mais également aux affaires internes et utilise la médiation non seulement comme voie d'accès à la justice (notamment en raison d'un coût plus modeste que celui d'un procès) mais également comme voie de délestage des juridiction étatique surencombrées⁴⁹⁴. Dans un nombre important de cas, le décret loi italien impose une médiation avant de pouvoir saisir le tribunal, qui peut suspendre la procédure si aucune tentative préalable de médiation n'a eu lieu. Si la médiation *obligatoire* a beaucoup de détracteurs (au motif que le processus requiert un consentement des parties à la démarche de médiation, faute de quoi les chances de succès seraient compromises), elle peut aussi, selon certains⁴⁹⁵, répandre la connaissance des plaideurs sur ce type de mode de règlement des différends et favoriser ainsi son usage par des parties souvent ignorantes des outils à leur disposition.

Le gouvernement allemand a lui aussi élaboré un projet de loi de transposition de la directive du 21 mai 2008. Ce projet a été adopté par le *Bundeskabinett* en janvier 2011 et doit désormais être débattu par le parlement. Le texte (*Gesetzentwurf zur „Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“*) sera applicable tant aux conflits transfrontières qu'aux différends internes⁴⁹⁶; il prévoit trois formes de médiation : la médiation extrajudiciaire (*außergerichtliche Mediation*), indépendante de toute procédure judiciaire ; la *gerichtsnahe Mediation* (médiation au cours d'une procédure judiciaire, mais en dehors du tribunal qui ne participe pas au processus) ; *gerichtsinterne Mediation* (médiation conduite par un magistrat qui, en cas d'échec, ne statuera pas sur l'affaire). Contrairement au droit italien, le projet de loi allemand n'envisage la médiation que comme volontaire.

⁴⁹² Information obtenue de Ch. Apalagaki après rédaction de son rapport.

⁴⁹³ V. rapport national de Ch. Besso et CAPONI R., « Italian Civil Justice Reform 2009 », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 143 et s.

⁴⁹⁴ En ce sens CAPONI R., préc., p. 145.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Le projet précise que la loi tend à la transposition de la directive du 21 mai 2008. La ministre allemande de la justice a déclaré à propos du projet de loi : « *"Damit wird die außergerichtliche und gerichtliche Streitschlichtung erstmals in Deutschland auf eine gesetzliche Grundlage gestellt - und die Streitkultur wird verbessert"*; les plaideurs seront davantage responsables de la solution de leur différend (*Eigenverantwortung*) et *„Justitia wird immer noch eine Waage in der Hand halten, aber immer immer öfter ohne Schwert auftreten“*.



Ces différents exemples montrent que des textes de droit européen dérivé peuvent servir de modèles et d'incitation aux États membres pour régler certains aspects de leur procédure civile nationale.

Dès lors peut se poser la question des conséquences du phénomène de réception des lois modèles, autrement dit du passage de la loi modèle à une « *modélisation* » du procès civil dans l'avenir.

Troisième Partie

Conséquences sur l'avenir du procès civil : De la loi modèle à la « modélisation » du procès

136. Edgar Morin, sociologue et philosophe français écrivait récemment dans le journal *Le Monde*⁴⁹⁷ que « *le marché a pris la forme et la force aveugle du destin auquel on ne peut qu'obéir* ». La globalisation, qui est associée à une mobilité accrue, rend plus importantes et aiguës, dans le procès civil ou commercial, les exigences d'efficacité, de transparence, de prévisibilité et d'économie du procès⁴⁹⁸. Elle favorise une certaine harmonisation, limitée ou sectorielle⁴⁹⁹. Il est clair aujourd'hui que la procédure civile ne peut plus être considérée comme exclue de toute tentative d'harmonisation au motif qu'elle serait particulièrement attachée à la souveraineté d'un Etat⁵⁰⁰ et à sa culture judiciaire et qu'elle relèverait donc de l'*ordre public* national⁵⁰¹. Cette ancienne façon de voir tend nettement à reculer, notamment dans le cadre de l'Europe ou des pays ibéro-américains (c'est-à-dire dans des espaces régionaux plus ou moins intégrés). Des textes internationaux tendent à harmoniser certaines questions de procédure ; il n'en reste pas moins que les singularités des lois procédurales nationales résistent encore aujourd'hui et que l'idée d'un modèle unique de Code de procédure relève encore de l'utopie.

⁴⁹⁷ *Le Monde* du 10 janvier 2011, p. 14.

⁴⁹⁸ V. STORME M., *Procedural Law and the Reform of Justice : from Regional to Universal Harmonisation*, préc., p. 768.

⁴⁹⁹ V. M. Deguchi et M. Storme, *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Maklu éd., Anvers/Apeldoorn, 2008.

⁵⁰⁰ Comp. M. Storme, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonisation*, *Rev. dr. uniforme* 2001, n°4, p. 765. L'administration de la justice était alors considérée comme une expression de l'autorité politique et ses institutions se voyaient conférer une fonction d'État, v. J. Sánchez-Cordero Dávila, *Preface*, in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. xxxiii.

⁵⁰¹ V. K.D. Kerameus, *Some Reflections on Procedural Harmonisation ; Reasons and Scope*, *Rev. droit uniforme*, 2003, n°1/2, p. 448.



137. Notre époque connaît une crise de la complexité qui impose de relier les différents champs de connaissance ; une multiplication et une imbrication des sources du droit est visible⁵⁰², qui conduit aujourd'hui moins à l'application d'un rapport de hiérarchie entre des sources qu'à un dialogue⁵⁰³ entre elles, à un « *rapport de mise en œuvre* »⁵⁰⁴. Dès lors, l'usage de modèles universels ou régionaux peut éviter une « *complexification de la complexité* » et apparaître comme facteur de simplification et de lisibilité des procédures. Il ne s'agit pas de modéliser pour l'amour de l'uniformité. Dans ses mémoires⁵⁰⁵, l'ancien président de la Commission européenne Jacques Delors énonçait ainsi, sans grande illusion, « *il me semble qu'à vingt sept, à trente ou trente deux pays européens, nous pouvons avoir trois ambitions communes: un espace de paix active, un cadre pour le développement durable et une manière particulière de gérer-valoriser notre diversité culturelle* ». Déjà Jean Monnet, instigateur du Traité de Rome, voyait à l'époque de sa création en la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) « *la grande révolution européenne de notre époque, la révolution qui vise à remplacer les rivalités nationales par une union de peuples dans la liberté et la diversité* ». Une certaine et relative modélisation tend à rendre un système national plus efficient, plus lisible et à lui permettre une meilleure intégration dans le mouvement de « *concurrence* »⁵⁰⁶ sur les marchés. L'étude du succès de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)⁵⁰⁷ a bien montré ce que les États qui ont adopté ce modèle s'en promettaient : une meilleure visibilité et une plus grande attractivité du pays comme place d'arbitrage international.

⁵⁰² V. RUIZ FABRI H., « Les contaminations disciplinaires », in : DE GAUDUSSON J. et FERRAND F., *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM 2008, pp. 123 et s., qui parle de « *l'interaction parfois désordonnée des différents niveaux normatifs* ». Pour elle, il s'agit de s'adapter à la complexité et à la diversité, qui « *mettent en cause non seulement l'évolution que doivent prendre les systèmes juridiques mais aussi la modélisation qu'en opère la pensée juridique* ».

⁵⁰³ Sur l'expression « *dialogue des sources* », v. JAYME E., « Identité culturelle et intégration – Le droit international privé postmoderne », *Recueil des cours*, tome 251 (1995), Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, p. 60. V. aussi l'analyse de LIMA MARQUES Cl., « Procédure civile internationale et MERCOSUR : pour un dialogue des règles universelles et régionales », *Rev. dr. unif.* 2003 -1/2, pp. 465 et s.

⁵⁰⁴ BERGÉ J.-S., « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », in : SUDRE F. et PICHERAL C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruylant-Némésis, coll. Droit et Justice, 2011, qui considère à juste titre que le droit à un procès équitable et le droit de la coopération judiciaire civile et pénale ont chacun une rationalité propre mais sont amenés à une « *coexistence durable et nécessaire* » malgré leurs sources, ressorts institutionnels, méthodes de raisonnement et solutions distincts.

⁵⁰⁵ DELORS J., *Mémoires*. Paris: Plon éd., 2004.

⁵⁰⁶ V. PFERSMANN O., « Exite-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ? », in : DE GAUDUSSON J. et FERRAND F., *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM 2008, pp. 23 et s.

⁵⁰⁷ *Supra* n°115.



Dès lors, une certaine « modélisation » du procès civil peut être constatée, qu'elle soit liée ou pas à l'intégration de lois modèles dans le droit national des États (I). Elle présente toutefois un caractère relatif et il peut être affirmé que les traditions procédurales nationales ont encore de beaux jours devant elles (II).

I. Vers une « modélisation » du procès civil national ?

138. Comme ce rapport général l'a montré, différents facteurs sont à l'œuvre dans la modélisation du procès civil qui semble se profiler. Le *premier facteur* est celui de l'*attraction des droits fondamentaux de procédure*. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme contribue, pour les quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe, à réaliser une certaine harmonisation des procédures civiles en se fondant sur la notion centrale de *procès équitable* contenue dans l'article 6 § 1 CEDH⁵⁰⁸ dont elle a dégagé un triptyque : le droit d'accès effectif au tribunal, le droit à une bonne justice (équité de la procédure, égalité des armes, publicité, indépendance et impartialité des juges...) et enfin le droit à l'exécution des décisions de justice. Même si la Cour européenne des droits de l'homme ne s'immisce pas dans le détail de la réglementation procédurale des Etats contractants, ses exigences fondées sur une interprétation extensive de l'article 6 § 1 CEDH ont parfois contribué à des modifications des législations nationales⁵⁰⁹ qui avaient été considérées comme violant les principes de l'article 6⁵¹⁰. Aujourd'hui, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis force obligatoire avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ; son article 47 contient des garanties très similaires à celles de l'article 6 § 1 CEDH. Le droit de l'Union européenne – et notamment ses

⁵⁰⁸ Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950.

⁵⁰⁹ V. par ex. pour la Finlande LAUKKANEN S., « The Influence of Foreign Laws on the Development of Finnish Law of Procedure », in DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Aperdoorn, Maklu éd., 2008, pp. 213 et s. et not. p. 220.

⁵¹⁰ V. par ex. Cour eur. dr. h., 30 juill. 1998, *Aerts c/ Belgique*, req. n°25357/94 (critères d'attribution de l'aide judiciaire) ; 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, req. n°14448/88 (violation de l'égalité des armes et question de l'audition d'une partie au procès en qualité de témoin) ; 19 déc. 1997, *Helle c/ Finlande*, req. n°20772/92 (motivation des décisions de justice). V. aussi les très nombreux arrêts sanctionnant une violation de l'exigence de durée raisonnable de la procédure. L'apparition d'une exigence d'efficacité et de rapidité de la procédure (= délai raisonnable) a contribué à développer dans de nombreux systèmes juridiques le principe de concentration et le rôle actif du juge comme « *court manager* » (v. STORME M., *Concluding Remarks*, in DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, op. cit., p. 357, selon qui « *the dispute is in the hands of the parties. The litigation is in the hands of the judge* »).



instruments de droit dérivé en matière de coopération judiciaire civile – ont également un effet de modélisation des procédures civiles des États membres⁵¹¹.

Pour l'Union européenne, il convient de souligner l'effet de modélisation du à la fois à l'impact de principes telles que celui de non discrimination, d'équivalence ou d'effectivité⁵¹² et au « rayonnement » des instruments de coopération judiciaire civile, même s'ils portent essentiellement sur les litiges transfrontières, sur le procès national. La construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) est aujourd'hui une finalité en soi et non plus simplement un moyen de consacrer les grandes libertés ; elle contribue à restreindre l'autonomie procédurale des États membres⁵¹³.

Dans de nombreux pays d'Amérique Latine également, les tribunaux (et pas seulement les juridictions supérieures ou suprêmes), fondent leurs décisions sur des principes et des règles qui figurent dans des conventions internationales (le Traité de San José du Costa Rica, très similaire au Traité de Rome) et aussi sur l'interprétation que font les tribunaux internationaux européens et américains de ces principes et de ces règles. Ainsi donc, les principes du procès équitable (*due process*), du droit au juge naturel, du contradictoire entre les parties, du délai raisonnable, du droit d'accès à la justice ou encore du droit à l'exécution des décisions de justice sont-ils habituellement interprétés et appliqués en accord avec les fondements internationaux. Une certaine uniformisation découle dès lors peu à peu des principes conventionnels qui, récemment (lors des dernières décennies), ont été constitutionnalisés dans quelques pays⁵¹⁴.

139. **Amérique Latine** – a) Se puede vislumbrar en buena parte de los ordenamientos, un naciente e inédito fenómeno que constituye básicamente una consecuencia de la globalización y de la

⁵¹¹ V. *supra* n°133 et s. Sur la place de la part spécifique de chaque droit national, imprégné de ses traditions, dans l'Union européenne, v. HUSA J., « Classification of Legal Families today, Is it time for a memorial hymn? », *RIDC* 1-2004, p. 35 : «*European integration might result in a situation where the legal systems of the EU countries will in the future be classified in a way that differs from the present one. The legal systems of the member states of the Union will gain more and more hybrid feature*».

⁵¹² V. NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in : BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, pp. 175 et s.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 173 ; l'auteur relève que le principe d'autonomie procédurale, « *selon lequel le traité renvoie aux droits nationaux le choix des voies de droit et des modalités procédurales nationales nécessaires à la mise en œuvre du droit* » de l'Union, est très relatif car il « *ne joue qu'à défaut de réglementation communautaire spécifique et l'on constate que l'encadrement communautaire de la liberté des États en la matière ne cesse de s'accroître* ».

⁵¹⁴ Sur la place des droits fondamentaux dans le procès civil et la constitutionnalisation de certains principes fondamentaux du procès en Amérique Latine, v. *supra* n°124 et s.



tendencia general a la universalización cultural y jurídica. Dicho fenómeno se manifiesta por el acentuado protagonismo que paulatinamente van asumiendo los jueces, llamados a llenar el “vacío” producto de las omisiones de los poderes políticos, y que ante el impulso de una *participación social* cada vez más creciente, asumen un *rol activo* para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. En la región, el fenómeno asienta sus raíces en el notable movimiento de “constitucionalización” de los nuevos derechos –derechos sociales en general, derechos colectivos de consumidores y usuarios, ambientales, de la institucionalidad democrática –promovidos en coincidencia con el retorno de la normalidad institucionalidad y democrática en buena parte de la región, a partir de los años 80, y en la operatividad de las convenciones internacionales sobre derechos humanos –especialmente la CADH-.

b) Producto de ese movimiento, se denota una cierta tendencia, particularmente notable en algunos ordenamientos, conducente a la afirmación del *sistema de garantías procesales*, que incluye novedosas instituciones, técnicas y procedimientos, desarrolladas en la legislación y especialmente en la jurisprudencia, y que constituyen verdaderas y propias *tutelas procesales diferenciadas*. En su proyección, dicha tendencia ha conducido, particularmente por impulso de los jueces de los tribunales superiores, a crear procedimientos y técnicas típicas para atender los denominados *conflictos de interés público*.

c) La tendencia señalada en los puntos a) y b), si bien todavía en sus inicios y limitada tan solo a algunos ordenamientos, puede ser considerada como un novedoso (en la región) *modelo supranacional*, sino estructural al menos *funcional*, como punto de referencia para una suerte de “*armonización*” de *hecho*, que no proviene de modelos diseñados sistemáticamente sino que se va articulando de modo paulatino y dinámicamente a partir de la jurisprudencia de los tribunales. Modelo que bien podría inscribirse como una concreción singular de aquella más abarcadora y universal tendencia que Mauro Cappelletti describiera magistralmente como *tendencia transnacional del derecho y la justicia*.

140. Le *deuxième facteur*, qui est davantage de nature économique, tient à la *mondialisation des échanges*. Il ne faut pas se leurrer : il existe aujourd’hui, par le phénomène d’internationalisation des échanges et de globalisation (car tout commence par l’économie ici), des concurrences de fait entre systèmes juridiques⁵¹⁵. Il ne s’agit pas de *conflits*, mais plutôt de recherche d’influence, par exemple

⁵¹⁵ V. DE GAUDUSSON J. et FERRAND F. (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, 20 octobre 2006, PUAM 2008.



dans le droit national qui sera choisi par les parties à un contrat international, par les règles de procédure qui pourront éventuellement être choisies par les parties à un arbitrage international, par la volonté aussi de certains États membres, dans le cadre des organisations économiques intégrées telles que par exemple l'Union européenne, de promouvoir leur modèle de règles processuelles afin qu'elles soient adoptées, au niveau européen, pour la solution de litiges transfrontaliers. L'exemple, en Europe, de l'adoption du règlement CE n°1896/2006 du 12 décembre 2006 créant une injonction de payer européenne l'illustre bien, puisque deux grands modèles s'opposaient dans les États membres, le modèle avec preuve et le modèle sans preuve et que ce dernier, certes plus expéditif mais moins protecteur des intérêts du défendeur, l'a emporté, suivant en cela le modèle autrichien⁵¹⁶.

La globalisation fait apparaître des « *considérations pragmatiques procédurales d'une civilisation mondiale de la procédure, qui s'est développée indépendamment des données nationales* »⁵¹⁷. En 2004, le Professeur Stürner écrivait ainsi « *A l'heure actuelle, le principe de liberté des marchés est en plein essor [...]. Dans de nombreux États de tradition continentale se montrent déjà des phénomènes de réception. Ainsi ce domaine de l'accès à la justice documente comme aucun autre l'influence culturelle juridique et l'hégémonie de la pensée juridique américaine, à laquelle les autres cultures juridiques n'opposent encore rien de substantiel. Il reste à voir si l'Union européenne, le Japon et l'Amérique du Sud sauront développer durablement une culture de libertés de marché modérées, aux antipodes de celle décrite ci-dessus. L'Union européenne, dans la mesure où elle a su développer une certaine dynamique, s'est jusqu'alors principalement définie par les libertés de marché. Par là, elle s'est laissée entraîner, sans se profiler, dans le tourbillon du modèle américain* »⁵¹⁸. On peut discuter sur le point de savoir si, en procédure civile, la tendance mondiale majoritaire est à l'adoption du modèle américain, qui tend plutôt

⁵¹⁶ V. *supra* n°106 et s.

⁵¹⁷ STÜRNER R., « Procédure civile et culture juridique », *RIDC* 2004-4, p. 808.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 818. R. Stürner compare la culture juridiques des États-Unis et celle des droits continentaux et relève (p. 822) que « *finalement, la différence fondamentale entre la culture juridiques des Etats-Unis et celle des droits continentaux en ce qui concerne la question du but du procès trouve ses racines dans une conception différente du rôle du droit. Pour la pensée américaine, le droit est une forme de résolution de conflits sociaux ; il se base sur l'expérience et le « common sense » ; son adaptation continue aux exigences du « pursuit of happiness » défini individuellement, est une tâche qui incombe à la société dans son ensemble. Ceci explique non seulement la position importante du jury et son enracinement dans la conscience juridique, mais aussi le fait que la décision définitive rendue par une autorité doit céder vis-à-vis d'une solution individuelle autonome des parties* ». « *La culture continentale comprend le droit plutôt comme une application d'idées fondamentales de justice telles qu'elles résultant de l'ordre systématique et de la doctrine juridique. C'est dans la décision du juge que se réalise ce droit prédéfini »*.



à faire figure d'exception⁵¹⁹ par rapport à l'évolution retracée précédemment des procédures civiles nationales⁵²⁰. En revanche, la tendance du « *tout marché* », elle, est difficilement contestable, qui invite les acteurs économiques à choisir le for le plus attractif en raison de ses mécanismes efficaces de règlement des litiges⁵²¹. Dès lors, le besoin plus grand de sécurité juridique dans un monde de mobilité accrue des personnes physiques et morales confère une place essentielle à l'organisation du service de la justice⁵²². Les procédures doivent être lisibles, fiables, équitables et rapides.

141. Le phénomène de la globalisation a aussi conduit à davantage d'échanges et d'informations sur les voies suivies dans d'autres pays. La *comparaison des droits* peut conduire à l'adoption de solutions qu'un droit étranger a appliquées avec succès, ou de façon convaincante. Il apparaît ainsi que de plus en plus de projets de loi sont précédés d'études comparatives. Cette tendance peut notamment être observée dans les anciens pays socialistes qui, lorsqu'ils sont devenus indépendants, ont réformé leurs institutions, adopté de nouveaux codes et souvent fait une analyse critique des droits étrangers, tout en étant naturellement portés dans un premier temps, en procédure civile, vers un modèle accusatoire complètement opposé au modèle socialiste très inquisitoire⁵²³. En France également, le Sénat tend à passer commande d'études comparatives avant d'adopter des réformes législatives d'importance. Le droit comparé devient ainsi un « *notwendiges Werkzeug sowohl europäischer wie auch*

⁵¹⁹ Comp. CHASE O. G., « American "Exceptionalism" and Comparative Procedure », 50 *Amer. Journal Comp. Law* 277 (2002).

⁵²⁰ *Supra* n°44 et s. et 52 et s.

⁵²¹ En ce sens B. HEß, « Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 193. Sur le „powerful law marketing“ des pays de *common law* et l'utilisation de certaines études sur la qualité de la justice à des fins de promotion d'un droit, v. KERN Ch.A., « Perception, Performance and Politics : Recent Approaches to the Qualitative Comparison of Civil Justice Systems », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 494 et s.

⁵²² V. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA J., « Préface », in : ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, pp. XXXIV et s. : « *the driving forces behind the standardization movement are quite varied and have been extensively discussed. One such force is the growing need for legal certainty in a world where people and corporations have seemingly unfettered mobility. Ensuring legal certainty places enormous responsibility on those in charge of managing justice, but it also creates confidence when people believe that equivalent systems of civil procedure will assure them access to justice in a system renowned for its efficiency, transparency, predictability, and procedural economy* ».

⁵²³ V. en ce sens le rapport russe de M. Filatova. Pour la Slovénie, v. GALIC A., « Das Slowenische Zivilprozessrecht zwischen Transmission, Kontinuität und Transformation », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, pp. 125 et s. Pour la Pologne, v. WEITZ K., « Die Bedeutung der Rezeption für die Entwicklung des polnischen Zivilprozessrechts », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, pp. 141 et s.



nationaler Gesetzgebung »⁵²⁴. Un échange se réalise entre traditions nationales. Le processus présente un caractère réciproque, « *car il s'agit bien d'un phénomène d'influence mutuelle. En s'ouvrant au droit étranger, le droit national contribue à l'ouverture du droit étranger vers lui-même, car on contribue à la généralisation du phénomène* »⁵²⁵. « *Le droit comme vecteur d'influence* », car « *il ne s'agit plus de l'imposition des droits, ni de la réception des droits, mais de l'influence des droits dans un processus constant d'échange et de débat, ce qui est la caractéristique principale du fonctionnement des traditions juridiques nationales* »⁵²⁶.

Ainsi peut-on lire sous la plume de N. Trocker et V. Varano⁵²⁷ que « *the reform movement has brought about an attenuation of the differences, according to which we were used to classify procedural models. If the common law procedural systems were usually defined as adversarial, based as they were on the predominance of the parties, they are presently placing more and more emphasis on the role and powers of the judge especially as far as the management of procedure is concerned* » et « *Civil law procedural systems, in turn, which used to be labelled as inquisitorial in an even more arbitrary and simplistic way, not only have made clear their adherence to the principles of parties' initiative, and adversary procedure, but they have also reshaped their character, sometimes adopting institutions typical of the common law such as the cross-examination, other times opening the door to such ideas as that embodied in the mechanisms of discovery, or moving towards a bifurcation of the proceedings clearly based on the pretrial/trial separation experience. All this has been made possible through a sort of dialogue among legislators more and more aware of the need to look at each other, to look at what is happening elsewhere in order to see if it is possible to answer the problems of their societies using critically what is being experimented by other legislators, without necessary resorting to passive reception or imitation* ».

La doctrine contribue à cette harmonisation par la discussion des modèles étrangers, de même que – dans une certaine mesure – la jurisprudence des tribunaux nationaux ou régionaux (notamment européens). Ainsi la jurisprudence française a-t-elle accueilli des institutions telles que l'*amicus curiae*⁵²⁸

⁵²⁴ B. HEB, « Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 208.

⁵²⁵ GLENN H.P., « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2-2003, p. 277.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, p. 244 et s.

⁵²⁸ V. Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417, rapport CHARTIER Y. et note THOUVENIN D. ; 29 juin 2001, *JCP* G 2001. II. 10 569, rapport SARGOS P. et concl. SAINTE-ROSE J.; Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *D.* 2004. IR. 3 191 ; CA Paris, 16 oct. 1992, *D.* 1993, p. 172, note LAURIN Y.. V. aussi MAZEAUD D., *L'expertise de droit à travers*



ou l'*estoppel*⁵²⁹, pourtant typiques de *common law*, pour leur conférer une place particulière dans le procès civil⁵³⁰. Des barrières culturelles tombent, des ponts sont construits, des échanges se réalisent. Dans ce contexte, il peut être souligné qu'il existe un « *avantage linguistique* » en faveur des pays anglophones et notamment des États-Unis⁵³¹, dont le droit s'exporte peut-être davantage en raison de son accessibilité linguistique.

142. **Amérique Latine** – a) Sin embargo, en su evolución, los distintos ordenamientos procesales han sido “infiltrados”, en mayor o menor medida, por instituciones típicas originarias o transmutadas del *common law* o aún del *civil law* europeo, en algunas de sus vertientes. En definitiva, los ordenamientos singulares de la región hispano-luso americana, han sufrido, bien que en intensidades diferentes, transmutaciones similares a las que han infiltrado a numerosos ordenamientos europeos (sean de las familias del *civil law* como del *common law*).

b) Ejemplos paradigmáticos de ese fenómeno universal, en América Latina lo constituye el ordenamiento procesal civil brasileño, por los múltiples y tan diversos “trasplantes” operados en su ordenamiento, particularmente en las últimas dos décadas, a través de un proceso receptivo y de adaptación que sigue en curso y que ha permitido, sin abandonar sus raíces histórico-culturales, “modelar” a través de un ensamblaje singular, instituciones propias, algunas de las cuales, a su vez, así configuradas han “migrado” a otros ordenamientos del área. De ese modo, se ha replicado un fenómeno similar acaecido anteriormente con la experiencia del CGP uruguayo, que adoptara el CMPCI de 1988.

l'amicus curiae, in : *L'expertise*, sous la dir. de MAZEAUD D et FRISON-ROCHE M.-A., Dalloz, 1995, p. 109 et s. ; ENCINAS DE MUNAGORRI R., L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae*, *RTDCiv.* 2005, p. 88.

⁵²⁹ En matière d'arbitrage, v. Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2010, *D.* 2010, 448 et déjà Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Bull. civ.* I, n°369 ; *D.* 2006. AJ 1422, obs. DELPECH X. et Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *D.* 2009. Pan. 2966, obs. CLAY Th.. Dans le cadre du procès civil devant les juridictions étatiques françaises, l'accueil de l'*estoppel* n'est admis qu'à des conditions strictes, v. Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, *D.* 2009. Jur. 1245, note HOUTCIEFF D. ; *D.* 2010. Pan. 169, obs. FRICERO N. ; *JCP G* 2009. II. 10 073, note CALLÉ P.

⁵³⁰ Sur l'introduction en procédure civile japonaise de la *cross examination* après la seconde guerre mondiale, suite à la défaite du Japon, v. MATSYMOTO H., « The Reception and Transmission of the Law of Civil Procedure in Japan – The Experience in Japan », in : DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008, pp. 137 et s.

⁵³¹ MURRAY P.L., « Reception and Transmission of Procedural Law in the United States : A Two-Way-Street ? », in : DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, op. cit., p. 324.



c) Las diversas y muy valiosas tentativas de armonización sistemática, por iniciativas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno se gestaron los CMPCI de 1988 y el CMPr.Col.I de 2004, todavía en curso, aún no han brindado los frutos esperados, más allá de su recepción en Uruguay y limitadamente en Perú y otros países, sin bien existen fuertes consensos favorables en el nivel doctrinario y aún en menor medida, recepción jurisprudencial. De hecho, se debate actualmente la actualización del CMPCI.

143. Parallèlement, un *troisième facteur* qui contribue au rapprochement des procédures civiles nationales repose sur les *enjeux financiers* auxquels les États doivent faire face. Les rapports nationaux font apparaître que ce sont avant tout des contingences économiques et financières qui guident le législateur national vers un certain nombre de réformes. Il en va notamment ainsi à propos de la prise en compte des nouvelles technologies dans le procès civil, dont les législateurs se promettent des économies de coût en même temps que des gains de temps qui permettront de davantage respecter les canons du délai raisonnable imposé par l'article 6 § 1 CEDH. La faveur accordée par de nombreux droits nationaux aux modes alternatifs de règlement des litiges n'est pas non plus motivée uniquement par la volonté politique de renforcer l'effectivité du droit d'accès à la justice. De nombreux rapports nationaux y voient aussi une façon, pour l'État, de désencombrer ses juridictions étatiques, notamment dans les pays où la médiation est rendue obligatoire pour un certain nombre de différends (comme en Italie ou dans le projet de loi espagnol).

144. Les lois modèles constituent-elles un *quatrième facteur* de modélisation du procès civil national ? La *soft law*, comme l'a démontré ce rapport général, a sa place dans l'évolution des sources du droit et dans leur internationalisation. Elle résulte d'un dialogue, d'une recherche d'un consensus ou d'une *better law approach* progressiste à condition qu'elle puisse être acceptée par un nombre suffisant d'États. E. Jeuland, pour le rapport français, est plutôt réservé : « *Il n'est pas certain que la procédure civile fasse bon ménage avec les lois-modèles. Elle a plutôt tendance à naître de la pratique (référé, passerelle etc.) et ce qui naît de l'esprit du législateur reste souvent inemployé (ex. la requête conjointe, le mandat de représentation conjointe en droit de la consommation, groupe Storme pour la procédure*



européenne, principes Unidroit etc.) ; il ajoute, citant P. Zaoui⁵³², « toute modélisation est une poétisation du monde qui, aussi belle soit-elle, tend à s'idéaliser et ainsi à se retourner contre cela même qu'elle tendait initialement à réévaluer. Tout beau poète risque d'accoucher d'un triste juge, et tout triste juge cache peut-être en son fond un poète ».

Alors la modélisation, un miroir aux alouettes, une *fata morgana* ? J.C. Barbosa Moreira⁵³³ est moins pessimiste à propos du Code modèle ibéroaméricain de procédure civile : « Il est et il restera toujours indispensable de prendre en considération certains principes et orientations substantielles, quelles que soient les variations accidentelles, inévitables ou même désirables, sur le plan de leur application concrète. C'est là que se place la vocation du code-modèle – et nul ne mettra en doute la fécondité dont il fait preuve dans son exercice ».

Sans doute faut-il distinguer au sein des différentes lois modèles dont il a pu être question au cours de ce rapport général. Pour beaucoup d'entre elles, toutefois, voire pour la plupart, leur origine et leur raison d'être est avant tout de politique économique, comme cela a pu être démontré à propos des lois types de la CNUDCI. Initialement, les instruments européens avaient eux aussi des objectifs économiques (v. la référence notamment au bon fonctionnement du *marché* intérieur, art. 81 TFUE) ; avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne toutefois, la formulation de l'article 81 TFUE élargit le champ de compétence de l'Union en matière de coopération judiciaire civile à des situations où le fonctionnement du marché intérieur n'est pas en cause. Toutes les lois modèles (au sens étroit comme au sens large) n'ont donc pas les mêmes incidences sur la modélisation en marche du procès civil, mais leur nature et, pour certaines d'entre elles, leur succès y contribuent.

145. Toutefois, même si une tendance à la « *modélisation* » a pu être relevée tant dans ce rapport général que sous d'autres plumes⁵³⁴, il convient d'insister sur le caractère tout relatif de cette modélisation, qui ne saurait faire reculer les traditions nationales au point de les voir disparaître au profit de modèles-types s'imposant partout dans le monde. Ce serait faire fi de la situation culturelle,

⁵³² ZAOUÏ P., *Spinoza, la décision de soi*, Bayard éd. 2008.

⁵³³ BARBOSA MOREIRA J.C., « Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'Institut Ibéro-américain de droit processuel », *ZZP Int* 3 (1998), p. 437 et not. p. 445.

⁵³⁴ V. not. TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, p. 247 et s.



politique et économique propre à chaque pays et de la nécessité d'adapter les instruments procéduraux à ce contexte particulier.

II. Caractère relatif de la « modélisation »

146. Sans formuler les choses de façon aussi extrême que Bakounine, qui affirmait que « *l'uniformité c'est la mort, la diversité c'est la vie* »⁵³⁵, il nous semble que la diversité fait la richesse et qu'une uniformité ne saurait être une fin en soi ; pire, elle risquerait de présenter de dangereux inconvénients en tuant la créativité et la spécificité. Dès lors, il faut admettre et apprécier que les études comparatives ne tendent pas uniquement à la réception⁵³⁶ d'institutions, solutions et mécanismes étrangers, la diversité juridique pouvant au contraire être conforme aux besoins locaux et faire naître une concurrence féconde⁵³⁷ entre systèmes juridiques ou droits nationaux. Et même si réception il devait y avoir, elle ne peut se faire que graduellement, au regard du contexte national spécifique qui peut requérir des aménagements de telle ou telle institution étrangère importée⁵³⁸.

147. Ainsi, les auteurs du nouveau Code de procédure civile fédéral suisse ont-ils affirmé que cette nouvelle codification n'avait pas été influencée par des modèles étrangers mais était le résultat de la « *pure tradition suisse* » dégagée par la comparaison des différents droits de la procédure civile des cantons⁵³⁹. Les rapports nationaux font également apparaître que certaines traditions perdurent. Divers exemples pourraient être donnés, tels que celui des voies de recours ou de l'absence de monopole d'avocat en Russie, du champ encore large reconnu à l'instance d'appel en droit français et en droit néerlandais. Ces illustrations montrent toutefois à la fois qu'une tendance se dessine (celle de la

⁵³⁵ BAKOUNINE M.A., *La liberté*, J.J. Pauvert éd.

⁵³⁶ Sur les phénomènes de réception et de transmission des règles de procédure civile dans la société globale, v. DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008.

⁵³⁷ V. aussi en ce sens MICHAEL L., « Entwicklungen des Verwaltungsprozessrechts in Deutschland », in BLAUROCK U. (éd.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Tübingen, P. Siebeck 2005, p. 117 et s. et not. p. 139.

⁵³⁸ Dans le même sens, HO M.-H., « The Reception and Transmission of Civil Procedure Law Experience in Korea and Important Points to be Considered », in : DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008, p. 183 : « *unlike exporting goods, the diffusion of legal system must always accompany by the consideration of the importing country's circumstances* ».

⁵³⁹ OBERHAMMER P. et DOMEJ T., « Germany, Switzerland, Austria (CA. 1800-2005) », in VAN RHEE C.H. (éd.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia 2005, p. 103 et s. et spéc. p.127.



restriction à l'accès aux voies de recours comme au champ de celles-ci) et que certains droits nationaux y résistent encore... pour combien de temps ?

L'exemple des recours collectifs également fait apparaître des solutions disparates. Là encore, la tendance est à l'admission de recours collectifs (souvent sous des formes moins extrêmes que la *class action* américaine)⁵⁴⁰ au motif qu'il seraient un moyen de concrétiser le droit fondamental d'accès à la justice, notamment pour les consommateurs et les petits litiges⁵⁴¹. Toutefois, certains pays sont réservés, comme la France, où l'on sent bien la tension entre les associations de défense des consommateurs d'une part, favorables à ce mode facilitant l'accès à la justice pour les litiges de la consommation touchant de nombreuses personnes, et le patronnat d'autre part, qui redoute pour les entreprises des actions en responsabilité en cascades qui nuiraient à leur compétitivité économique. Pour l'heure, le gouvernement a jugé urgent de ne rien entreprendre ; si toutefois l'incitation vient de l'Union européenne⁵⁴² afin de renforcer les droits des consommateurs, la France sera bien obligée de suivre le mouvement... peut-être en le limitant au strict nécessaire. Mais là encore, il deviendra difficile de justifier une différence de traitement entre consommateur national et consommateur transfrontière.

Des traditions nationales fortes peuvent également être relevées dans le domaine de mesures d'exécution, tant en ce qui concerne la typologie et les caractéristiques de ces mesures qu'au regard de la personne compétente pour les encadrer ou les diligenter (huissier, juge...), même si – sur ce second point – une tendance se dégage en faveur du modèle de l'huissier libéral, notamment dans les pays d'Europe de l'Est.

En Amérique Latine, les résistances sont également fortes à une uniformisation. Se destacan, en general, por un lado, fuertes resistencias culturales producto del apego a tradiciones seculares y, quizás aún con mayor incidencia negativa, un persistente desinterés de los legisladores nacionales, en línea con

⁵⁴⁰ Pour une admission apparemment précipitée et sans réelle réflexion du modèle américain de *class action* en *Corée du Sud*, v. HO M.-H., « The Reception and Transmission of Civil Procedure Law Experience in Korea and Important Points to be Considered », in : DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008, p. 181.

⁵⁴¹ Sur l'expérience déjà ancienne du *Brésil* en la matière, v. PELLEGRINI GRINOVER A., « The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society – Legislative and Legal Assistance to Other Countries in Procedural Law », in DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, *op. cit.*, p. 227, et pp. 232 et s.

⁵⁴² Sur la réception du droit de l'Union européenne en droit privé des États membres, v. déjà BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Actes du colloque de Paris Nanterre de 2003, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, et notamment, au sein de cet ouvrage, pour le droit judiciaire interne et international NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », pp. 153 et s.



la falta, en la mayor parte de los países, de consensos sobre políticas públicas de la justicia, coherentes y con vocación de permanencia. Carencias notorias que se inscriben en una situación que, en algunos de los países de la región, puede caracterizarse actualmente como de “desconstitucionalización” de las instituciones del Estado democrático de Derecho.

148. Ainsi, de nombreux aspects du procès civil demeurent placés sous le signe du maintien de spécificités nationales. Faut-il s'en plaindre ? Oui, dira sans doute la Commission européenne qui verra parfois dans cette diversité une atteinte à l'efficacité et à l'égalité d'accès à la justice, au recouvrement effectif des créances etc. Non, dira le juriste qui considérera que de la diversité peut naître la stimulation, la découverte d'autres possibles et une richesse qui n'excluent pas des mouvements de rapprochement tant spontanés que coordonnés. « *Pour que les cultures persistent dans leur diversité, il faut qu'il existe entre elles une certaine imperméabilité* »⁵⁴³ affirmait le grand anthropologue Lévi-Strauss. Il nous semble que cette imperméabilité, qui repose sur l'histoire, la culture et donc les traditions nationales, tend à diminuer en raison tant de la globalisation de la société que des flots constants d'informations et d'échange qui s'y produisent par voie de conséquence. Les procédures civiles nationales deviennent partiellement perméables aux solutions étrangères⁵⁴⁴ ; elles sont innervées par des lois modèles reposant sur des recherches de consensus sur le plan mondial ou régional. Elles conserveront néanmoins encore longtemps bon nombre de particularités, car celles-ci sont souvent liées au fonctionnement du service public de la justice⁵⁴⁵ ou à des spécificités d'approche légitimes. Tradition ne signifie pas pour autant immobilisme, et il est à souhaiter que la procédure civile, tout en préservant ses grandes valeurs, puisse évoluer vers le mieux, le progrès en fonction des besoins et de la société, même si « *chaque progrès donne un nouvel espoir, suspendu à la solution d'une nouvelle difficulté. Le dossier n'est jamais clos* »⁵⁴⁶.

⁵⁴³ LÉVI-STRAUSS Cl., *Le regard éloigné*, Paris, Plon 1983.

⁵⁴⁴ Bien entendu, la réception du droit étranger doit être nuancée selon les pays, leur histoire et le rayonnement qu'a pu avoir leur propre droit. Ceci est très nettement retracé dans l'ouvrage de DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, *op. cit.*, qui montre combien certains pays (par ex. le Japon, la Corée) ont toujours construit leur procédure civile à partir de « *transplants* ».

⁵⁴⁵ Dans le même sens, MURRAY P.L., « Reception and Transmission of Procedural Law in the United States : A Two-Way-Street ? », in : DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, *op. cit.*, p. 338 (« *Comparatists well know that the role and the function of civil justice institutions is not the same in all modern democratic cultures* »).

⁵⁴⁶ LÉVI-STRAUSS Cl., *Le cru et le cuit*, Paris, Plon, 1964.