

Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**

Electronic Law Review in the field of Procedural Law

<http://www.civilprocedurereview.com>

Vol.2 – N°2 – may/aug. 2011



Summary

Vol.2 – N°2 – may/aug. 2011

L'EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX PARTIES NON SIGNATAIRES: ANALYSE DE LA DOCTRINE DE LA COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE LA CCI AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE ET ESPAGNOLE (The extension of the Arbitration Convention to non-members: analysis of the doctrine of the CCI International Arbitration Court regarding the french and spanish jurisprudence)

JEAN PAUL CORREA DELCASSO p.3

PRINCIPLES OF BULGARIAN CIVIL PROCEDURE LAW

VALENTINA POPOVA p.28

"JUDICIAL CORRUPTION" UNDERSTANDING - SEVERAL THEORETIC REFLECTIONS BASED ON EMPIRICAL INVESTIGATIONS

YAXIN WANG..... p.74

LA ORIGINAL ACTUACIÓN EN ITALIA DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE: LA MEDIACIÓN DIRIGIDA A LA CONCILIACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS CIVILES Y MERCANTILES SEGÚN EL DECRETO LEGISLATIVO N. 28/2010 (Main Features of the New Italian Discipline on Mediation in Civil and Commercial Disputes: a Peculiar Implementation of Directive 2008/52/EC)

SILVANA DALLA BONTÀ p.93

BASES PARA ACTUALIZAR EL CODIGO MODELO PROCESAL CIVIL PARA IBEROAMERICA (Basis to update the Model-Code of Civil Procedure for Iberoamerica)

ROBERTO OMAR BERIZONCE p.104

GOVERNANCE E GIUSTIZIA: LE REGOLE DEL PROCESSO CIVILE ITALIANO (Governance and Justice: the rules in the italian civil procedure)

GIORGIO COSTANTINO p.130

LA DECLARACIÓN JURISDICCIONAL DE NULIDAD EN EL PROCESO CIVIL: CINCO TÓPICOS

FUNDAMENTALES (The jurisdictional declaration of nullity in civil procedure: five fundamental topics)

RENZO I. CAVANI BRAIN p.166



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

L'extension de la Convention d'Arbitrage aux Parties non Signataires: Analyse de la Doctrine de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI au Regard de la Jurisprudence Française et Espagnole¹

(The extension of the Arbitration Convention to non-members: analysis of the doctrine of the CCI International Arbitration Court regarding the french and spanish jurisprudence)

Jean Paul Correa Delcasso

Professor at the University of Barcelona

Docteur en Droit. Lawyer

Abstract: In this study, the author analyzes the main decisions that the ICC International Arbitration Court has rendered in relation to parties that did not initially execute an arbitration agreement. It discusses a selection of the most significant decisions which in the opinion of the author show the course taken by the case law of this Arbitration Court over recent years, and concludes with an analysis of the main court rulings that have considered this case law to decide on an appeal to render invalid an award rendered by this renowned Arbitration Court.

¹ À la mémoire de mon bon ami Angel Quemada Ruiz.



I. Introduction

L'extension de la convention d'arbitrage à des sujets ou parties qui ne l'ont pas signée initialement constitue, sans aucun doute, l'un des sujets les plus intéressants et fondamentaux du florissant monde de l'arbitrage contemporain et, notamment, de l'arbitrage international. La rapidité qu'exigent à l'heure actuelle nos principaux agents économiques (grandes entreprises et PME, essentiellement), et le fait que notre économie se mondialise de plus en plus (dans la fabrication d'un simple objet de consommation peuvent intervenir, le cas échéant, plusieurs fabricants de pays absolument divers), exigent une réponse souple et efficace de la part du système juridique (non seulement en termes de célérité mais surtout de spécialisation), que la juridiction commune de la plupart des États n'est souvent pas en mesure de satisfaire, tout particulièrement depuis quelques décennies. En effet, la technicité accrue de notre économie, alliée au phénomène croissant de la mondialisation, exigent non seulement, pour être en mesure de résoudre un litige, des connaissances techniques extrêmement spécifiques, mais également une obligation accrue de surmonter de vieux axiomes doctrinaux pour offrir une réponse rapide et efficace à la protection juridique visée par le justiciable, capable de s'adapter aux réalités socioéconomiques du marché actuel.

Et c'est dans ce contexte qu'il faut précisément rechercher l'essor des modes alternatifs de résolution de conflits (dont l'arbitrage), ainsi que la complexité majeure qu'acquiert ces derniers, à savoir, dans notre cas, l'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires de celle-ci. En effet, pour peu que l'on examine la doctrine classique en matière de procédure arbitrale, nous pourrions constater qu'une bonne partie de ses auteurs – se fondant parfois sur des principes dogmatiques contestables, ou confondant ouvertement, en d'autres occasions, le concept de partie signataire de la convention d'arbitrage avec celui de partie à la procédure arbitrale – a rejeté de manière incompréhensible l'intervention de parties non signataires, à l'origine, d'une telle convention, dans le cadre d'un futur d'arbitrage, en vertu du prétendu principe selon lequel seuls peuvent être parties à cette convention « *ceux qui, ayant*



conclu cette dernière, ont manifesté leur volonté de s’y soumettre »², comme aurait d’ailleurs soutenu jusqu’à présent la meilleure jurisprudence espagnole.

Toutefois, tout comme nous tenterons de le démontrer à travers cette étude, de tels postulats théoriques se heurtent non seulement à la réalité du monde des affaires et, par extension, du monde contemporain (et son donc dépourvus, pour ladite raison, de toute utilité pratique à l’égard de ce dernier), mais également aux principes fondamentaux du Droit. En effet, peut-on qualifier de « tiers à la procédure d’arbitrage » une personne – physique ou morale – qui n’a pas signé la convention d’arbitrage alors que, pour le reste, elle est intervenue dès le début dans la relation contractuelle litigieuse ? Pourquoi diviser cette « unité de cause » (si souvent mentionnée par la doctrine espagnole et pour le reste imprécise, au détriment du principe, tout autant invoqué, d’économie procédurale), pour des faits connexes (au motif que toutes les parties n’auraient pas signé la clause d’arbitrage), et débattre le fond d’un même litige à travers deux procédures distinctes (arbitrale et judiciaire, en l’occurrence) ?

Certes, la réponse ne pourra jamais être univoque et dépendra, surtout, de l’intervention concrète de chaque partie dans une relation contractuelle déterminée. Toutefois, si nous soutenons une vision étroite, voire même incorrecte, de la notion de partie à une procédure d’arbitrage, nous constaterons qu’un grand préjudice se produira, non seulement pour l’administration de justice, en termes de délais, mais également pour le justiciable et « consommateur final » de la protection juridique, dans la mesure où il pourra être victime d’un véritable déni de justice. Et c’est précisément la Cour Internationale d’Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après, la « CIA ») de Paris laquelle, conformément à la doctrine établie par les tribunaux français – et, tout particulièrement, par la Cour d’appel de Paris –, a eu le mérite d’établir une doctrine qui, comme nous l’exposerons de suite, outre le fait qu’elle renforce à juste titre les bases de l’institution arbitrale, a permis de rendre un indéniable service en termes de Justice et rapidité – et c’est là le plus important – aux parties qui ont choisi de lui confier leurs différends.

² CHOCRÓN GIRÁLDEZ (Ana María), *Los principios procesales en el Arbitraje*, Barcelona, 2000, Chapitre II.



II. La doctrine jurisprudentielle de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI en matière d'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires

A.- Ses origines

La doctrine jurisprudentielle de la CIA en matière d'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires, remonte approximativement à 25 ans. À ce propos, l'affaire *Dow Chemical*³ est généralement considérée comme le *dies a quo* de cette dernière. En l'espèce, un important groupe multinational avait confié à un autre la distribution et la vente de ses produits sur le territoire français et signé à cet effet deux contrats distincts à travers plusieurs sociétés appartenant à ce dernier. Le groupe d'entreprises ayant concédé la distribution, introduit alors une demande d'arbitrage devant la CIA à l'encontre de certaines sociétés du groupe distributeur et l'une des codéfenderesses invoqua alors à titre préliminaire l'inexistence de toute clause compromissoire l'obligeant vis-à-vis de deux des quatre sociétés demanderesses. C'est alors que le tribunal arbitral, amené à se prononcer sur sa propre compétence, reconnaît désormais cette dernière, ordonnant que la procédure soit également

³ Affaire numéro 4131/1982, publiée dans le *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, pp. 464 et ss. Auparavant, dans l'affaire *Clunet*, la CIA avait eu l'occasion de se prononcer sur cette matière (affaires n° 1434 et 1375), sans toutefois parvenir à émettre, d'après nous, une doctrine aussi claire. Toutefois, le Tribunal arbitral (concrètement dans l'affaire 1434/1975), soulignera, afin de déterminer sa propre compétence, l'exactitude (ou parfois l'imprécision ouverte) des différents intervenants du groupe d'entreprises au moment de déterminer la société concrète de celui-ci qui devait se charger d'exécuter les travaux, ainsi que leur participation indistincte lors de leur exécution. Comme le signalait à juste titre l'auteur du commentaire de cette décision, « *La volonté commune des parties est le fondement principal de la décision du tribunal arbitral. Cette volonté ressortait des correspondances produites au dossier et de l'esprit de l'ensemble des accords dans lesquels s'inséraient les contrats contenant la clause d'arbitrage. Par ailleurs, l'attitude, lors des négociations contractuelles, de M. A., avait permis à la société nationale de l'État B de croire légitimement qu'il engageait l'ensemble des sociétés du groupe qu'il animait. Cependant, plus que cet examen classique des documents engagés par les parties, conforté par une référence implicite à la théorie du mandat apparent, c'est la pratique même de l'intervention des groupes de sociétés dans la conclusion des accords industriels au plan international qui constitue, pour les arbitres, le véritable révélateur de la volonté des parties* » (*Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, *op. cit.*, p. 268). Pour le reste, ladite analyse souligne également comment les arbitres, pour émettre une telle décision, ne se sont fondés sur aucun droit national particulier, mais sur des principes universels de *lex mercatoria* qui acquièrent de plus en plus une importance croissante dans l'arbitrage international. D'une manière identique se prononce le Professeur VIDAL, *L'extension de l'engagement compromissoire Dans un groupe de sociétés: application arbitrale et judiciaire de la théorie de l'alter ego*, "Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI", N° 2, 2005, p. 79.



suivie à l'encontre des deux autres sociétés du groupe défendeur, « *en suivant l'exemple de la jurisprudence française à laquelle se réfère le rapport remis au Premier ministre et qui constitue l'exposé des motifs du décret du 12 mai 1981* »⁴. Tout concrètement, les motifs qui mènent la CIA à rendre cette décision sont très clairs: le tribunal arbitral souligne que les expressions utilisées au moment de la signature des contrats par celui qui invoque à présent son incompetence avaient été claires à tout moment, employant toujours le « nous » solennel, et démontrant ainsi son pouvoir de décision sur sa filiale⁵. Et c'est alors que les arbitres constatent inévitablement que:

« Considérant qu'il n'est ni contestable ni contesté que X Company (U.S.A.) possède et exerce le contrôle absolu de ses filiales, qui ont soit signé les contrats en cause, soit, comme X France, effectivement et personnellement participé à leur conclusion, leur exécution et leur résiliation ;

Considérant qu'un groupe de sociétés possède, en dépit de la personnalité juridique appartenant à chacune de celles-ci, une réalité économique unique dont le tribunal arbitral doit tenir compte lorsqu'il statue sur sa propre compétence, en application de l'article 13 (version de 1955) ou de l'article 8 (version de 1975) du Règlement de la CCI ;

Considérant, en particulier, que la clause compromissoire expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler ;

⁴ *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, op. cit., p. 471.*

⁵ À titre d'exemple, le tribunal signalait de nombreuses déclarations effectuées par les sociétés défenderesses du groupe pendant la relation contractuelle : « *je vous adresse ci-joint, en quatre exemplaires, le texte définitif en anglais de **notre** contrat de distribution, signé para **notre** Président, M...* » ; « *J'aimerais que nous puissions nous rencontrer très prochainement afin que nous puissions déterminer définitivement les possibilités existantes de concrétiser un accord entre **nos** Sociétés de manière à normaliser les rapports actuels* ».



Considérant que c'est en ce sens que se sont déjà prononcés les tribunaux arbitraux institués dans le cadre de la CCI (sentences rendues dans l'affaire n° 2375 de 1975, Clunet 1976, 973 ; et dans l'affaire 1434 de 1975, Clunet 1976, 978) ; que les décisions de ces tribunaux forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international (...)

Considérant, en définitive, qu'il échet pour le tribunal de se déclarer compétent pour connaître des demandes formées, non seulement par X.A.G. (Zürich) et X Europe (Zürich) mais aussi par X Company (U.S.A.) et X (France)».

La décision – apparemment « frivole » aux yeux de tout spécialiste en droit de la procédure civile ancré dans l'idée contractuelle de l'arbitrage – a toutefois eu le mérite de distinguer clairement, d'un côté, le principe de partie au contrat (ou, du moins, ce qu'il fallait entendre par partie à de tels effets, compte tenu de sa remarquable participation dans les faits litigieux) et, de l'autre, celui de partie au procès. En effet, si nous admettons, tout comme la meilleure doctrine, que l'arbitrage revêt une nature juridictionnelle, nous pourrions difficilement accepter que seuls peuvent être partie à une procédure d'arbitrage « *ceux qui, ayant conclu la convention d'arbitrage, ont manifesté leur volonté de s'y soumettre* »⁶, sous peine de confondre le concept de partie à la procédure avec celui de partie au contrat (c'est-à-dire, de la partie qui, quels qu'en soient les motifs, dûment justifiés - par exemple, la prise en charge par la société absorbante d'un contrat conclu par la société absorbée où s'insère une clause compromissoire, dans une opération de fusion par absorption -, aura accepté de cette manière l'intégralité de ses clauses, devenant ainsi partie de ce dernier, à toutes fins utiles). Et cette prise en charge de droits et d'obligations, de nature extrajudiciaire (qui peut adopter toutes les formes prévues en droit matériel), fait automatiquement de ce nouveau contractant une partie à la procédure d'arbitrage puisque, comme le souligne à juste titre SERRA

⁶ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Los principios procesales en el Arbitraje*, op. cit.



DOMÍNGUEZ, uniquement peut être considéré comme un « tiers », contrairement au cas d'espèce, celui qui « *intervient dans une procédure en cours entre deux parties ou plus, et interjetée à l'encontre des parties originaires une prétention déterminée, destinée à la défense d'un droit individuel ou de l'une des parties aux procès* »⁷.

Ceci dit, aucun « tiers », au sens strict du terme, n'est mis en cause dans la procédure que nous venons d'analyser, contrairement à ce qu'affirment à tort certains auteurs: en effet, la question est tout au plus de déterminer, conformément aux normes de droit matériel ou à d'autres critères jurisprudentiels universellement admis (comme la doctrine du *stoppel* ou de la levée du voile social, entre autres), si les parties attirées devant l'arbitre l'ont été légitimement ou non. Mais encore une fois, cette décision nous met sur la piste – et posera les grands principes de la future jurisprudence de la CIA – pour déterminer, *a priori*, s'il faut appeler un tiers qui n'a pas souscrit la clause d'arbitrage mais qui, par ses actes, a perdu cette qualité par rapport aux faits litigieux, dans la mesure où il a participé, comme le souligne à juste titre la Cour d'arbitrage, « *effectivement et personnellement à la conclusion, à l'exécution et à la résiliation du contrat* ». En d'autres termes, pour avoir participé de manière effective au déroulement ultérieur de la relation contractuelle d'espèce.

En somme, comme l'indiquera à juste titre DERAÏNS⁸, « *les arbitres tirent toutes les conséquences, au plan des effets de la convention d'arbitrage, de la réalité économique qu'est le groupe de sociétés. Il ne découle pas de leur décision – ce qui serait excessif – qu'à partir du moment où la personne physique ou morale qui contrôle un groupe, voire un membre de celui-ci, signe une convention d'arbitrage, l'ensemble des sociétés composant de groupe se trouvent liés par la convention d'arbitrage. Cette signature constitue seulement un commencement de preuve de la soumission de ces sociétés du groupe à la convention d'arbitrage, qui ne se trouvera confirmé que par la participation effective de ces sociétés aux opérations contractuelles. Seules les sociétés du groupe qui ont joué un rôle dans la négociation, la conclusion ou la résiliation du contrat se trouvent de ce fait parties à la convention d'arbitrage*

⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención de terceros en el proceso*, Estudios de Derecho procesal, Esplugues de Llobregat, 1969, p. 207.

⁸ *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, op. cit.*, pp. 472-473.



qui, lors de la signature du contrat, engageait de façon virtuelle l'entité économique que constitue le groupe. Au-delà du principe général, les arbitres doivent donc apprécier cas par cas non seulement l'existence d'une volonté des membres du groupe d'engager l'ensemble de celui-ci, mais surtout lorsque cette volonté est établie à l'égard de chacune des sociétés du groupe, considérées séparément».

B.- Le développement ultérieur de cette doctrine

Suite à cette importante sentence arbitrale – qui a eu l'indéniable mérite d'élargir la portée de la procédure d'arbitrage et de l'adapter aux exigences de la réalité socioéconomique actuelle -, une vingtaine de décisions similaires (tout au moins contenues dans les remarquables « Recueils » de sentences arbitrales de la CIA) se sont succédées jusqu'à présent. Ces sentences reprennent ainsi la doctrine antérieurement exposée, tout en introduisant parfois d'importantes nuances qu'il convient à présent de commenter.

Ainsi:

a.- Dans l'affaire *WESTLAND* (n° 3879/1984), qui opposait cette dernière société à quatre États du monde arabe à cause d'un contrat qui visait la fabrication et la vente d'hélicoptères pour l'industrie de l'armement, le tribunal arbitral franchit un pas de plus par rapport à la sentence que nous venons de commenter, tout en précisant que « *dans certaines circonstances déterminées, ceux qui n'ont pas signé de clause d'arbitrage peuvent, en tout état de cause, être liés par celle-ci* » et, notamment, « *en cas de succession par titre ou subrogation* », soulignant à juste titre que « *déterminer si les quatre États sont liés par la convention d'arbitrage signée par l'AOI en son propre nom revient exactement à se demander*



du point de vue du droit matériel s'ils sont ou non liés, en général, par les obligations assumées par l'AOI » ; pour conclure de ce fait qu'il:

« convient finalement de mentionner particulièrement les raisons pratiques et les considérations d'équité qui ont motivé la décision des arbitres dans cette affaire, au-delà de ses fondements juridiques (...).

L'équité, conformément aux principes du droit international, permet de lever le voile social, afin de protéger les tiers d'un abus qui pourrait leur être causé ».

En résumé, le mérite de cette décision ne consiste plus à admettre qu'un tiers initialement étranger à la convention d'arbitrage puisse être lié du fait de sa participation « effective et personnelle dans la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat » (par la cession de ce dernier ou pour s'être subrogé dans ses droits et ses obligations), mais à cause d'un abus de droit qui justifie l'application de la doctrine internationale nord-américaine de la levée du voile social⁹. Et, en ce sens, il y a lieu de noter l'important apport de cette sentence, en

⁹ Une intéressante étude d'Enrique PALACIOS PAREJA, *El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral* (disponible sur Internet) signale dans quels cas il y a lieu d'appliquer cette doctrine dans le cadre de la procédure d'arbitrage : « a) La société dominante et la société contrôlée ont des dirigeants et des fonctionnaires communs. b) La société dominante finance la société contrôlée. c) Le capital de la société contrôlée est manifestement inadéquat. d) La société dominante assume les salaires et autres frais ou pertes de la société contrôlée. e) La société contrôlée n'exerce d'activités importantes qu'avec sa société dominante, et n'a d'autres actifs que ceux qui ont été transférés par celle-ci. f) Dans les documents de ses employés, la société contrôlée est décrite comme un département ou une division de la société dominante, ou son activité ou responsabilité financière liée à celle de la société dominante. g) La société dominante utilise les biens de la société contrôlée comme s'il s'agissait de biens propres. h) Les directeurs et employés de la société contrôlée n'agissent pas en toute indépendance et dans l'intérêt de celle-ci, mais reçoivent des instructions de la société dominante dans l'intérêt de cette dernière. i) Les formes légales de la société contrôlée ne sont pas observées ». Cet auteur ajoute ensuite, à juste titre, qu'« étendre l'arbitrage à des parties non signataires liés au groupe économique et ayant participé ou obtenu des avantages dans ces affaires au détriment des demandeurs, répond à l'intention des parties (...). On pourra affirmer qu'une telle conclusion étend illégalement et inconstitutionnellement la compétence des arbitres, qui peuvent se prononcer et trancher des prétentions ou des relations juridiques de personnes qui n'ont pas signé la convention d'arbitrage et qui, de ce fait, ne sont pas soumises à la compétence de ceux-ci. Toutefois, cela n'est pas exact car, si la sentence déclare qu'effectivement les entreprises défenderesses appartiennent à un groupe économique et qu'elles ont agi en tant que tel lors de l'exécution du contrat, il y a lieu de considérer que toutes ces personnes morales ont agi comme un sujet unique. Et c'est ce sujet à composition multiple qui a souscrit la clause d'arbitrage, soumettant ainsi tous ses membres à la compétence des arbitres ».



ce que la condamnation d'un tiers qui n'avait pas signé initialement la clause d'arbitrage est confiée désormais au tribunal arbitral, non pas sur le fondement de l'appréciation de faits que nous pourrions qualifier d'objectifs (à savoir, s'il y a eu ou non, selon les normes de Droit matériel, une succession de contrats entre les parties), mais sur la validation de faits bien plus subjectifs, traditionnellement réservés au domaine de la juridiction ordinaire, tout comme déterminer si, en l'espèce, nous nous trouvons face à un fraude à la loi qui justifiait l'application de la levée du voile social¹⁰.

b.- Suite à cette importante décision, il convient de mentionner maintenant une troisième sentence, prononcée dans l'affaire n° 5730/1988, où un fabricant de l'industrie navale poursuit l'entreprise signataire du contrat de vente de marchandises ainsi qu'une autre compagnie du groupe (qui agissait sous le même logo commercial que la première) et le propriétaire de ce dernier. Or, en l'espèce, outre avoir constaté, comme auparavant, la confusion régnante lors de la signature du contrat en ce qui concerne la personne physique ou morale signataire de celui-ci, cette sentence conclut qu'il y a lieu de condamner l'associé unique de l'une des défenderesses du groupe au motif qu'elles agissaient sous un simple nom

¹⁰ Une autre sentence arbitrale, extrêmement intéressante, qui adoptera et développera cette doctrine (dans une plus grande mesure), est celle rendue dans l'affaire n° 8385/1995, figurant dans le *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1996-2000, pp. 474-484. En appliquant des principes de la *lex mercatoria*, le tribunal conclut à juste titre : « La levée ou non du voile social dépend beaucoup des circonstances de chaque litige. Certains éléments sont presque toujours estimés nécessaires. Ils comprennent une mesure significative de contrôle direct des activités de la filiale par la maison mère ou l'actionnaire et l'insolvabilité de celle-là. Mais ce n'est généralement pas suffisant. La cessation d'activités significatives par la filiale et ses dirigeants est également un facteur qui facilite la levée du voile social. Et si le contrôle et la direction effective par la maison mère a contribué à rendre illusoire un recours contre ladite filiale, la levée du voile social devient encore plus impératif. Une conduite illégitime de la filiale à l'instigation de la maison mère envers la personne cherchant la levée du voile social est un autre élément qui peut faciliter cette levée. La question qui se pose à la fin est celle de savoir dans quelle mesure la fiction juridique de la personnalité morale doit céder le pas devant les réalités de comportement des hommes et cesser de protéger ceux qui se cachent derrière le voile social de façon à promouvoir leurs propres intérêts aux frais de ceux qui ont traité avec la société. Ce sont les faits de l'affaire qui imposent la solution (...). Dans de nombreux litiges internationaux, des tribunaux arbitraux, appliquant des principes internationaux, ont levé le voile social. Il convient de rappeler le précédent remarquable et faisant autorité que représente la décision prise par un groupe d'arbitres distingués (les Professeurs Sanders, Goldman et Vasseur) dans l'affaire *Dow Chemical vs Isover Saint Gobain*, Affaire CCI n° 4131 (1982) ».



commercial et que leur associé devait de même répondre personnellement de l'activité commerciale qu'il avait exercée sous ce nom.

À ce sujet, l'argument employé par le tribunal arbitral pour parvenir à une telle conviction est très clair: l'associé unique avait parfaitement connaissance de la convention d'arbitrage, qu'il avait eu l'occasion d'examiner lors de l'étude du projet de contrat qui lui avait été préalablement soumis, ce qui devait, pas conséquent, motiver sa condamnation à titre personnel, même si le contrat avait été signé par son représentant (théorie du gérant de fait), et ce au motif que « *le mandat apparent peut s'étendre à tous les actes, y compris les plus graves, et donc également à la souscription d'une convention d'arbitrage, a fortiori en raison de son caractère usuel dans ce genre de contrats internationaux* ».

La matière objet de la présente étude franchissait ainsi une nouvelle étape: on ne condamnait plus, de manière exclusive, les sociétés du groupe qui avaient effectivement participé à la conclusion, l'exécution et la résiliation d'un contrat mais l'associé unipersonnel desdites sociétés, et ce en vertu des preuves qui démontraient sa participation active dans les faits, et qui permettaient désormais d'accueillir la théorie du gérant de fait, tout particulièrement lorsque l'un de ses employés appose sa signature sur le contrat dans lequel était insérée la clause d'arbitrage. En somme, le cercle de ceux qui pouvaient être partie à une procédure d'arbitrage s'élargissait ainsi considérablement, face à la vision très restrictive qui subsiste encore majoritairement en Espagne¹¹.

c.- Les doctrines précédemment exposées (et notamment celle de l'affaire *DOW CHEMICAL*) seront réaffirmées ensuite lors de sentences qui se succéderont dans les années

¹¹ Comme l'affirme à juste titre l'auteur du commentaire de cette sentence, figurant au Tome II du *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, pp. 419 et ss., « *ce n'est pas uniquement le comportement du dirigeant, pendant et après les négociations contractuelles qui est pris en compte, mais aussi le fait qu'il a créé et entretenu l'apparence d'un groupe en utilisant des noms de navires et des raisons sociales proches les unes des autres... ainsi qu'en mêlant comme à plaisir la gestion et les comptes de ses diverses sociétés (...). Par ailleurs, c'est en raison de la parfaite connaissance de la clause arbitrale qui figurait dans le (contrat) qui lui avait été soumis au préalable que le dirigeant du groupe se voit étendre les effets de la clause compromissoire signée en son nom, sur ses instructions et en sa présence par son employé qui n'était que l'exécutant de sa volonté et n'avait aucun titre à intervenir* ».



quatre-vingts et quatre-vingt-dix¹². Tout particulièrement, une autre décision non moins importante sera rendue en 1998 dans le cadre de l'affaire n° 8910¹³, où le tribunal arbitral sera amené à se prononcer sur deux questions extrêmement intéressantes, qui n'avaient jamais été traitées auparavant avec cette clarté et profondeur: la relation qui existe entre un groupe de contrats (dans l'un desquels s'insérerait uniquement la convention d'arbitrage) et celle des autres sociétés du groupe qui ont souscrit d'autres contrats connexes, mais dépourvus d'une telle clause compromissoire, ainsi que la pertinence d'agir contre le principal actionnaire de toutes ces sociétés qui s'était porté, dans la présente espèce, avaliste de l'opération.

L'hypothèse de fait est concrètement la suivante: la demanderesse, une société commerciale française, signe avec la défenderesse n° 1, société domiciliée aux Émirats Arabes Unis, un contrat de distribution exclusive régi par le droit français contenant une clause de

¹² En raison de leur remarquable intérêt, nous recommandons l'étude des sentences rendues dans les affaires 6519/1991 et 7155/1993, figurant également au Tome III du *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*. Dans la première, après avoir rappelé que le simple fait d'être un groupe ne saurait justifier l'extension d'une clause compromissoire à toutes les sociétés qui le composent, la cour d'arbitrage admet toutefois la demande interjetée à l'encontre d'une autre société de celui-ci, au motif d'apprécier en l'espèce sa participation directe dans la relation contractuelle litigieuse. Comme le déclarera à juste titre DERAÏNS, « *C'est dire qu'il serait excessif de considérer que la signature d'une clause d'arbitrage par une société membre d'un groupe engage nécessairement toutes les sociétés du groupe; en revanche, il serait dans bien des cas tout à fait artificiel et contraire à la réalité économique de limiter pour des raisons purement formelles les effets de la clause d'arbitrage à la société qui l'a signée, lorsque, dans la pratique, d'autres sociétés membres du groupe ont été, au même titre que la société signataire, et parfois au-delà, les véritables acteurs (...). Pour que la clause d'arbitrage s'applique à une société du groupe, trois conditions alternatives doivent être remplies: la société doit avoir joué un rôle actif dans les négociations ou être concernée par l'accord au sein duquel figure la clause d'arbitrage. Ceci est dans la droite ligne de la décision rendue dans l'affaire n° 4131, bien que la sentence ici rapportée semble se contenter d'un rôle, actif il est vrai, dans la négociation du contrat, sans exiger une intervention dans l'exécution de ce dernier, voire sa résiliation, laquelle ne se présume que dans des cas d'espèces et n'est finalement qu'une facette de l'exécution du contrat, aussi paradoxal que cela puisse paraître. La société doit être concernée par l'accord au sein duquel figure la clause d'arbitrage. La formule est vague et son champ d'application paraît large. Une société peut être concernée activement ou passivement. Dans la première hypothèse, on rejoint le cas visé dans l'affaire n° 4131: la société qui négocie, exécute, résilie un contrat est concernée par ce contrat, elle le démontre par ses actes (...). La société doit avoir été représentée, effectivement ou implicitement. Ici, c'est la notion de mandat qui intervient. Il s'agira le plus souvent d'un mandat apparent* ». En revanche, dans la seconde, le tribunal arbitral rejette à juste titre la possibilité d'attaquer d'autres sociétés du groupe non signataires de la convention d'arbitrage après avoir amélioré – à notre avis – la doctrine antérieure, tout en soulignant désormais une idée principale: l'extension d'une telle clause à d'autres sociétés du groupe exige qu'elles aient joué un rôle actif dans la négociation du contrat ou, en d'autres termes, qu'elles soient directement impliquées dans son exécution (pp. 451-454). Comme le souligne à nouveau cet auteur, la jurisprudence arbitrale de la CCI « *a eu le mérite de dégager progressivement des critères permettant aux arbitres de s'affranchir d'un formalisme lié à la signature du contrat tout en respectant la sécurité des transactions, et de statuer à l'égard de tous ceux qui par leur participation ou leur comportement lors de la conclusion du contrat ou son exécution sont liés par la convention d'arbitrage sans l'avoir signée* ».

¹³ *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Tome III, pp. 569-579.



soumission à l'arbitrage de la CCI. Le même jour, la partie demanderesse souscrit avec cette défenderesse et la codéfenderesse n° 2 (société contrôlée majoritairement par la défenderesse n° 1), un accord tripartite en vertu duquel cette seconde codéfenderesse se substituait à la première d'entre elles dans l'exécution du contrat. Pour conclure, le codéfendeur n° 3 était une personne physique, ressortissant des Émirats Arabes Unis, propriétaire de la première défenderesse, qui avait avalisé la seconde vis-à-vis de tout défaut de paiement de celle-ci découlant de la relation contractuelle de distribution précitée.

La société française entame alors une procédure arbitrale à l'encontre des trois codéfenderesses précédemment mentionnées, suite au non paiement de certaines factures par la première d'entre elles. Ces dernières invoquent alors à l'unisson l'absence de compétence de la CIA, au motif que deux d'entre elles n'avaient souscrit aucune convention d'arbitrage.

Le Tribunal arbitral, amené à se prononcer sur sa propre compétence (dans une sentence partielle extrêmement fondée, d'ailleurs), tranche les deux questions ci-dessus énoncées de la manière suivante:

« Bien que la Convention tripartite entre la demanderesse et les défenderesses n° 1 et 2, ne se réfère pas spécifiquement à la clause compromissoire insérée dans le contrat de distribution exclusive et que le principe dit de la clause arbitrale par référence ne trouve pas ici sa place, le tribunal arbitral considère néanmoins que ladite clause est opposable à la codéfenderesse n° 2.

Il existe en effet entre la convention tripartite et le contrat de distribution exclusive un lien d'accessoire, ou encore un rapport de complémentarité permettant de déceler un ensemble contractuel unique assimilable à un contrat. Or, lorsque les parties ont voulu réaliser une opération unique au moyen d'une pluralité d'instruments, on peut considérer que leur volonté était de soumettre à la clause compromissoire contenue dans l'une des conventions tout litige lié à cette opération unique, y compris ceux pouvant résulter de la convention qui en est dépourvue.



Comme le soutient à juste titre L. AYNES (...), ce n'est pas violer l'article 1442 que d'admettre cette extension de la clause d'arbitrage à propos d'un groupe de contrats constituant un ensemble contractuel unique. Cette solution a, du reste, été retenue par la jurisprudence française, et l'on peut à cet égard, citer un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1996 qui a jugé que: (...) »

En effet, de par la loi émirienne, la distribution des produits ne pouvait qu'être confiée à un citoyen émirien, d'où la désignation, en tant qu'agent, de la défenderesse n° 1, laquelle, la demanderesse, ne disposait pas toutefois des ressources et des moyens matériels suffisants pour exercer cette fonction de distributeur, de sorte qu'il a fallu faire intervenir la défenderesse n° 2 (...).

Or, comme le relève le Professeur COHEN dans l'article précédent, le principe applicable au groupe de sociétés ne pourrait pas, sans plus, être transposé au groupe de contrats puisque dans ce dernier cas, il y a une pluralité d'accords, alors que dans l'hypothèse du groupe de sociétés, il y a une pluralité de parties mais une unicité de contrat (...).

Le tribunal constate toutefois, en l'espèce, l'existence simultanée d'un groupe de contrats et d'un groupe d'entreprises (...), Par ailleurs, la défenderesse n° 1 détient une participation de 51 % de la défenderesse n° 2, dont elle est aussi l'associée ou l'actionnaire dominant (...) ».

Pour conclure, s'agissant de la seconde question antérieurement indiquée (à savoir, s'il y avait lieu de poursuivre la personne physique ou défendeur n° 3, pour le simple fait d'être actionnaire de l'une des sociétés commerciales défenderesses et, au surplus, l'avaliste de la codéfenderesse n° 2), le tribunal conclut avec raison :

« Contrairement à ce que soutient la demanderesse, l'opposabilité de la clause d'arbitrage au défendeur n° 3 ne saurait reposer sur sa qualité de propriétaire de la



défenderesse n° 1 (...). Ce faisant la demanderesse confond deux problèmes, à savoir, celui de l'opposabilité d'une clause compromissoire à une personne qui ne l'a pas signée, et celui de la responsabilité de cette même personne en vertu du droit matériel applicable; mais, cette responsabilité n'est jamais en soi un motif suffisant permettant d'étendre les effets d'une clause arbitrale à une personne qui ne l'a pas signée, en l'espèce, à l'actionnaire dominant de l'entité signataire, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence française, qui a toujours recherché si une telle extension pouvait se justifier par la volonté, au moins implicite, des parties ».

En somme, les arbitres se fondent sur la jurisprudence de la Cour de cassation et dissocient clairement les questions de droit matériel, d'une part, et celles de droit de la procédure, de l'autre, pour trouver un juste équilibre entre le respect de la volonté des parties qui avaient voulu se soumettre à l'arbitrage en souscrivant la clause compromissoire, et l'exigence de rendre justice, en évitant que ces mêmes parties, qui avaient initialement signé cette convention, n'échappent par la suite à la juridiction arbitrale ou provoquent des contentieux parallèles lorsqu'en l'espèce leur participation active dans les faits litigieux avait été clairement démontrée. C'est pourquoi le tribunal rejette, en revanche, l'intervention du défendeur n° 3 ou actionnaire du groupe, compte tenu du fait qu'une telle condition – cela va sans dire – ne permet pas de le considérer partie à un contrat conclu par la société commerciale dont il est le propriétaire légitime (de quoi servirait alors le principe de la personnalité morale ?), *a fortiori* lorsqu'il n'a eu aucune intervention dans la souscription, l'exécution et/ou la résiliation de celui-ci.

III. La position des tribunaux

Comme nous l'avons exposé précédemment, les tribunaux français – notamment la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation – ont établi, avec la CIA, une doctrine



jurisprudentielle très claire: la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle ou, en d'autres termes, « *son caractère accessoire et indissociable du contrat explique qu'elle ait la même faculté de circulation que les autres stipulations de celui-ci, et qu'elle ne puisse être séparée des autres dispositions régissant la créance litigieuse en cas de cession de celle-ci. D'autre part, sa dimension juridictionnelle justifie qu'elle puisse être dissociée du contrat où elle est insérée pour tout ce qui a trait à son existence, à sa validité et à sa force obligatoire, c'est-à-dire, à son efficacité* ». D'autre part, lorsque nous nous trouvons face à un groupe d'entreprises, il convient d'apprécier, selon les tribunaux français, l'intervention concrète des sociétés qui en font partie dans la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat (tout au début ou ultérieurement), et, bien entendu, parvenir à la démontrer. En somme, « *c'est moins l'existence d'un groupe que la considération de l'intention réelle des parties qui fonde la décision, dans la voie arbitrale comme judiciaire* »¹⁴.

Le cercle est ainsi définitivement bouclé: ceux qui sont parties au contrat soumis à arbitrage peuvent être attirés devant un tribunal arbitral (par sa souscription ou par le fait d'avoir assumé la condition de partie au contrat selon l'une des formes prévues par le droit matériel), mais également ceux qui doivent être effectivement considérés en tant que tels, en raison de leur participation concrète dans les faits litigieux (avec ou sans fraude de leur part).

De surcroît, l'ignorance « raisonnable » de l'existence de la clause d'arbitrage est désormais de plus en plus insignifiante, face à la jurisprudence initiale de nos tribunaux¹⁵:

¹⁴ MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^e Edición, pp. 1298-1299.

¹⁵ De nombreuses notes de jurisprudence peuvent être lues dans plusieurs numéros que la *Revue de l'Arbitrage* a consacrés à ce sujet. Parmi les plus récentes, nous recommandons vivement la lecture d'une étude de COHEN (Revue n° 4 de l'année 2001, pp. 767 et suivantes) dans laquelle cet auteur affirme littéralement que: « *L'analyse de l'arrêt rapporté – qui aura l'honneur du Rapport annuel - par lequel la Cour de cassation énonce que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle (...). Sitôt posé, le principe de transmission trouve cependant une apparente limite quant à son applicabilité: sa mise à l'écart est en effet possible en cas de preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause. Balayant le motif inopérant retenu par la Cour d'appel et tiré de l'absence d'acceptation de la clause d'arbitrage par la partie à l'autre extrême de la chaîne de contrats, les hauts magistrats ont sans doute voulu modérer une position par trop automatique. Mais est-ce possible ? Est-ce suffisant ? On peut légitimement en douter tant cette réserve de l'ignorance n'est pas dépourvue d'une certaine ambiguïté. D'une part, cette réserve cadre mal et paraît même antinomique avec la justification avancée de la transmission de la clause d'arbitrage – la clause se transmet avec l'action contractuelle objectivée et détachée des contingences d'espèce: dès lors que l'action contractuelle se transmet in abstracto, comment faire réserve in concreto de l'ignorance raisonnable de*



« Qu'il [le cessionnaire] s'adresse au cédant et engage la responsabilité de celui-ci, le cas échéant ! », comme l'a même suggéré un auteur!¹⁶. De manière identique, en Suisse, les tribunaux semblent accueillir cette doctrine de nos jours, où même « *par prudence, il convient de partir de l'idée, excessive mais préventive, que la présomption d'avoir accepté l'arbitrage comme système de résolution des conflits pèse sur chacun* », au point que « *l'histoire semble se répéter mais à l'inverse. La signature devient nécessaire, mais pour la déclaration excluant la clause d'arbitrage* »¹⁷. Affirmations sans doute exagérées – comme le reconnaît leur auteur –,

l'existence de la clause ? Le mélange des genres étonne (...). Enfin, sur le terrain de la preuve, la réserve posée par l'arrêt semble inadéquate: quant à son objet, la preuve d'un fait négatif (prouver son ignorance ! et montrer qu'elle est raisonnable !) s'avère toujours complexe (...) ». Pour le reste, quelques années auparavant (en avril 2002), la Cour d'appel de Paris admettait qu'une clause d'arbitrage avait été transmise à travers un transfert d'avoirs (*Revue de l'Arbitrage*, n° 1/2003, pp. 150-160) et la propre Cour de cassation, dans son arrêt du 6 février 2001 (*Revue de l'Arbitrage*, n° 4/2001, pp. 765 et suivantes), cassait un arrêt de la propre Cour d'appel de Paris de 1998 qui n'admettait pas l'opposabilité d'une clause compromissive au motif qu'elle n'était pas connue de l'une des parties défenderesses.

¹⁶ Comme manifesté par cet auteur dans son commentaire de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 septembre 2003 (*Revue de l'Arbitrage*, n° 3/2004, pp. 623 et suivantes). En l'espèce, une cession de créance avait eu lieu, et la convention d'arbitrage avait été transmise avec elle. D'après cet auteur, « *le cessionnaire est, à l'égard du cédé, dans la même situation que le cédant. C'est pourquoi les tribunaux ont raison de ne pas vérifier s'il a consenti spécialement à la clause compromissive. Il ignorait l'existence même de la clause ? Qu'il s'adresse au cédant et engage la responsabilité de celui-ci, le cas échéant. Il n'y a là aucune atteinte à la relativité de l'effet obligatoire des contrats: l'objet et l'effet de la cession de créance, ou du contrat, sont de faire entrer un tiers, le cessionnaire, dans la relation contractuelle nouée par le cédant avec le cédé* ».

¹⁷ VULLIEMIN (Jean-Marie), *La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral vs convenio arbitral?*, *Spain Arbitration Review*, n° 5/2009, p. 69. Concrètement, cet auteur nous illustre dans cet article sur le contenu de l'une des dernières décisions rendues par le tribunal fédéral suisse, le 16 octobre 2003, de la manière qui suit: « *un contrat de travaux retient trois parties libanaises pour la construction d'un complexe industriel au Liban. Il contient une clause d'arbitrage. Puis le litige surgit et la demanderesse dirige sa demande à l'encontre des deux autres parties au contrat, ainsi qu'à l'encontre d'une personne physique, entrepreneur libanais. Certes, ce dernier n'est pas partie au contrat de travaux; or la demanderesse allègue que ce tiers est intervenu de façon constante dans l'exécution du contrat de travaux. Le tribunal arbitral, siégeant à Genève, admet sa compétence vis-à-vis de l'entrepreneur libanais en appliquant le droit libanais, et celui qui l'a inspiré, le droit français. D'ailleurs, l'entrepreneur libanais avait apporté les terrains à une société contrôlée par sa famille et titulaire du permis de construire, il avait financé les sociétés défenderesses et s'était impliqué personnellement et de façon particulièrement visible dans la présentation du projet immobilier à la presse et au public. Le tribunal arbitral admet sa compétence vis-à-vis de cet entrepreneur, mais ces circonstances ne suffisent pas encore, en soi, pour le rendre partie à l'arbitrage: « Le facteur déterminant est son intromission volontaire et évidente: non seulement dans la direction des défenderesses quant à la gestion du projet immobilier, mais également dans la propre exécution du contrat de travaux litigieux (...). En définitive, il serait contraire aux normes de la bonne foi, lesquelles régissent les relations commerciales internationales, qu'une personne physique qui est intervenue de manière constante et réitérée dans l'exécution d'un contrat puisse, à un moment donné, se retrancher derrière la ou les personnes morales signataires de ce contrat, et nier d'être liée par ses clauses, notamment par la clause d'arbitrage prévue dans celui-ci. Dans de telles conditions, la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat doit être personnellement étendue à l'entrepreneur ». L'entrepreneur libanais attaque la sentence devant le Tribunal fédéral, qui rejette le recours. Il convient de mentionner le fondement suivant, devenu célèbre: « (...) dans un certain*



mais qui permettent de mieux comprendre la nouvelle philosophie qui s'impose, et que la Cour de Justice de la CEE a poussé jusqu'à admettre l'opposabilité d'une clause d'arbitrage à un tiers, lorsqu'« *en vertu du droit national applicable, le porteur du titre succède au chargeur dans ses droits et obligations* »¹⁸.

Quant à la jurisprudence espagnole, malgré l'évolution qu'elle a subi ces derniers temps (sous l'influence de notre législateur qui encourage de plus en plus la discipline arbitrale, comme le démontrent les dernières réformes en cours), elle demeure toujours prisonnière, en termes généraux, de vieux axiomes doctrinaux (souvent contestables pour les raisons auparavant énoncées), comme par exemple lorsqu'elle affirme, sans autre raisonnement, que la convention d'arbitrage « *ne pourra déployer ses effets que vis-à-vis des parties qui l'auront souscrite, ses effets contraignants ne pouvant être étendus à des tiers qui ne sont pas intervenus dans cette convention* », tout particulièrement à l'égard du codéfendeur contre lequel est exercée « *l'action en responsabilité spécifique de l'administrateur visée à l'article 105 de la LSRL*¹⁹ (loi espagnole relative aux sociétés à responsabilité limitée), *pour faire jouer sa responsabilité personnelle solidaire aux côtés de la société débitrice* »²⁰ ; dans une action

nombre d'hypothèses, comme la cession de créance, la reprise (simple ou cumulative) de dette ou le transfert d'une relation contractuelle, le Tribunal fédéral admet depuis longtemps qu'une convention d'arbitrage peut obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée et qui n'y sont pas mentionnées (...). Le libéralisme qui caractérise la jurisprudence fédérale relative à la forme de la convention d'arbitrage en matière d'arbitrage international se manifeste également dans la souplesse avec laquelle cette jurisprudence traite le problème de la clause arbitrale par référence (...). Pour le surplus, il a déjà été jugé, toujours dans la même optique et de manière plus générale que, en fonction des circonstances, un comportement donné peut suppléer, en vertu des règles de la bonne foi, à l'observation d'une prescription de forme ».

¹⁸ Arrêt de la CJCE du 9 novembre 2000 (C-387/98).

¹⁹ "Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada" ou "loi des sociétés en responsabilité limitée".

²⁰ Arrêt de la Cour d'Appel de Barcelone du 1^{er} février 2003 (JUR 2004\14182) : « *Tel que nous l'avons signalé dans une affaire similaire à la présente, la convention d'arbitrage ne pourra déployer ses effets que vis-à-vis des parties qui l'ont souscrite, et ses effets contraignants ne pourront pas s'étendre à des tiers qui ne sont pas intervenus dans sa souscription, en l'espèce le codéfendeur à l'encontre duquel est dirigée l'action en responsabilité spécifique de l'administrateur visée à l'article 105.5 LSRL (...). Par conséquent, si (a) la convention d'arbitrage ne lie pas ledit défendeur (qui n'a pas souscrit le contrat), (b) il n'y a pas lieu non plus, d'inclure la prétention interjetée à l'encontre de l'administrateur, fondée sur l'inexécution de ses devoirs légaux de gestion sociale et (c) aucune action en Justice n'a été incorrectement cumulée dans la demande, le litige doit demeurer dans la sphère juridictionnelle, sous peine de diviser la matière litigieuse si la déclaration de l'existence de la dette sociale, hypothèse de la prétention adressée à l'encontre de l'administrateur, était renvoyée à une instance arbitrale ».*



découlant d'une faute extracontractuelle à l'encontre du propriétaire d'un local²¹ ou, encore, dans une demande de levée du voile social²². C'est pourquoi, concluent nos tribunaux, il faudra, dans de telles hypothèses, rejeter la compétence des arbitres afin d'éviter la division de l'examen des faits litigieux ou, pire encore, émettre uniquement une sentence partielle sur l'action ou les actions concrètes relevant du champ de la compétence des tribunaux de justice, sans examen des actions relevant de la compétence stricte de la justice arbitrale²³.

En conclusion, la jurisprudence espagnole refuse ouvertement qu'un arbitre puisse connaître d'actions à l'encontre d'un tiers dans une question intimement liée au contentieux soumis à l'arbitrage²⁴ (ce qui peut être certes une question controversée), mais également

²¹ Arrêt de la Cour d'Appel de La Corogne du 24 février 1999 (AC 1999\3930) : « *Le second moyen allégué par la requérante doit également être rejeté, puisqu'il est le corollaire du précédent, car s'il est vrai que la juridiction compétente pour connaître des litiges sur la responsabilité patrimoniale des administrations publiques est, effectivement, la juridiction du contentieux administratif, il existe cependant d'autres motifs qui signalent la primauté de l'ordre juridictionnel civil lorsque les défendeurs sont l'Administration et un tiers, pour éviter un division de la matière litigieuse (Arrêts du Tribunal Supremo [Cour de cassation] du 8 mai et du 15 septembre 1998, RJ 1998\3708 et 6472). Ceci dit, en l'espèce, la partie demanderesse exerce deux actions indépendantes et cumulées, l'une découlant de la responsabilité contractuelle de l'entité bailleuse du local qui, comme nous l'avons vu précédemment, doit être tranchée dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, et l'autre découlant d'une faute extracontractuelle et introduite à l'encontre du propriétaire dudit local, la Municipalité de Ferrol; l'examen des faits litigieux n'est donc pas divisé et la juridiction civile n'est pas compétente dans la mesure où la décision de fond n'affectera que cet organisme public. La juridiction administrative est donc l'unique juridiction compétente pour connaître de l'action introduite, comme le souligne le jugement attaqué, qu'il y a lieu de confirmer dans son intégralité ».*

²² Arrêt de Cour d'Appel de Gérone du 14 février 2002 (JUR 2002\125253) : « *D'autre part, du fait de l'existence de deux parties défenderesses, et indépendamment de l'éventuelle identité réelle sous-jacente entre celles-ci, si l'une d'elles accepte de se soumettre à la juridiction ordinaire (qu'elle a invoquée tout en soulevant la question de compétence territoriale pour souligner la clause de soumission expresse aux tribunaux de Gérone, face à l'autre partie défenderesse qui prétend, en revanche, faire valoir la soumission à l'arbitrage), nous nous trouvons devant une procédure où la partie demanderesse et l'un des codéfendeurs allèguent la compétence juridictionnelle pour trancher le litige, et où l'autre codéfendeur invoque par contre, la clause d'arbitrage. Face à cette divergence et l'impossibilité de diviser la matière litigieuse, il y a lieu de considérer que l'arbitrage est un système alternatif de résolution des conflits face au système général ou commun assuré par les tribunaux de Justice; raison pour laquelle nous devons conclure, en l'espèce, que la procédure a été dûment suivie par devant ces tribunaux, et rejeter le moyen unique du recours interjeté par la partie défenderesse AREA DE SERVEI SANTA SECLINA S.A ».*

²³ Arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 1994 (RJ 1994\2975) : « *La validité de la soumission à l'arbitrage à des matières sur lesquelles porte le contrat est pleinement valable et une telle validité ne saurait lui être niée en donnant une version des faits autre que celle déclarée et prouvée en instance et en niant ainsi l'efficacité du contrat (...). Il n'est pas possible de déroger à la compétence en raison de la matière même par la voie procédurale du cumul des actions; et un organe judiciaire ne peut connaître de ce qui lui serait interdit si les actions avaient été introduites séparément (arrêt du 9 septembre 1991, RJ 1991\6050).*

²⁴ YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje*, Valencia, 2004, p. 418, affirme à ce sujet qu'« *aucun doute ne devrait poser le fait que l'arbitre est compétent parce que les parties qui souscrivent la convention d'arbitrage lui attribuent ad causam sa compétence et, par conséquent, que le tiers*



d'autres hypothèses où la partie défenderesse est bien celle qui a acquis la condition de partie au contrat en vertu des normes de droit matériel²⁵.

Toutefois, une certaine évolution de cette doctrine semble s'imposer progressivement, tout particulièrement grâce à l'arrêt de la Cour d'Appel de Madrid du 17 novembre 2005, prononcé à l'encontre, précisément, d'une sentence rendue par la CIA²⁶. Tout particulièrement, une procédure d'arbitrage avait été engagée par devant cette Cour contre plusieurs parties (dont l'une d'elles n'avait pas signé de clause compromissoire), et ladite Cour condamne finalement l'un des codéfendeurs en vertu de la doctrine de la levée du voile social. Saisie d'un recours en annulation, la Cour d'Appel de Madrid rejette ce dernier (formé sur le fondement de l'article 45.5 de l'ancienne loi espagnole sur l'arbitrage, par son caractère prétendument contraire à l'ordre public), tout en affirmant littéralement que:

« Le concept de sentence contraire à l'ordre public doit être interprété au regard des principes de notre Constitution et, d'après la décision de la Cour Constitutionnelle du 43/1986 du 15 avril 1986, il exige pour qu'il puisse être dûment invoqué une atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés publiques garanties constitutionnellement à travers l'article 24 de la Constitution espagnole (...). Il n'y a pas lieu de considérer, comme le prétend le recours, que l'interprétation à laquelle parvient la sentence arbitrale, selon laquelle le requérant M. Rafael était partie au contrat dans lequel figurait la convention d'arbitrage, est contraire à l'ordre public, conclusion à laquelle elle parvient à travers l'application de la théorie de la levée du voile sociale, dans la mesure où cette conclusion repose sur les preuves produites lors de la procédure arbitrale, qui démontrent que la

qui n'a pas souscrit la clause compromissoire ne pourrait donc être appelé par cet arbitre au procès arbitral. En revanche, cette possibilité est ouverte dans une procédure judiciaire, parce que le juge étatique tient sa compétence de l'État et qu'elle s'étend à tout justiciable dans la mesure où cette origine, naissance ou nature (de la juridiction) est étrangère à la volonté des parties. En tout état de cause, une telle prétention de l'arbitre exigerait que le tiers s'y prête volontairement.»

²⁵ Voir l'intéressante décision de Cour d'Appel d'Avila du 6 septembre 1995 (citée dans le livre de LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de Diciembre*, 2004, pp. 152-153), qui tranche un cas de succession procédurale dans le cadre d'une procédure d'arbitrage (et donc différent de ceux que nous analysons dans cette étude).

²⁶ ALONSO PUIG, *Recepción del Arbitraje comercial internacional en España. Experiencias derivadas de la nueva Ley de Arbitraje española. Problemas sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales*, "El Arbitraje internacional: cuestiones de actualidad", AAVV, Barcelona, 2009, pp. 179-181.



société Energía y Secado S.A., signataire du contrat du 2 juin 2000, était un simple instrument aux mains du requérant, compte tenu de son patrimoine tout à fait insuffisant, de son caractère d'associé quasi-exclusif de celle-ci et de sa condition d'administrateur de ladite société, ce qui a amené les arbitres à considérer que ladite société était un simple instrument aux mains de M. Rafael (...). Selon le second moyen de nullité, les arbitres auraient tranché des questions non soumises à leur décision, et auraient de ce fait excédé leurs compétences, cause de nullité visée à l'article 45 de la loi espagnole relative à l'arbitrage, au motif que M. Rafael n'était pas partie au contrat du 2 juin 2000, étant donné qu'il était intervenu dans le contrat dans lequel était insérée la clause d'arbitrage en sa condition d'administrateur et représentant légal d'Energía y Secado S.A. (...). La nouvelle loi espagnole relative à l'arbitrage 60/2003 reconnaît dans son article 22 la faculté des arbitres de se prononcer sur leur propre compétence, voire sur les exceptions liées à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ou sur toute autre question dont l'admission empêcherait d'analyser le fond de l'affaire (...). Dans ce même ordre d'idées, il convient d'insister sur le fait que la substitution de la fonction juridictionnelle de l'État par la juridiction privée convenue par les parties qui se soumettent à un arbitrage, ne saurait être empêchée ou entravée par une interprétation restrictive contraire à la logique la plus raisonnable et à la propre initiative des parties qui ont décidé de résoudre leurs différends dans une procédure arbitrale, tout en permettant l'exercice d'une action en nullité qui prétend, en réalité, contester le bien-fondé juridique de la sentence arbitrale à laquelle s'oppose la partie requérante (...). Il ressort de l'extension et du contenu de la clause d'arbitrage que l'accord portait sur toutes les questions litigieuses pouvant surgir entre les parties au contrat; par conséquent, il y a lieu de considérer que lorsque les arbitres, en vertu de la convention d'arbitrage, ont statué que le contrat a été signé par M. Rafael en sa qualité de personne physique et non seulement en tant que simple administrateur ou représentant de l'entité Energía y Secado S.A., ils n'ont pas excédé leurs fonctions, étant donné qu'ils ont tranché le litige dont ils ont été saisis par les parties en vertu de la convention d'arbitrage, puisque l'un des différends soulevés pendant la procédure d'arbitrage était l'intervention



de M. Rafael dans le contrat; les arbitres, conformément à ce que les parties avaient convenu dans le cadre des différends dont ils avaient été saisis par celles-ci, et en vertu de leur propre compétence, se sont donc prononcés sur ces prétentions, étant donné que les questions et différends soumis à arbitrage étaient tous ceux qui pouvaient surgir entre les parties au contrat. Connaître si M. Rafael était ou non partie à ce contrat constituait donc une question intimement liée au contrat, et devait de ce fait être tranchée au cours de la procédure d'arbitrage ».

Ainsi, la Cour d'Appel de Madrid, contrairement à la doctrine traditionnelle espagnole, admet pour la première fois en Espagne qu'un tribunal arbitral puisse se prononcer vis-à-vis d'une partie qui n'a pas souscrit une convention d'arbitrage, conformément au célèbre principe de *Kompetenz Kompetenz* et considère – à juste titre selon nous – qu'à travers la levée du voile social, les arbitres ne font que se prononcer, en fin de compte, sur toutes les questions qui ont été soumises à leur juridiction, et qui découlent de ladite convention.

IV. Conclusion

En guise de conclusion finale, nous estimons que loin de pouvoir être critiquées, les décisions que nous venons d'analyser doivent être applaudies d'un point de vue théorique mais surtout pratique, dans la mesure où elles contribuent à résoudre efficacement de nombreux conflits de juridiction qui ne font qu'augmenter en raison de la mondialisation de l'économie ainsi que de la complexité croissante de nombreux contrats.

D'un point de vue théorique, en effet, une étude attentive des cas que nous venons d'analyser révèle que nous ne pouvons plus parler de « tiers » au sens procédural du terme, mais tout au plus de sujets initialement étrangers à la souscription d'une convention



d'arbitrage qui, par la suite, en vertu de normes de droit matériel²⁷, sont devenus de vraies parties au contrat. Tel est le cas, par exemple, d'une cession de contrat ou d'une succession de contrats dans le cadre d'une opération de fusion par absorption (parmi tant d'autres exemples qui pourraient être cités). C'est pourquoi, d'ailleurs, nous avons préféré d'utiliser le principe de « partie initialement non signataire de la convention d'arbitrage », plutôt que celui de « tiers », c'est-à-dire, de personne morale ou physique étrangère à cette dernière.

Toutefois, nous devons admettre que certains cas peuvent s'avérer plus douteux, tout particulièrement lorsqu'un tribunal arbitral ne se prononce pas au regard de celui qui est partie au contrat, *stricto sensu* (quel qu'en soit le motif), mais au regard de celui qui, n'ayant pas acquis une telle qualité selon les normes de droit matériel, a eu toutefois une intervention décisive dans les faits comme, par exemple, dans l'hypothèse précédemment analysée par la Cour d'Appel de Madrid. Ceci dit, il existe de multiples raisons qui justifient l'intervention des arbitres dans ces hypothèses (éviter des contentieux parallèles, par exemple) et, entre elles, la plus importante: éviter l'immense préjudice que peut subir la partie qui a vu rejetées devant les tribunaux ses prétentions à l'encontre d'une pluralité de défendeurs en raison de l'existence d'une clause compromissoire signée par l'un d'entre eux et, ultérieurement, par ces mêmes motifs, par un tribunal arbitral, sous prétexte maintenant que la convention ne lie que celui qui l'a souscrite, se voyant ainsi confrontée à un vrai déni de Justice^{28 29}.

²⁷ Pour une analyse des différentes hypothèses qui peuvent justifier une extension des effets de la convention d'arbitrage à des sujets initialement non signataires de celle-ci, voir l'ouvrage de MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral, op. cit.*, pp. 1288 et ss. Après avoir souligné, à juste titre, qu'il s'agit d'une question difficile qui devra être tranchée au cas par cas, ces auteurs signalent également que toutes ces hypothèses se réduisent à deux grands groupes, comme exposé précédemment: des cas où « l'intervention de plusieurs parties obéit à une situation de connexité ou de dérivation de la propre position des parties (il s'agit des cas typiques de sous-traitance, de cession de contrat et de cautionnement ou garantie, lesquels ne constituent pas en réalité une pluralité de parties au sens strict) » et « d'autres cas réellement plus complexes, où la pluralité de parties dans un arbitrage découle de relations matérielles de différents contrats, dans le cadre d'une vaste opération; ou verticalement, d'une participation dans la mise en œuvre ou l'exécution des différents contrats souscrits; ou d'une combinaison des deux ».

²⁸ Selon Luis CABALLO ANGELATS, *El tratamiento procesal de la excepción de Arbitraje*, Barcelona, 1997, pp. 48-49, « l'échec de l'arbitrage n'empêche pas les tribunaux de connaître intégralement du litige, même s'ils ont rendu auparavant des décisions que établissent l'obligation d'y recourir ». Ceci dit, une telle possibilité nous semble difficile lorsqu'une décision admettant un déclinatoire de compétence devient définitive, et qu'un tribunal arbitral refuse par la suite de connaître de ce même litige dont la juridiction ordinaire s'était antérieurement dessaisie. Par ailleurs, il nous paraît encore plus difficile, comme le signale à juste titre cet auteur, que « la responsabilité



En effet, comme le souligne la jurisprudence arbitrale susvisée de la CIA, il ne s'agit pas – loin de là – d'attirer de manière indiscriminée toute personne, physique ou morale, qui n'était pas partie initialement à la convention d'arbitrage (la prudence s'impose, dans ces cas-là³⁰), mais uniquement celle ou celles (*a fortiori*, lorsqu'il s'agit de groupes d'entreprises) qui ont eu une intervention décisive dans les vicissitudes de la relation contractuelle. Par conséquent, comme le souligne à juste titre la Cour d'Appel de Madrid, les arbitres se prononcent en l'occurrence conformément à ce qui a été convenu par les parties, sur les questions qui leur ont été soumises dans le cadre de la procédure arbitrale, conformément à leur propre compétence, et ne font que trancher leurs prétentions, les mêmes – faut-il ajouter –, qu'elles ont désiré soumettre lors de la signature de la convention d'arbitrage. En effet, faut-il conclure que les parties, lors de la stipulation de ladite convention, voulaient écarter, par exemple, dans le cadre d'un futur arbitrage, l'éventuel exercice d'une action de levée du voile social permettant à celui qui a exécuté de bonne foi le contrat, d'obtenir ensuite une résiliation

patrimoniale de l'Etat puisse être exigée » (du moins avec succès, en raison des nombreux obstacles que notre législateur établit à cet effet) si les tribunaux refusent ultérieurement de connaître de ce litige.

²⁹ Comme le décrivent MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral, op. cit.*, p. 1303, « une conception plate de l'arbitrage, qui relativise ses effets aux parties strictement liées par une seule convention, se heurte à la réalité des transactions commerciales du monde actuel où les contrats complexes avec une pluralité de parties, nécessairement impliquées dans un projet commun, constitue une réalité qui n'a pas besoin d'être relevée ».

³⁰ Comme le signale à juste titre ALONSO PUIG, *Recepción del Arbitraje comercial internacional en España. Experiencias derivadas de la nueva Ley de Arbitraje española. Problemas sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales, op. cit.*, p. 181, « il est prévisible et souhaitable de continuer d'avancer dans cette direction: i) pour mieux définir et délimiter les hypothèses où il y aura lieu d'admettre l'extension de la convention d'arbitrage à celui qui ne l'a pas souscrite (lesquelles devront généralement se limiter aux cas où il a été établi que celui qui n'a pas signé la convention d'arbitrage est cependant celui qui a réellement assumé le rôle de partie dans la préparation, la souscription et l'exécution du contrat); et (ii) pour éviter ainsi, d'une part, l'incertitude qui existe aujourd'hui dans la matière, et de l'autre, que des abus soient commis sous le parapluie de l'une de ces théories; par exemple, l'abus que constitue le fait d'imposer automatiquement à une société mère une soumission à arbitrage par le simple fait de sa participation naturelle dans l'actionnariat de l'une de ses filiales qui aura souscrit une convention d'arbitrage ». De manière identique DIMOLITSA, *Constestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage*, "Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI", Vol. 7/Nº 2, 1996, pág. 18, affirme à juste titre que "l'on pourrait dire que c'est avec beaucoup de circonspection et consciente des besoins et de la raison d'être même des groupes de sociétés que la Cour tente une levée prima facie du voile social et applique l'art. 8.3, au lieu de confirmer l'application de l'art. 7, selon les circonstances précises de chaque affaire et sur la base de critères plutôt stricts et homogènes; et que c'est de toute façon aux arbitres qu'incombe, pour chaque cas particulier, l'examen approfondi et minutieux des circonstances, car ce sont eux qui ont la charge principale de la décision sur l'existence subjective de la convention d'arbitrage".



utile de ce dernier (en termes d'exécution, bien entendu) face à un cas de fraude ou d'abus de droit manifeste de la partie contraire?

Dès lors, si la réponse à cette question s'avère négative, nous estimons que des doctrines comme celles qui ont été analysées dans la présente étude contribuent à mieux comprendre l'institution de l'arbitrage ; à dépasser des théories construites sur des axiomes inexacts mais, surtout, à offrir des solutions pratiques (qui devraient, certes, faire l'objet d'une intervention législative en profondeur³¹) aux justiciables, dans un contexte d'une mondialisation croissante de notre économie, qui exige des réponses efficaces, rapides et imaginatives, face à la multitude de formules contractuelles qui surgissent de nos jours.

³¹ Comme l'indiquent également MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral, op. cit.*, p. 1310, « une action idéale est difficile à discerner dans l'état actuel de l'arbitrage multipartite. Dans la ligne de ce qui a été exposé, l'effort devrait peut-être être combiné: consolidation ou cumul d'abord, à caractère conventionnel et au niveau des règlements institutionnels, et accroissement logique des pouvoirs des arbitres et de l'autorité de désignation; cumul judiciaire supplétif ensuite, sur la base d'une action législative résolue qui respecte les principes fondamentaux et les valeurs de l'arbitrage ».



Principles of Bulgarian Civil Procedure Law

Valentina Popova

Ph.D. Associate professor on Civil Procedure at Sofia University St. Kliment Ohridski.

Associate professor on Civil Procedure at the South Western University Blagoevgrad

Abstract: The paper analysis the basic features and general principles of the Bulgarian civil procedure.

Keywords: Bulgaria. Civil Procedure. Principles.

I. The definition of principles under Bulgarian legal doctrine and its regulation under Bulgarian law

Art. 46 of the Act on Normative Acts (ANA) and Part *One General Rules*, chapter two *Fundamental principles* of the Code of Civil Procedure (CCP) have proclaimed that *legal principles are the basis of law*. The terms “fundamental rules” and “principles” are used as synonyms in both theory and practice. This view, i.e. that they are not only theoretical principles or governing legal ideas, but also *basic governing legal norms*, is well established.¹

¹ See J. Stalev, *Balgarsko grajdansko procesualno pravo*, seventh ed., pp. 88–90; J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *Balgarsko grajdansko procesualno pravo*, eighth ed. pp. 90–92 (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out under the co-authorship of J. Stalev and A. Mingova); V. Popova, *Civil procedure, Bulgaria*, I, Kluwer, 2007, para 50; O. Stamboliev, ‘The civil procedure’s principles’, *Legal thought*, 2008, issue 1, pp96-97; R. Ivanova, B.Punev, S. Chernev, *Commentary on the New Civil Procedure Law* (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova), p. 22; there is an isolated position laid down in the new legal literature with respect to the principles according to which “the civil procedure’s principles (the fundamental principles) are basic guiding ideas on the premise of which sets of legal norms are being build up” and that they are not basic guiding legal norms (see L. Kornezov, *Civil Procedure – I Claims Proceedings*, 2009, pp. 106 – 108);



With the new CCP from 2007, and more precisely with the abovementioned chapter two, entitled *Fundamental principles*, for the first time in the development of the Bulgarian civil procedure legislation the legislator proclaimed certain legal principles explicitly, aiming their comprehensive listing² The following nine principles are explicitly proclaimed in the said chapter of the new CCP: lawfulness (Art.5); dispositive principle (Art. 6); ex officio principle (Art. 7); adversarial principle (Art. 8); equality of the parties (Art. 9); ascertaining of the truth (Art. 10); Publicity and Immediacy (Art. 11); Inner Belief (Art. 12); Examination and Adjudication of Cases within Reasonable Time (Art. 13).

According to the legal literature these principles – oriented approach is borrowed by the French NCPC and the new Swedish CCP and actually this is the contemporary tendency in the development of procedural law³. Nevertheless, it is not quite sure if the legislator succeeded in the thorough regulation of the civil procedure principles. In my opinion, to avoid public discontent, the legislator intentionally did not proclaim the so-called in the theory and the practice “concentration rule” (see para XI of this article). There is also a reason in the view that by some of the principles the legislator has actually laid down purposes of the law as well as some technical norms⁴. Besides, some legal writings point to the fact that the content of the explicitly proclaimed civil procedure principles in the new CCP is wholly identical to the principles of the repealed CCP⁵. There is an impression that the phrasing of the newly proclaimed principles is directed mostly towards the action proceedings.

Since these legal principles form basic and governing legal norms, they are important for the legislative activity and the application of law. In the legislative activity, they determine the content of the legal institutes and the content of whole sets of legal norms, and due to that, the following problem arises: the legal principles should be observed in the course of changing the law or be altered if the legislator changes the governing legal ideas or objectives. The

² During the operation of the repealed CCP there were principles that were explicitly proclaimed as well as legal principles, expressed implicitly through the content of a set of norms at the core of which is the relevant legal principle (see V. Popova, *Civil Procedure*, Bulgaria, first ed., para 50 and cited literature there);

³ See R. Ivanova, B. Punev, S. Chernev, op. cit., pp. 22- 23; L. Kornezov, *op.cit.*, pp. 104-106;

⁴ See R. Ivanova, B. Punev, S. Chernev, op. cit., p. 26; L. Kornezov, *op.cit.*, pp. 106-108;

⁵ See L. Kornezov, *op.cit.*,p. 108;



categorization of the principles, depending on whether they are laid down in the Constitution⁶ or in procedural law, is of great practical importance for legislative activity. The legal institutes and the individual norms, as well as the legal principles in the procedural law have to comply *with the legal principles proclaimed by the Constitution*. Otherwise, the CC declares them unconstitutional⁷. If the legal principle is laid down in the procedural law, its legislative change demands the repeal or amendment of separate legal norms or whole legal institutes, or the establishment of new ones. As for the application of law, the legal principles serve as the basis for interpreting and filling in the gaps in the operative legislation (Art. 5 of the CCP). This general characteristic is valid for all legal principles, including the principles of civil procedure. Moreover, it should be mentioned that, due to the close functional connection between civil procedure and substantive law, and the protective role the latter has regarding this procedure, a change in the substantive law's legal principles frequently necessitates a legislative change in the principles of civil procedure as well.

Civil procedure is set upon a system of legal principles. Each principle has its own place in this system and becomes effective in its interaction with the other principles of the system. Moreover, a principle can constitute a guarantee of the application of another principle or a restriction of the application of third one. Furthermore, sometimes the legislator considerably changes the balance among the separate principles. It is a typical occurrence for the period

⁶ The Constitution proclaims the following principles: lawfulness (Art. 4(1), Art. 117(2) C), independence of the court (Art. 117(1) C), the right of the parties to participate in all stages of the proceedings (Art. 122(1) C), equality of the parties and adversary principle (Art. 121(1) C), ascertaining the truth (Art. 121(1) C), right to defense throughout the stages of the proceedings (Art. 122(2) C) and publicity in the hearing of cases (Art. 121(3) C).

⁷ With CC's Decision № 3 of constitutional case № 2/ 2008 (SG 63/ 2008) the CC proclaimed the unconstitutionality of the norm of Art. 84 (1), item 1 of the CCP in its content after being amended with the AA of the CCP (SG 50/ 2008). Initially, the text of this provision, published in SG 59/ 2007, was to the effect that payment of a court fee should be waived for the State and the government institutions, except in actions for private claims of the State and rights to chattels constituting private State property. By the AA of the CCP from 2008 the following phrase was deleted – "except in actions for private claims of the State and rights to chattels constituting private property of the State". Exactly this legislative amendment was proclaimed to be unconstitutional, contradicting in particular Art. 17 and Art. 19 of the C with regard to the principle of equal treatment of all private property and the state property division into public and private;



after 1989 with respect to the adversarial principle and the so-called in the Bulgarian theory and legislature “ex officio” principle⁸.

Under the following items of this article the concrete principles will be examined⁹ regarding the Bulgarian civil procedure as well as the correlation among them.

II. The principle of lawfulness (legality)

The principle of lawfulness is an essential element of the system of principles underlying civil procedure, because it provides the remedy-sanction in the event of wrongful development of civil law relationships. The Republic of Bulgaria is a law-governed State, ruled in accordance with the provisions of the C and the other statutes (Art. 4(1) C), and the rightful development of civil law relationships is a basic value. The principle of lawfulness is common for the all law branches and it is explicitly set forth in the Constitution (Art. 4(1), Art. 117(1) C). This is the first of the explicitly proclaimed fundamental principles in the new CCP¹⁰

Article 5 of the CPP sets forth the following: ‘the court shall examine and adjudicate the cases according to the precise meaning of the laws, and where the laws are deficient, obscure or conflicting, according to the common sense thereof. In the absence of an applicable law, the court shall found its judgment on the fundamental principles of law, custom and ethics’.

In the present wording of this article of the CCP, in particular the phrase “the court shall examine and adjudicate in cases”, an established in the theory and the practice concept is re-

⁸ See V. Popova, *op.cit.*, para 53, as well as a paragraph IV of this presentation;

⁹ The system of principles, proclaimed in the new CCP, does not include the social justice principle, according to which civil procedure must be accessible and humane (see V. Popova, *Civil Procedure*, Bulgaria, first ed., para 60). It is strange but this principle is connected only with the civil procedure of the socialist system type but not with the modern civil procedure of bourgeois (capitalist) system type. In my opinion, there is a misunderstanding of this type of procedure as it also happened with the reform from 1997 whertebly the norms, regulating the active participation of the court in the process in clarifying the facts of the case, were repealed (see V. Popova, *Civil Procedure*, Bulgaria, first ed., para 53, 54). This concept of “wrong civilization” and the nostalgia for the old CLPA may send the Bulgarian civil procedure back to resolutions that belong to the old times and in particular the beginning of the previous century. These resolutions contravene to the contemporary tendencies in the civil procedure development of the bourgeois states, governed by law and having social- oriented policy.

¹⁰ This principle was also the basis of civil procedure when the 1971 Constitution was operative (Arts 5, 125, 129(1), 130 C), as well as the Constitution from 1991 (Art. 4 (1) of the C) (see V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 50 and the literature cited there).



acted under which in civil procedure, the principle comprises the observance of procedural and substantive law. The observance of procedural law is a guarantee for the execution of procedural rights. It is also a means of achieving procedural discipline and normal conduct of proceedings. The procedural actions of the court and the parties should comply with the requirements of the procedural law.

Non-observance of the procedural law brings about various legal consequences depending on whether the breach was committed by the party or by the court. In the event that a procedural action of the party does not comply with the procedural law, it is invalid and the court is not entitled to consider it. However, this consequence does not automatically take effect in all cases. Chapter eleven *Procedural steps of the parties* which is found in part one of the CCP *General rules* contains Art. 101 (1) - an explicit common provision setting forth that the court, acting *ex officio*, observes the due performance of procedural steps and when it is necessary grants the party a period of time for correcting its actions if they do not comply with the procedural law. There are also specific norms regulating separate procedural actions as: Art. 129 (1) and (2) of the CCP in the event of improper statement of the claim; Art. 262 (1) and (2) of the CCP respectively Art. 286 (1) and (2) of the CCP - in the event of improper claim to the appellate court, or to the court of cassation.

Non-observance of the procedural law on the part of the court constitutes grounds for appeal against its wrongful actions, such as rulings barring the proceedings or those explicitly stated in the law (Art. 276, (1), items '1' and '2' of the CCP) or the decision of the court (Art. 270(3), Art. 281, items '1', '2' and '3' of the CCP). In certain cases, this non-observance of the procedural law constitutes grounds for revocation of decisions that have already taken effect (Art. 303, (1), items '5', '6' of the CCP).

In rendering its decision, the court applies the substantive law precisely (Arts 4, 117(2) C; Arts 5, 235 (2) of the CCP). If the decision is inconsistent with the substantive law, it is considered wrongful. And, because of that, the intermediate appellate court repeals it and renders a new decision upon the merits (Art. 271 (1) of the CCP). The breach of substantive law constitutes grounds for cassation of the decision of the intermediate appellate court (Art. 281,



item 3 of the CCP). The proceedings can achieve their objective only by observing the law: the restoration of rightful development of civil law relationships by providing the correct remedy-sanction.

The norm contained in Art. 5 of the CCP is much criticized in the legal literature¹¹. It is said that this norm almost literally re-enacts the interpretative rule, established in Art. 46, par. 1 of the ANA: 'Provisions of normative acts shall be applied pursuant to their exact meaning; if they are not clear, they shall be interpreted in the meaning closest to other provisions, to the purposes of the act interpreted, and to the general principles of the legal system of the Republic of Bulgaria; and Art. 46, par. 2 of the ANA: 'Where a normative act is incomplete, the cases not regulated by it shall be subject to the provisions applicable to similar cases, provided that is in compliance with the objectives of the act. Should such provisions be missing, the relations shall be settled in compliance with the general principles of the legal system of the Republic of Bulgaria'.

I share to a certain extent this criticism. I would add to the abovementioned that in its present version, the rule in the context of the procedural law is in conflict with the essential requirement that civil procedure be arranged in advance. A question arises as to what would happen if a court does apply procedural rules not provided in any statutory instrument, because it has come to the conclusion that there is a statutory gap.

The principle of lawfulness also applies to security proceedings, to admission of security (Arts 389–396 of the CCP) and to its imposition in security proceedings (Arts. 397–403 of the CCP). The observance of this principle is guaranteed by the possibility of appeal against the ruling admitting the security and the ordinance for imposing it (Art. 396 of the CCP).

Though not supported by arguments and without any doubts expressed, a view has been exposed in the legal literature that under the new CCP, the principle of lawfulness is applicable also to the enforcement procedure¹². Art. 5 of the CCP, analysed verbatim in that part which

¹¹ See R. Ivanova, B. Punev, S. Chernev, *op. cit.* (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova), pp. 29 – 30; L. Kornezov, *op.cit.*,p. 114.

¹² See O. Stamboliev, *op.cit.*,p. 98; L. Kornezov, *op.cit.*,p. 114.



establishes that 'the court shall examine and adjudicate in cases'- can make one think that the lawfulness requirement applies only to the court in the action proceedings, security proceedings and in the complaints against the steps taken by the enforcement agent. In this relation the wording of the normative text is not precise. However, the systematical place of Art. 5 - in the part about *General rules* of the CCP which applies to all kinds of civil proceedings regulated by the CCP, as well as the abovementioned constitutional norm of Art. 4 (1) of the C (establishing a principle for all areas of law), indicate that the principle of lawfulness applies also to the enforcement proceedings.

The State or private executive (enforcement) magistrate has the obligation to observe the procedural and substantive law in performing the enforcement actions. The guarantee for observance of the law consists of the opportunity of appealing against the actions or omissions of the State or private enforcement magistrate in breach of the procedural law (Arts 435 of the CCP)¹³ or the claims for remedy under Art. 440 of the CCP in the event the bailiff's actions comply with the procedural law, but affect the financial rights of third parties not involved in the proceedings. The guarantee for observance of the law also comprises the remedy that can be provided to the debtor if he/she challenges the receivable subject to the enforcement (Arts 439, 420, 438 of the CCP respectively subject to the order for payment proceeding (Arts. 414, 415, 420 of the CCP).

The principle of lawfulness would be a mere declaration if it did not have the relevant guarantees. Apart from the opportunity of appeal against the wrongful actions of the court and the enforcement magistrate, guarantees are also provided by the following:

¹³ In this relation the legislator made some serious retreats from the achievements of the former CCP. In my opinion, the limitation on the actions of the bailiff subject to appeal is not justifiable (see also para XI below). While under the relevant provisions of the CCP all the actions were appealable (see V. Popova, op. cit., para 513; V. Popova, *Notes over concrete legal rules in the Civil Procedure Code*, *Legal World magazine*, June 2008, pp. 118 – 121), the legislator has taken a reverse approach under the new CCP. Only the procedural actions explicitly specified in the law are appealable. Practically, this means a serious decrease of the necessary judicial control. Unofficially, the participants of the working group which prepared the draft of the new CCP have alleged that it is compensated by the proprietary sanctions on the bailiff and the opportunity to bring an action against him for any damages, inflicted by his activity (Art. 441 of the CCP). In my opinion, however these can not be regarded as compensating the need of appealability.



- (a) The independence and impartiality of the court (Art. 117(2) C, Art. 22 of the CCP) including its obligation to consider all evidence in the case and the arguments of the parties, guided by its inner belief. This procedural rule existed as well in the former CCP (Art. 188 (3) of the repealed CCP), but at present the legislator proclaimed it as a legal principle (see new para X of this article);
- (b) The obligation of the court not to apply the instrument of subordinate legislation if it is inconsistent with the law (Art. 15(2) of the ANA);
- (c) The obligation of the court to suspend civil proceedings if the applicable law is inconsistent with the Constitution and to notify the SCC authorized to seize the CC (Art. 150 (2) of the C, Art. 15 CSA, Art. 16 of the ACC, Art. 229 (1), item 6 of the CCP);
- (d) Prohibition of the abuse of procedural rights on the part of the parties and their representatives in the proceedings (Art. 3 of the CCP), connected with financial liability for damages caused (Art. 3 of the CCP).

It is assumed that, from the viewpoint of the law, tardy defence, though bad and inefficient, is not unlawful¹⁴. In my opinion, if the tardiness and inefficiency are due either to the nature of the procedure in the procedural law or to the procedural terms. However, it is non-observance of the law that is present if the tardiness and inefficiency are due to non-observance on the part of the court, the bailiff or of the terms of time in the law. Non-observance of the terms in the law constitutes a breach of procedural law. In practice, tardy and inefficient defence might turn out to be equal to absence of defence. (For instance, if the court fails to render its decision determining the legal dispute in adversary proceedings within the term of Art. 235 (5) of the CCP, *i.e.* within one month of the session where the hearing of the case was terminated or the court fails to render its decision on the request for securing a claim on the day the request is filed, thus violating Art. 395 (2) of the CCP). Moreover, tardy defence, if it is due to the nature of procedure in the procedural law and if it is due to non-observance of the terms in the procedural law on the part of the court or the bailiff, constitutes

¹⁴ See J. Stalev, *op. cit.*, seventh ed., p. 90; J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, p. 92 (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out under the co-authorship of J. Stalev and A. Mingova).



a breach of Art. 6(1) of the Convention for protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (CPHRFF), ratified by the Republic of Bulgaria (see new para XI of this article).

III. The principle of disposition (dispositive principle)

The principle of disposition is immanent to civil procedure¹⁵. Accordingly, the protection of the injured right ensues from the will of the person legitimated to seek it. This principle stems from the autonomy of the will in civil substantive law and the functional connection between civil substantive law and civil procedure. This connection is manifested in the protective nature of the procedure in relation to substantive law. This principle is explicitly proclaimed under the new CCP, Art. 6 (1) and (2).

The principle of disposition is manifested in several ways. First, civil proceedings can only begin if the legitimate person filed a request¹⁶. According to Art. 6 (1) of the CCP, the court proceedings begin upon the request of the person concerned, and in certain cases they can begin upon the prosecutor's request. In this way, Art. 2 (2) of the repealed CCP is literally re-enacted in its former wording established after 1997¹⁷. The text of the provision is definitely clear – the court can not initiate any civil procedure unless it is asked to do so by a legitimate person. If the public interest requires the right to be protected regardless of its holder, the legislator establishes legal means providing this protection through the legitimization of the prosecutor in the cases explicitly listed under the law (Art. 6 (1), Art. 26 (1) of the CCP). When

¹⁵ The principle of disposition existed in civil procedure both during the operation of the revoked CCP and even while the previous CLPA was in effect (see V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 52 and the cited literature and legal practice).

¹⁶ This applies to the proceedings regulated under the CCP (adversary, enforcement and security proceedings) and to bankruptcy proceedings. They can only begin upon the request of a legitimate person (the debtor, or the debtor's liquidator or creditor under a commercial transaction or public law liability towards the State or municipalities. This liability stems from the commercial activity of the debtor or private claims of the State) (Art. 625 of the C. Code). However, the debtor is obliged to request that bankruptcy proceedings must be instituted within 15 days of the occurrence of insolvency or overindebtedness (Art. 626(1) of the C. Code). Should he/she fail to perform this obligation, he/she is liable to the creditors for the damages caused as a result of the delay (Art. 627 of the C. Code), and also bears criminal responsibility (Art. 227'b' of the PC) (see V. Popova, v: *Novite polojenia v targovskoto pravo. Promenite v targonskia zakon, pod red. na O. Gerdjikov (The New Points in Commercial Law. Changes in the Commercial Law, under the editorship of O. Gerdjikov)* (Sofia, Labour and Law Publishing House, 2000) pp. 203–207).

¹⁷ see V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 52 and the cited literature and legal practice.



the public interest requires such protection, in the cases explicitly listed under the law, the court has the duty to examine and adjudicate the respective civil law issues ex officio including: the obligation of the court to render its decision on alimony, matrimonial home and exercise of parental rights regarding minors born in the marriage along with its decision on dissolution of the marriage, even though the parties to the case did not demand it (Art. 322 (2) of the CCP), the admission of preliminary enforcement of the decision adjudicating alimony or job remuneration and compensation (Art. 242 (1) of the CCP) and securing an alimony claim on the initiative of the court (Art. 392 of the CCP).

Art. 6 (2) of the CCP proclaims that the subject matter of the case and the scope of the protection and facilitation due by the court has to be determined by the parties themselves. There is no doubt in the legal theory and practice that although it is not explicitly said, the parties to the case are also determined by the person seeking protection as it was under the operation of Art. 2 (2) of the repealed CPP. It is also clear that the dispositive principle is valid to all proceedings provided by the CCP¹⁸.

Since there is not a change of the concept of the legislator regarding the dispositive principle in the new CCP but only the need of its explicit formulation has been met, the viewpoints in the legal theory and practice referring the principle retain their importance.

The court is obliged to provide protection only within limits. It is not allowed to uphold a claim on grounds not stated by the claimant (Decision No. 39–74–I Civil Chamber of the SC, Journal of the SC, 1993, Volume 11, No. 16; Decision No. 612–95–5 of the SC, Collection of 1995, No. 10), or on the grounds of particulars of the claim that were not stated (Decision No. 3818–81–I Civil Chamber of the SC, Collection of 1981, No. 72; Decision No. 300–89–I Civil Chamber of the SC, Journal of the SC, 1989, Volume 12, No. 21), or award more than requested (Decision No. 6–74–I Civil Chamber, Collection of 1974, No. 30). It is inadmissible that a court awards more on one of the joint claims in return for the partial satisfaction of the other claims (Decision No. 632–93–IV Civil Chamber, Journal of the SC, 1993, Volume 8, No. 14).

¹⁸ See O. Stamboliev, *op.cit.*, pp. 103 –105; R. Ivanova, B. Punev, S. Chernev, *op. cit.* (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova), pp. 31 – 33; L. Kornezov, *op.cit.*, pp. 116 – 118.



The principle of disposition is also manifested in the course of proceedings. Only the person seeking protection is entitled to make a change in the subject matter of the case (Art. 214 of the CCP regarding adversary proceedings, Art. 398 of the CCP regarding security proceedings, and Art. 426 (2), sentence 2 of the CCP regarding enforcement proceedings). At any stage of the adversary proceedings, the parties are entitled to make an agreement, approved by the court if it does not contravene the law or good morals, and hence, the proceedings are terminated. The agreement approved by the court has a decision that has taken effect (Arts 149 (1); 234 of the CCP). The court can be set aside by withdrawing (Art. 232 of the CCP)¹⁹ or waiving the claim (Art. 233 of the CCP). In these cases, the court is obliged to suspend the proceedings without the power to check the grounds. The court is also obliged to suspend the proceedings if a request is made by both parties (Art. 229 (1), item '1' of the CCP). If the proceedings are suspended by the consent of both parties, the court reinstates them if a request is made (Art. 230 (1) of the CCP). The proceedings suspended upon the request of the parties are terminated if neither party requested that they are reinstated (Art. 231 of the CCP). The bailiff suspends the enforcement proceedings (Art. 432, item '2' of the CCP) or terminates them (Art. 433 (1), item '2' of the CCP) on request of the claimant. The bailiff also suspends the enforcement proceedings if the claimant does not request enforcement within a period of two years, with the exception of alimony cases and cases where the claimant states in writing that the debtor is making payments to extinguish his/her debt (Art. 433 (1), item '8' of the CCP).

The appeal can be filed against the decision as a whole or against separate parts (Art. 258 (2) of the CCP)²⁰. With respect to the correctness of the appellate judgement the decision of the SCC concerns only the merits stated in the cassation appeal (Art. 290 (2) of the CCP). The intermediate appellate proceedings or the cassation proceedings are suspended if the appeal is

¹⁹ If the claim is withdrawn after the first hearing of the case, the proceedings can be suspended, provided the defendant gives his/her consent (Art. 232 of the CCP). This rule is a manifestation of the defendant's right to legal defence in the course of proceedings. This right is provided by the law and the equality of the parties to the case.

²⁰ However, the intermediate appellate court also overrules the decision regarding the appellant's joint parties that did not appeal the decision (Art. 271 (1) of the CCP).



withdrawn and the appealed decision takes effect (Art. 264 (1) of the CCP; Art. 296, item '2' of the CCP)²¹.

The admission of the claim by the claimant is also a manifestation of the principle of disposition. The legislator's concept about the admission of a claim established in the new CCP is completely changed compared to the repealed CCP. During the operation of the revoked CCP, this admission was not binding on the court and it was not obliged to uphold the claim. Art. 127(2) of the repealed CCP stipulated that the court had to consider this admission regarding all the data concerning the case. The admission of the claim had bearing on the preliminary enforcement of the decision. Art. 238(2), item 'b' of the revoked CCP provided that the court could allow the preliminary enforcement of the decision only if the awarded receivable is admitted by the claimant.

At present the dispositive principle on the part of the claimant is taken into consideration when the admission of the claim is at hand. Art. 237 of the new CCP proclaims that 'Where the respondent has assented the claim, the court, acting on a motion by the plaintiff, has to terminate the trial and render a judgment conforming to the admission (paragraph 1); It is sufficient to state in the motives to the judgment that such a judgment is based on assenting the claim'.

It means that under the new CCP assenting the claim binds the court which is obliged to uphold the claim in accordance with the assenting. Art. 237 (3) of the CCP stipulates that 'The court may not render a judgment upon assenting the claim where: the right assented to conflicts the law or good faith; or the right assented to is not subject to transactions by the party.

According to Art. 19(1) of the CCP, the parties to a dispute over property are entitled to agree it is solved by an arbitration court unless the subject matter of the case consists of property rights or ownership of real estates, alimony or rights under labour legal relationships. This opportunity, provided by law, is one of the best examples of the principle of disposition in

²¹ However, the preliminary waiver of the right to appeal is invalid (Art. 264 (2) of the CCP).



civil proceedings. The arbitration award constitutes grounds for enforcement (Art. 404, item '1' of the CCP).

IV. The *ex officio* grounds and the principle of active participation of the court

Bulgarian legislation, theory and practice deals with the so-called '*ex officio* grounds'²², proclaimed in Art. 7 of the CCP.

Art. 7 (1) of the CCP establishes the three ways of operation of the *ex officio* principle. These ways also represented the content of the principle during the operation of the revoked CCP: *ex officio* course of proceedings; the obligation of the court to observe the admissibility and the duly performance of the procedural actions on the side of the parties; the court's active participation in exploring the case²³.

Art. 7 (1) of the CCP stipulates that 'the court performs *ex officio* the procedural steps necessary for the progress and closing of the case'. As for its manifestation in the *ex officio* course of proceedings, this principle ensues from the very nature of civil procedure. It provides the remedy-sanction in the event of wrongful development of civil law relationships and it has never been doubt about it in the Bulgarian civil procedural law²⁴. This aspect is inextricably connected with the requirement stipulated in Art. 2 of the CCP on the court - to examine and adjudicate on each claim submitted thereto for protection and facilitation of personal and property rights. The request for remedy contains the demand that the judicial body undertake

²² See J. Stalev, *op. cit.*, seventh ed., pp. 101–105; J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, pp. 104–108 (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out under the co-authorship of J. Stalev and A. Mingova); O. Stamboliev, *Principles...*, pp. 103 –105; R. Ivanova, B. Punev, S. Chernev, *op. cit.* (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova), pp. 33 - 39.

²³ Regarding the issue of clarifying the case, I think it is more precise to speak about a principle of an active participation of the court in clarifying the case than about *ex officio* principle. This principle has to be examined in relation with the adversary principle – though the Bulgarian legislator was equivocal about thie relation in the past decades. (see V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 53- 54 as well as paras 54, 57 of the present work).

²⁴ It is the opposite of the so-called 'principle of separation', according to which the party has to bring a new, specific request for each subsequent action of the judicial body. Traditionally the principle of separation has not been manifested in the Bulgarian civil procedural law (see O. Stamboliev, *op. cit.*, p. 101; L. Kornezov, *op. cit.*, p. 120).



all procedural actions in order to prepare the act of legal remedy and its enforcement. The party is not obliged to file a request for each separate action and has the procedural right to seek and impose (by the claim a time limit to be set in case of unreasonable delay – Arts. 255--256 of the CCP) the performance of the action by the judicial body if it fails to perform, and to make the judicial body perform a legally due action or to repeal an unlawful one (by intermediate appeal, cassation appeal or by revocation of a decision that has already taken effect).

Art. 7 (1) of the CCP also proclaims that the court observes ex officio the admissibility and due performance of the procedural steps of the parties. This second manifestation of the ex officio grounds is closely bound up with the lawfulness principle (see para 51) which requires conformity with the law regarding the procedural steps both of the court and the parties. Firstly, the abovementioned aspect is manifested by an ex officio examination of the procedural steps performed by the parties.

Art. 101 of the CCP has a great importance in outlining of this aspect of the ex officio grounds. It is placed in part one of the Code *General rules*²⁵. It proclaims the following: ‘The court, acting ex officio, shall observe the due performance of procedural steps. The court shall instruct the party as to the nature of the non-conformity of the procedural step performed thereby and to the manner in which the said non-conformity can be cured, and shall set a time limit for the curing (paragraph 1); The cured procedural step shall be deemed conforming as from the time of performance thereof (paragraph 2); Upon failure to cure the non-conformity within the time limit set, the procedural step shall be deemed non-performed (paragraph 3).

When the non-conformity consists of inadmissibility which is due to a lack of procedural prerequisite that can not be cured, like for example - the procedural legitimacy, not only is not the court obliged but actually it can not grant an opportunity to the respective party to cure the non-conformity. When the non-conformity is a result of a lack of competence, e.g. jurisdiction

²⁵ This text re-enacts the understanding established in the legal theory and practice from the time of operation of the repealed CCP ensuing from Art. 4 (3). This understanding was defined as a general rule after the revocation of the article in 1997 through the interpretation of separate legal norms (see V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 53, 54, 57.



or generic cognizance, the court is obligated to terminate the proceedings and to transmit the said case ex officio to the competent court (argument from Art. 118 (2) of the CCP).

Art. 130 of the CCP stipulates that 'where, upon verification of the statement of claim, the court establishes that the action brought is inadmissible, the court shall return the statement of action'.

The aspect represented by the ex officio grounds in Art. 7 (1) of the CCP with regard to the parties' procedural steps as well as the common rule of Art, 101 of the CCP, similarly to the manner under the repealed CCP, are manifested in some concrete legal norms.

According to Art. 129 (2) of the CCP, if the statement of claim does not meet the requirements of Arts 127 (1) and 128 of the CCP, a notification is sent to the claimant and he/she is obliged to eliminate the flaws within a week term. If the claimant fails to eliminate the flaws within the term limit, the statement of claim and its attachments are reverted (Art. 129 (3) of the CCP). When the flaws in the statement of claim happen to be noticed in the course of proceedings, if the claimant fails to cure them, the proceedings are suspended (Art. 129 (4) of the CCP). The corrected statement of the claim is considered regular from the day it was filed (Art. 129 (5) of the CCP). The same rules apply to irregularity of both the intermediate appeal and the cassation appeal (Art. 262(1) (2), Art. 285 (1), Art. 286 (1) of the CCP).

The aspect explained above of the *ex officio* principle implied in Art. 7 (1) of the CCP in connection with Art. 101 of the CCP has also a bearing on the enforcement proceedings. Art. 426 (3) of the CCP stipulates explicitly that the enforcement agent has to verify the conformity of the petition in enforcement proceedings under Article 129 herein. It means that on the grounds of Art. 129 (2) in connection with Art. 101 of the CCP if the agent finds flaws in the petition he must give instructions and time limit to the claimant to cure the non- conformity. Unfortunately, in its constant practice the SCC disregards the court obligation and right to instruct the parties and to give time limits to the claimant in order to individualize his/ her receivable to the necessary extent when he/ she fails to do this with the petition for issuing of an execution order. The main argument is that no express rule exists in relation to the execution order proceedings . In this way, the explicit rule of the Art. 101 of the CCP was



ignored as well as its systematical place in the Code. This provision is situated in Part One of the CCP *General rules* and because of that in my opinion is applicable to all civil proceedings regulated by the CCP, including the execution order proceedings.

The explained aspect of the *ex officio* principle implied in Art. 7 (1) of the CCP regarding the procedural steps of the parties is not thoroughly defined in the new CCP. It is necessary to have in mind the rule of Art. 99 of the CCP (contained in part One of the CCP *General rules*) in order to determine the scope of the principle. Art. 99 establishes the common court obligation to apprise the parties of their procedural obligations as well as of the possible legal consequences upon failure to comply with them. The same provision stipulates the court obligation to apprise the parties of the opportunity to receive legal aid when it is necessary and they have the right. This court obligation is regulated by concrete legal norms (*e.g.* Art. 129 (2) of the CCP in cases of non-conformity of the statement of claim).

Art. 131 (1) of the CCP regulates the court obligation to instruct the respondent to submit a written answer within one month, specifying the mandatory content of the answer and the consequences of non-submission of an answer or of the non-exercise of rights, as well as the possibility to use legal aid, if this is necessary and if the respondent is entitled thereto.

Art. 7 (1), the second sentence provides that the court is obliged to facilitate the parties in clarifying the factual and legal aspects of the case. Thus the legislator fortunately came back to the concept he has before the repeal in 1997 of Art. 4 (2) and (3), Art. 109 (3) of the revoked CCP, in relation to the active participation of the court in clarifying the case²⁶.

The court is not bound by the legal qualification of the facts and applies the law at its own discretion (*see* Art. 5 and Art. 146 (1), item '2' of the CCP). The same applies to the burden of proof that depends on the substantive law. A clear expression of the above explained aspect of the *ex officio* principle is the court's obligation to make a written report on the case (Art. 146 of the CCP) (*see* item V and XI of this article)²⁷. An important aspect regarding the application of

²⁶ See V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 53- 54 and para V the present work.

²⁷ Regarding the court's obligation to give a legal qualification of the alleged rights and the rights and obligation following the counter-claim in its report, I still doubt the correctness of the wording of the text.



the aspect of the *ex officio* principle under consideration is the obligation of the court in the report - to rule over the burden of proof as well as to instruct the parties as to the circumstances that need not to be proved (Art. 146 (1), items '4' and '5' of the CCP)²⁸. Besides, with respect to the active court's participation in clarifying the case it must be noted its duty to pose questions to the parties for clarification of the facts (Art. 145 (1) of the CCP). Another important obligation of the court is in instructing the parties to particularize their allegations and to remove any contradictions therein (Art. 145 (2) of the CCP)²⁹.

A manifestation of the principle of the active court's participation in clarifying the case is Art. 195 (1) of the CCP which provides that: 'An expert witness shall be appointed either on a motion by a party or *ex officio* where special knowledge in the field of science, art, skilled crafts or another expertise is necessary for clarification of certain questions which have arisen in the case'³⁰.

New manifestation for the Bulgarian Procedural Law of the *ex officio* principle is the duty stipulated in Art. 7 (2) of the CCP on the court to serve upon the parties a duplicate copy of those acts which are subject to a separate appellate review³¹. This duty facilitates the party in exercising its right to appeal the relevant act.

Another manifestation of the *ex officio* principle is in the declaring of nullity and inadmissibility of the appealable judgment even where there has not been any request in this respect as well as the reversion of an incorrect judgment with respect to the necessary co-parties of the appellant who have not appealed (Art. 271 (3) of the CCP).

²⁸ The view that the court bears the obligation under Art. 4(3) and Art. 109(3) of the CCP (before their revocation) is established in the theory and practice. This is valid regardless to whether a party is represented by an advocate or not.

²⁹ This concept was accepted by the theory and the practice during the operation of the repealed CCP on the grounds of the then Art. 109 (2) of the revoked CCP (even after the reversion of Art. 4, (2) and Art. 109 (3) of the CCP (see V. Popova, *Vazrajnieto za prihvashtane v sudebnia iskov proces*, C. 2001, pp. 119 - -121).

³⁰ The concept was established under the operation of Art. 157 (1) of the repealed CCP both before the reversion of Art.4 (2) of the CCP from 1997 and after that (See V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 53- 54).

³¹ The repealed CCP contained a provision establishing the court's obligation only to send a notice when its relevant act has been made.



V. The principle of Assertion of the Truth

The legal proceedings assert the truth (Art. 121(2) C). Proclaimed by the Constitution, the *principle of assertion of the truth* also applies to civil adversary proceedings. These proceedings consider civil law disputes and determine them by *res judicata*.

At present, the principle is explicitly proclaimed in Art. 10 of the CCP whose title is *Establishment of the truth* and stipulates: ‘the court should afford the parties an opportunity and should facilitate the parties in establishing the facts relevant to adjudication of the case’³². There is no doubt in the legal theory and practice that ascertaining of the truth pertains to the relevant facts of the case and not to legal rights because the latter represent a speculative concept³³.

I am inclined to share the criticism of the definition of the principle of ascertaining the truth in Art. 10 of the CCP³⁴ since this provision is aimed to link that principle basically with the court’s participation in clarifying the dispute. This principle however cannot be isolated from the system of principles, premising the proceedings: the ex officio principle (Art.7 (1) of the CCP – see para IV of this article); the adversary principle (Art. 121 (1) of the C, Art. 7 of the CCP - see para VI of this article); the equality of the parties principle (Art. 121(1) C, Art. 9 of the CCP) (see para. VI, VII); the publicity and the immediacy principle (Art. 121(3) C) and Art. 11 of the CCP) (see para. VIII, IX of this article); the court’s duty to assess all evidence in the case and arguments of the parties (Art. 12 of the CCP) (see para. X of this article).

³² This principle although proclaimed to be a common rule for the civil procedure is valid only for the action proceedings but is not applicable to the enforcement proceedings where an enforcement of rights is being sought rather than resolving of a dispute. It is furthermore difficult to relate the principle to the security proceedings where no solving of a legal disputes is sought but a security for the claim. It is necessary to prove the eventual grounds of the action in order that a security be furnished (see new para??). The only elements of seeking the truth within the security proceedings can be identified in the necessity of proving the eventual grounds of the action in order to prove the need to impose a security

³³ O.Stamboliev, op. cit., p. 108; L. Kornezov, op. cit., p. 135).

³⁴ See L. Kornezov, op. cit., p. 134.



As for the assertion of the truth, it should be mentioned that in Bulgarian law literature the principle of the objective truth is opposed to the principle of formal truth³⁵. The first corresponds to the *ex officio* principle, manifested in the active participation of the court in exploring the case, while the second corresponds to the adversary principle. It is stated that the proceedings are based on the principle of the objective truth if the court has the opportunity to participate actively in the clarification of the facts, involved in the dispute.

Until 1997 the legal literature and practice accepted the principle of ‘seeking’ the objective truth. Some authors assume that a principle of the formal truth was introduced by the 1997 reform that considerably limited the powers of the court to participate in the exploration of the case³⁶. Art. 121(2) of the CCP proclaimed ‘ascertainment’ of the truth, but some authors assume that the principle of ‘seeking’ the truth is still valid³⁷.

The terms ‘objective truth’³⁸ and ‘formal truth’³⁹ are still used in Bulgarian legal doctrine even now when a statutory solution has been established in favour of the active court’s participation in clarifying of the case.

In my opinion, the adjectives ‘objective’ and ‘formal’ inserted in front of the noun ‘truth’ in the above terms are only capable to blur the main point. None of the Constitutions of Bulgaria of 1948, 1971 or 1991 use such adjectives. Such adjectives are equally not used and in Art. 10 of the CCP either. In civil proceedings, the ascertainment of truth can be achieved by the procedure established under the procedural law, *i.e.* in accordance with the specific procedural rules. It is not admissible the ascertainment to be achieved following a different path. The

³⁵ See J. Stalev, *op. cit.*, seventh ed., p. 110; J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, (the matters regarding proof are worked out under the co-authorship of J. Stalev and R. Ivanova) pp. 113-114; D. Silyanovski, J. Stalev, *op. cit.*, pp. 53–54; D. Silyanovski, *op. cit.*, vol. 2, pp. 8, 10–11; S. Rozanis, ‘A limitation of the *ex-officio* principle in the Civil procedure’, Bulgarian Statute book (Balgarski zakonnik), 1998, vol. 4, pp. 78–79; O. Stamboliev, ‘Principles of the Civil procedure’, *Legal thought Journal*, 1998, vol. 2, pp 82–83; V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 54.

³⁶ O. Stamboliev, ‘Printsipi na grajdanskia protses’, *Sp. Pravna Missal* (‘Principles of the Civil procedure’, *Legal thought Journal*), 1998, vol. 2, pp 82–83.

³⁷ See J. Stalev, , *op. cit.*, seventh ed., p. 110.

³⁸ See L. Kornezov, *op. cit.*, p. 134.

³⁹ See O. Stamboliev, *op. cit.*, p. 109.



procedural paths may be different depending on the legislator's concepts and the chosen manner whereby the civil procedure's principles interrelate.

There is no doubt that the court's active participation in clarifying the disputed facts is an important contribution in ascertaining the truth. The adversary principle is also of great importance in this relation since the parties themselves are best acquainted with the actual relation. I consider that by the new CCP, the legislator has stricken a reasonable balance between the two principles.

The means by which the truth is being ascertained in the modern Bulgarian action proceedings are the following:

- (a) The constitutionally proclaimed right of parties' participation in the trial (Art. 122 (1) of the CCP) and the adversary principle (see para VI) combined with the court's active involvement in the proceedings by giving instructions to the parties regarding the due performance of the procedural actions (Art. 7 and Art. 101 of the CCP – see para IV) and the recipient of legal aid;
- (b) The court's obligation to participate actively in exploring the case (Art. 7 (1), the second sentence of the CCP – IV);
- (c) The obligation of the court to pose questions to the parties for clarification of the facts (Art. 145 (1) of the CCP);
- (d) The court's obligation to instruct the parties to specify the allegations thereof and to eliminate any contradictions therein (Art. 145 (2) of the CCP);
- (e) The obligatory written report of the court on the case in the first public session with mandatory content (Art. 146 of the CCP –) and particularly the court's duty to instruct the parties how the burden of proving the facts is to be apportioned (Art. 146 (1), item '5' of the CCP) and as to which facts alleged they do not need to adduce evidence (Art. 146 (2) of the CCP);



- (f) The obligation of the parties to exercise their procedural rights in good faith and to tell the truth (Art. 3 of the CCP)⁴⁰;
- (g) The right of the court to order that the party appears in court in order to be asked questions that have bearing on the case (the amended Art. 114(1) of the CCP) (the amended Art. 176 (1) of the CCP);
- (h) The witness's duty to appear before the court in order to give testimony (Art. 163 of the CCP) and the criminal liability of the witnesses in the event of perjury (Art. 290(1) of the PC);
- (i) The criminal liability of a translator/interpreter for inexact translation/interpretation (Art. 290(2) of the PC) and the criminal liability of experts for giving a false conclusion (Art. 291 of the PC);
- (j) The court's obligation (transformed into a procedure's principle) to assess all evidence in the case and the arguments of the parties, guided by its inner conviction (Art. 12 of the CCP); 'An admission of a fact, made by a party or by a representative thereof, must be evaluated by the court considering all circumstances of the case' (Art. 75 of the CCP);
- (k) The opportunity for an expert witness to be appointed ex officio where special knowledge in the field of science, art, skilled crafts and the like is necessary for clarification of certain questions which have arisen in the case (Art. 195 of the CCP)⁴¹.

A guarantee for the application of the *principle of assertion of the truth* is the requirement for the court and the court's official to be impartial and the grounds for recusal in

⁴⁰ If a party fails to perform its obligations under Art. 3 of the CCP, it bears the financial liability for the damages caused to the opposing party. However, if the decision is in favour of one party and that decision takes effect, this liability does not arise, because Art. 224 of the CCP states that the legal dispute cannot be reexamined again if the decision has already taken effect. The only possibility for the opposing party is to seek the reversal of the decision that has taken effect (for instance, on the grounds of Art. 231(1), item 'a' of the CCP, by submitting written evidence that the party was unable to submit it, or on the grounds of Art. 231(1), item 'b', if, along with the non-observance of the obligation under Art. 3 of the CCP, the party committed a crime related to the case, the party must be sentenced for the crime and the sentence takes effect). The parties do not bear criminal liability if they fail to perform their obligation to tell the truth under Art. 3 of the CCP.

⁴¹ It is almost impossible one to list all the concrete norms where the *principle of assertion of the truth* has been manifested.



the cases stipulated by the Code (Art. 22 and Art. 24 of the CCP); another guarantee is the *publicity and immediacy* principle set in Art.11 of the CCP (see para IX of this article).

The *principle of assertion of the truth* is also developed through the opportunity to reverse effective judgments on the grounds of Art. 330 (1), items 1, 2, 5, 6 of the CCP.

On the other hand however the manifestation of this principle is strongly limited within the, widely known in the theory and practice, *concentration principle* (see para XI of this article). The latter is not explicitly proclaimed through a CCP's provision like the other civil procedure's principles but is derived by a system of rules related to the very early preclusion of the opportunity for the party to make allegations and to present evidence before the court of first instance, as well as before the appellate court in regard to the restricted appeal.

VI. The adversary principle

The adversary principle as well as *the equality of the parties principle* are Civil procedure principles (see new para VII) proclaimed by the one and the same Constitutional norm – Art. 121 (1) C – ‘The courts shall ensure equality and adversarial conditions to the parties in a judicial proceeding’. Both principles are closely related to each other.

Art. 8 of the CCP ‘Adversary Principle’ stipulates explicitly this fundamental principle.

Above all the adversary principle is related to the party's right of participation in the proceedings⁴² which during the effect of the repealed CCP was accepted as a separate principle⁴³. The party's right to participation principle, the equality of the parties principle and the adversary principle are basic rules very closely related to each other.

According to Art. 122(1) C, individuals and legal entities are entitled to defence in all stages of the proceedings. This right is codified by law (Art. 122(2) C).

⁴² See L. Kornezov, op. cit., pp. 128–129.

⁴³ . Popova. *Civil Procedure*, Bulgaria. First ed., para 55.



Civil proceedings based on the *adversary principle* can be viewed as a legally regulated way for remedy in the event of wrongful development of a civil law relationship. As a legally regulated contest between the parties it is possible to be combined with the judge's passive role or with an obligation on the court for its active participation in the clarification of the case. Fortunately under the new CCP the legislator came back to its concept before the reform in the old CCP from 1997 (see new para IV, V) and set forth the court's duty for an active participation. The new legislator's concept is the combination of the *adversary principle* with another one explicitly stipulated in Art. 13 of the CCP – *the principle of the examination and adjudication of cases within Reasonable Time*. This principle does not explicitly contain the much disputable in practice *concentration rule* (see para XI of this article). In that way the legally regulated contest between the parties under the new CCP has to be combined in a particular case with the principle of the active participation of the Court in the clarification of the case (see para VIII of this article) as well as with the preclusive time limits concerning the procedural parties' steps about fact allegations and the submission of evidence (see para XI of this article).

With Art. 8 of the CCP the legislator outlined three manifestations of the adversary principle:

a.) Each party has the right to be heard by the court before rendering an act relevant to the rights and interests of the said party (paragraph 1)⁴⁴.

In adversary proceedings, the substantive law dispute is to be considered orally in a court session for which the parties are subpoenaed (Art. 11, Art. 140 (3), Art. 143 of the CCP)⁴⁵. The participation of the parties is guaranteed even where the court session is held in camera (Art. 136(2) of the CCP) (see paras. VIII, IX of this article). The court has the obligation to ensure the exercise of the parties' right to participate in the proceedings by observing the rules for subpoenaing the parties.

⁴⁴ During the effect of the repealed CCP this rule was accepted as a part of *the party's right to be heard by the court principle* although it was not expressed explicitly by the legislator in a provision as it is done now under the new CCP, Art. 8 (1) - See V. Popova. *Civil Procedure*, Bulgaria. First ed., para 55.

⁴⁵ The preparation of the case which is contained by a ruling on the preliminary procedural issues and the admission of the evidence alleged in the claim of statement and its answer, occurs in a camera – Art. 140 (1) of the CCP (see para IX of this article).



The failure of a party to appear does not constitute an obstacle to hearing the case if the party is duly served. However, the court should proceed only after considering the cases for which the parties appeared in court (Art. 142(1) of the CCP). This rule is aimed at ensuring the parties' right to participate in the proceedings. This guarantee is mentioned in Art. 142 (2) of the CCP, which states that the court has to adjourn the case if the party and the proxy thereof cannot appear due to an obstacle which the party cannot avoid. If the party is unduly subpoenaed or its participation in the case is infringed in some other way (for instance, it is infringed in the course of collecting evidence or in the course of the oral pleadings), this constitutes a considerable procedural breach as well as grounds for appeal of the decision of the intermediate appellate court (Art. 281 (1), item '3' of the CCP). The party concerned is entitled to seek reversal of the decision even if it has taken effect if that party has been deprived of the opportunity to participate in the proceedings because of a breach of the rules, it has not been duly represented, or it was not able to appear in person or via an attorney, due to special unforeseen circumstances which the said party was unable to overcome (Art. 303 (1), item '5' of the CCP); and where the party upon a breach of the respective rules, was or, respectively, was not represented by a person referred to in Article 29 of the Code (Art. 303 (1), item '6' of the CCP).

b.) An important element of the adversary principle is the stipulation in Art. 8 (2) of the CCP which says that the parties must indicate the facts underlying their demands and should present evidence supporting the said facts. This element has two aspects. The first one is consisted of the party's right to allege the facts that support its demands as well as to present proofs for establishment them. Usually this aspect of the element of the adversary principle is to be especially emphasized on. The wording of Art. 8 (2) however indicates something additional - the party bears the burden of proof or the said the party is otherwise obliged to allege the facts if he/she wants for them to be taken into consideration in the course of the case proceedings, respectively to submit evidence if he/she wishes the evidence to be collected (Art. 129, Art. 131 of the CCP). Some authors consider this postulate as an absolute obligation



of the parties⁴⁶ and others – as a burden of proof which means that if the party fails to complete the above said requirements it will not benefit from the relevant benefits from ascertainment of the facts. The provision of Art. 8 (2) of the CCP indicates that the court can neither allude to facts which are not stated by the party nor to collect evidence supporting these facts⁴⁷.

The abovementioned element of the contents of the adversary principle provided in the new CCP can not be examined in isolation of the system of principles of the civil procedure, and particularly separately from the so-called *ex officio principle*.

c.) Art. 8 (3) also stipulates that ‘the court should give the parties an opportunity to familiarize themselves with the demands and arguments of the opposite party, with the subject matter of the case and the progress thereof, as well as to express a position on the said demands, arguments and subject matter’.

The effective exercise of the right of defence and the contest between the parties are closely connected with the necessity for the party to be informed about the demands, replies and the arguments of the opposing party as well as to express opinion on them. This particular obligation of the court is stipulated in a number of provisions of the CCP. It is connected with the need to submit duplicate copies of the statement of claim, the filed written answer to the claim, the intermediate and cassation appeals, the petition for reversal of effective court decision and the documents for the other party appended to them (Art. 128, item 3; Art. 131; Art. 149 (3); Art. 261, item 1; Art. 263; Art.284 (3), item 2; Art. 306 (3) of the CCP).

The element of the *adversary principle* introduced with Art. 8 (3) of the CCP concerning the court’s obligation to inform the party about the demands and the objections of the opposing party is essential in the interpretation of the norms of the new CCP, particularly when the texts have different wording compared to the repealed CCP.

⁴⁶ See O. Stamboliev, op.cit., p. 100.

⁴⁷ The exclusion is the court’s right and obligation to appoint an expert witness if special knowledge in the field of science, art, skilled crafts etc. is necessary for clarification of certain questions which have arisen in the case (Art. 195 (1) of the CCP, see paras VI, V of this article).



Art. 8 (3) of the CCP is important for those cases when it is obligatory that the respondent be served with a duplicate copy of the motion for amendment of the claim in case that he failed to participate in the court room hearing. Art. 214 of the new CCP does not re-enact the rule provided in Art. 116 (2) of the revoked CCP. The situation is similar to the filing of the incidental ascertaining action (Art.212 of the CCP in comparison with Art. 118 of the revoked CCP) as well as with the motion for impleader (Art. 219 of the CCP).

Apart from this Art. 8 (3) of the CCP stipulates that the court is obligated to let the parties get acquainted with the subject matter of the case and its progress. It concerns the court's duty which provides the conditions for the manifestation of the contest principle. An indication of this manifestation and a specific feature of the new CCP is the court's duty to make a written report on the case with an obligatory content in accordance with Art. 146 (1) of the CCP which includes exactly the right of the party to know the court's view on the subject matter from factual and legal standpoints as well as the obligation that the parties be given an opportunity to express their opinion on the report – Art. 146 (3) of the CCP.

In regard to the court's obligation to give the parties the opportunity to get acquainted with the progress of the case (stipulated in Art. 8(3) of the CCP) the provision of Art. 7 (2) of the CCP is important as an element of the ex officio principle which provides that the court should serve upon the parties a duplicate copy of the acts which are subject to appellate review by separate appeal.

The manifestation of the adversary principle is more restricted in security measures proceedings. The opposing party is not served with a copy of the request for securing the claim (Art. 395 (1) of the CCP). This request is considered in a closed session on the day it is filed (Art. 395 (1) of the CCP), *i.e.* without subpoenaing the parties. The objective is to achieve swiftness and to surprise the opposing party. It is assumed that if the opposing party is notified, it might take measures to impede the imposition of security. The adversary principle is manifested in the defendant's right to appeal against both the ruling of the court regarding the admission of security and the security order (Art. 396 (1) of the CCP). A duplicate copy of the interlocutory



appeal must be served upon the opposing party for an answer within one week. The complaint is considered in a closed session.

In enforcement proceedings, the adversary principle is evident in the appeal against the procedural actions of the executive magistrate but it is very restricted in the new CPP (Arts. 435 and 436 of the CCP).

VII. The equality of the parties principle

The equality of parties in the proceedings is a civil procedure principle which together with the adversary principle is set forth in one and the same provision of the Constitution because they are closely related - Art. 121(1) C that proclaims 'The courts shall ensure the equality and the conditions for a contest between the parties in a judicial trial'⁴⁸. There can be no adversary principle without equality of the parties in the proceedings. They are so closely tied together that it could be accepted that the equality of the parties principle is an immanent part of the adversary principle⁴⁹. In the new CCP however the Bulgarian legislator decided to proclaim them as separate principles of the civil procedure (see para VI). The principle of the equality of parties in the proceedings is proclaimed in Art. 9 of the CCP- 'The court shall afford the parties an equal opportunity to exercise the rights conferred thereon. The court shall apply the law equally in respect of all'.

The principle of equality of the parties is typical for the civil proceedings as it provides the remedy and sanction in the event of wrongful development of civil law relationships, regulated by the method of equality of subjects. It is accepted that the principle has the following three manifestations: equal procedural rights of the parties; equal options for the latter to exercise them; equal application of the law⁵⁰.

⁴⁸ As for these principles, see D. Silyanovski, *op. cit.*, vol. 2, pp. 8, 10, 11; J. Stalev, *op. cit.*, seventh ed., pp. 105–106; J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, pp. 108–109 (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out under the co-authorship of J. Stalev and A. Mingova); S. Rozanis, *op. cit.*, pp. 78–81.

⁴⁹ See V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 56.

⁵⁰ See L. Kornezov, *op. cit.*, p. 133.



The first manifestation of this principle⁵¹ is the equal procedural rights of all opposing parties for the protection of their substantive rights. Each of the parties has the right (*see also* para. IV) to take part in the proceedings, to participate by a procedural representative (Art. 32 of the CCP), to be notified of the claims and challenges made by the opposing party, to be notified of the actions of the judicial body, to appeal against the procedural actions of the court and the State or private executive magistrate if they injure the party's interests.

The following manifestations of the principle of equality of the parties are incidental only to the adversary proceedings: the right of each party to be subpoenaed for attending the court's hearing (Art. 56 (5) of the CCP), to present in court their factual allegations and be heard (Arts 127, 128, 131 and 143--146 of the CCP), to request that the opposing party is subpoenaed and that they reply to the questions posed (Art. 176 (1) of the CCP), to submit evidence in support of their allegations (*per argument* of Art. 154 (1) of the CCP), to request that a document in possession of the opposing party or a third person is submitted (Arts 190, 192 of the CCP), both to take part in the collection of evidence (Art. 148), and in the oral pleadings (respectively to present a written defence) (Art. 149 of the CCP), to claim an incidental ascertainment decree (Art. 212 of the CCP), to involve a third party-accessory - impleader (Art. 219 of the CCP), to appeal against a decision by filing an appeal either with the intermediate appellate court or the cassation court, and to seek revocation of a decision that has already taken effect if it is a wrongful and affects its rights, and to file a petition to the court to a set time limit in case of unreasonable delay (Art. 255 of the CCP).

It worth noting that the new CCP has unjustified differences in the time limits for the plaintiff and for the respondent referring all the same procedural actions. For example, the petition for the involvement of a third-party accessory as well as the filing of a reversed claim against it and the lodging of an incidental ascertaining action may be done by the respondent with the answer to the statement of claim at the latest. The plaintiff can take these procedural steps during the first court session on the case. There is unjustified diversion of the equality of

⁵¹ Nevertheless it is not explicitly proclaimed in Art. 9 of the CCP, I share the understanding (*See* L. Kornezov, *op. cit.*, pp. 131-132) that it is immanently in the *Equality of Parties principle* (*see* about it in relation with the effect of the old CCP V. Popova. . *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., para 56).



the parties in the proceedings principle in Art.66 (2) of the CCP which differs from Art. 39 (3) of the repealed CCP and let an appeal only against a ruling whereby resumption of the time limit is refused. It does not give a right of appeal when a motion for a resumption of the time limit is concerned.

It is considered that the arrangement of the court summoning in the new CCP is another diversion from the application of the equality of parties in proceedings principle⁵².

There are some differences with respect to the parties' rights. They are necessary and corresponding with the different legal role of the both parties. Only the plaintiff can move to a refusal of the claim, withdrawal/ abandonment, a modification of the action.

Regarding the equality of parties in proceedings principle and the respondent's right to defense there are some relevant rights provided. The plaintiff may not withdraw the statement of action without the consent of the respondent if he/she wants to do this after the end of the first hearing of the case (argument of 232 of the CCP. During the first hearing for examination of the case, the plaintiff may modify the grounds of the action only if the court deems this appropriate considering the defence of the respondent (Art. 214 (1) of the CCP). Only the respondent may bring a counter action but considering the plaintiff's right of defence the counter action must be filed within the time limit for an answer to the statement of action (Art.211 (1) of the CCP).

The second manifestation of the principle consists of the court's duty to ensure the parties procedural opportunities in exercising their procedural rights which it performs in the course of its obligations (included as an element of the *ex officio principle* - see also para XI of this article) regarding the procedural steps of the parties, the active participation in clarifying the case, the instruction in the party about its right and the possibility to use legal aid.

On the other hand, the *ex officio principle* outlined above, combined with the requirement for independence and impartiality of the court, as well as the party's right to use legal aid, guarantee the real equality of the parties and avoids the possibility that the procedure turns

⁵² See R. Ivanova, B.Punev, S. Chernev, op. cit. (the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova), p. 45.



into a contest among actually non-equal legal parties where the real winner is the economic stronger party⁵³.

The legal norms establish equal legal opportunities for the parties, but this does not mean that the parties are equal. Usually, the financially stronger party can afford a better defence by hiring better and highly-paid attorneys. Thus, in most cases the parties in the proceedings are legally equal, but in reality they are unequal.

The third manifestation of the equality of parties principle explicitly stipulated in Art. 9 of the CCP is the court's duty to apply the law equally in respect of all. In my opinion this obligation is immanent of the legality principle. The law is common to all. It can not be applicable in different way to different people. The legal literature however claims that it is correct that the obligation be considered as a component of *the equality of parties in proceedings principle*⁵⁴.

It is also necessary to mention that *the equality of the parties principle* is closely related to the "concentration rule" which is not explicitly stipulated in Part I, Chapter II "Fundamental principals" of the CCP but it is absolutely accepted in the legal theory and practice.

In enforcement proceedings, the principle of equality of the parties is manifested in the right of both parties to be notified of the enforcement actions by the executive magistrate, their right to appeal against his/her unlawful actions (Art 435 of the CCP, and the right of the defendant to the complaint to submit written objections (Art 435 (3) of the CCP). In regard to the restriction to appeal I think that the *equality of the parties principle* in the enforcement proceedings of the Bulgarian civil procedure was contorted.

The manifestation of the principle of equality of the parties in security proceedings is limited. The opposing party does not receive a copy of the request for securing the claim. This request is considered in a closed session, without subpoenaing the parties. This session is held

⁵³ As it happened in the period after 1997 when a very essential element was eliminated from the so-called *ex officio* principle, i.e. the principle about the court's active participation in the clarifying of the factual circumstances of a dispute (See V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed., paras 53, 56).

⁵⁴ See L. Kornezov, op. cit., p. 133.



on the day the request is filed (Art. 395 of the CCP). The principle of equality of the parties is apparent in the appeal of the parties against the ruling for admitting the security with an interlocutory appeal, the serving of a duplicate copy of that appeal upon the opposing party and in the appeal which is considered in accordance with the procedure mentioned in Arts 277 of the CCP (Art. 396 of the CCP) as well as in the ability to change or revoke the security instrument (Arts 398, 402 of the CCP).

VIII. The publicity and immediacy principles

Art. 11 of the CCP proclaims *the publicity and immediacy principles* on the basis of which the judicial action proceedings are established. These principles are tightly linked with one another as well as with the oral examination of cases principle which is the reason for the legislator to proclaim them in one law provision (*see also para 58 of this article*).

The principle of directness entails that the parties make their claims, allegations and challenges before the court that considers and determines the case. The court also rules upon the admissibility of the evidence. In adversary proceedings, there is no assistant-judge who prepares the case himself/herself and collects the evidence. It is the judge who reports on the case in first-instance proceedings; and the panels consist of only one judge. As for the intermediate appellate court and the cassation court instance, where the panel is composed of three judges, one of the members of the panel reports on the case. The procedural actions of the parties are performed in a court session before the whole panel of the court and not just before the judge who reports on the case. The procedural actions of the court are the rendering of rulings and decisions taken by simple majority of the panel (Art. 21 (5) of the CCP). The decision is rendered by the panel that finalizes the hearing of the case (Art. 235 (1) of the CCP).

According to Bulgarian law, the cases are heard and the evidence is collected within a court session. The Bulgarian procedural legislation, theory and practice distinguish the following types of court sessions (*see also para VI of this article*): an open to the public court session, an



open sessions in camera and a closed session. The open court session is a session where the parties were subpoenaed. It has two varieties.

The open to the public court session is a session that can be attended not only by the parties, the witnesses and the experts, but also by persons not involved in the proceedings. The open sessions in camera are a specific type of a court session for which the parties are subpoenaed but the public is not accepted. When there is a closed session the parties to a case and the public are not allowed.

The principles of immediacy (directness) and orality are linked to the open court session, i.e. with the sessions when the parties are subpoenaed⁵⁵. The procedural actions are performed orally during the court session and entries are made in the minutes of the court session (Art. 150 of the CCP).

The new CCP makes a retreat from the oral examination of the case principle regardless of the fact that it is explicitly proclaimed in Art. 7 of the CCP.

Nowadays the session for oral examination of the case (Arts. 143–150 of the CCP) is preceded by:

- a.) The so-called parties' exchange of papers which is the filing of the statement of claim and the respondent's answer to it⁵⁶;
- b.) The first session in the proceedings is also called "the preparatory session" and it is closed without subpoenaing of the parties (Art.140 of the CCP). The matters regarding the admissibility of the proceedings are solved in this session and all the claims and challenges are considered as well as the admissibility of the presented evidence by the parties in their respectively a statement of claim and answer to it. After this closed session the court tries the case in an open court session with subpoenaing of the parties and serving the ruling enacted in the closed session and it is possible to send also its draft of the case report (Art. 140 (3) of the CCP).

⁵⁵ See V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed..

⁵⁶ The transmission of the duplicate copies however is done by the court and because of that the procedural relations are established among the court and each of the parties but not between the parties.



Although the legislator introduced the so called 'exchange of papers' (according to it and following Arts. 129 and 131 of the CCP, the parties are supposed to exhaustively state their demands and challenges) and a closed court session aiming at a preparation of the case, he saved rules referring the open session and typical for the court preparatory session under the repealed CCP when the session was open with subpoenaing of the parties. The Art. 143 (3) of the CCP explicitly stipulates that during the open session, which under the new CCP is about the case examination, the parties are obligated to make and justify all demands and oppositions thereof and to take a stand on the circumstances alleged by the opposing party (as it was done under Art. 109 (1) of the repealed CCP). It also provides that the court should pose questions to the parties for clarification of the facts, specifying the relevance of the said facts to the case (Art.145 (1) of the CCP as it was in Art. 109 (1) of the repealed CCP). Besides, exactly in this session the court's obligation is imposed to instruct the parties to particularize the allegations thereof and to eliminate any contradictions therein, the burden of proof and other solutions as it was under the revoked CCP).⁵⁷

The immediacy principle is also manifested in the collecting of evidence. The testimony of the witnesses is obtained by questioning the witnesses in a court session (Arts 170--171 of the CCP). No written testimony is admissible in the first-instance proceedings or the second-instance proceeding. The conclusion of the expert is produced in writing and copies are submitted to the court and the parties no later than a week prior to the day of the court session (Art. 199) of the CCP). Also, the expert is heard in the court session to which the parties are subpoenaed and may question him/her in order the conclusion to be clear (Art. 200 (1) of the CCP).

It is not allowed for the court to render its judgement on the grounds of evidence gathered in another case. The only exception is provided for in Art. 232 of the CCP. If the case is

⁵⁷ See V. Popova. *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed.



terminated due to a withdrawal of the claim, and the claimant later brings the same claim, the evidence gathered in the terminated case can be used in the new case but only if this gathering was barred by an obstacle that is hard to overcome (for instance, the witness died).

The principle of immediacy (directness) is not manifested in its pure form in adversary proceedings. Deviations can be seen in several directions:

- (a) unlike in criminal proceedings, the principle of irremovability of the starting panel of judges, the panel that starts the hearing of the case, does not apply in adversary proceedings. The decision is rendered by the panel that finalized the hearing of the case (Art. 235 (1) of the CCP);
- (b) if some pieces of evidence do not fall under the jurisdiction of the court and they do not necessarily have to be collected by the court itself, the court is entitled to delegate the collecting to the local regional judge (this is seldom used in practice);
- (c) the evidence can be gathered according to the procedure for securing it (Art. 207 *et seq.* of the CCP);
- (d) the inspection can be carried out by the whole panel, by a delegated member or by another delegated court (Art 204 (2) of the CCP);
- (e) if persons are examined, the court is not allowed to damage the person's self-respect and, consequently, he/she is entitled to not be present in person at the examination provided that he/she is presented by experts (Art. 206 of the CCP);
- (f) if documents are attached to the file, they can be submitted in the form of copies certified by the parties. However, the party is obliged to submit the original of the document or a certified copy if this is requested. If the party fails to do so, the copy of the document is excluded from the evidence in the case (Art. 183 of the CCP);
- (g) the intermediate appellate court makes its conclusions on the grounds of the evidence collected both in intermediate appellate proceedings and in first-instance proceedings. However, the intermediate appellate court is entitled to question the witnesses and the



experts again already questioned by the first-instance court if it is necessary to hear them directly (Art. 267 (2) of the CCP).

A deviation from the *orality principle* is the option the parties to submit written defences instead of oral contest to be held foreseen in the new CCP (Art. 149 (3) of the CCP). In this way, the popular court practice at the time of the effect of the repealed CCP was regulated.

There is a deviation from the immediacy and orality principle in the special action proceedings in commercial disputes. Where all evidence has been presented by the exchange of papers⁵⁸ and if the court holds that hearing of the parties is not necessary, the court may examine the case in a closed session, affording the parties an opportunity to present written defences and replies (Art.376 (1) of the CCP). The court has to examine and adjudicate on the case in camera where the parties ask for this (Art.376 (1) of the CCP).

The principles of directness and orality create both advantages and disadvantages in the civil procedure. Considering the conditions of direct hearing of the claims, allegations and challenges of the parties, as well as the opportunity of questioning them in a court session, the panel is able to acquire a direct and truthful picture of the factual and legal issues of the dispute. If the court does a good job, the disputable and indisputable facts can be distinguished in the course of the court session and the court can determine the factual issues of the case. If the evidence is submitted in a court session, the panel of judges who determine the dispute must be more cautious in exercising this activity. Also, the direct impression enables the court to better assess the truthfulness of the evidence. In this organization of the proceedings, the achievement of a consent decree is easier. Compared with the court's decision, the consent decree is the best way of determining the legal dispute, however reasonable and motivated the decision may be.

However, these two principles also give rise to certain inconveniences. There is no guarantee of the strict and complete report of the procedural actions. They are entered into the record of the court session, written to the dictation of the presiding judge. Often, cases are

⁵⁸ A double submission of papers and a preparation of the case in camera are stipulated in the proceedings in commercial disputes (Art. 366, 367, 372, 373 of the CCP).



postponed and, consequently, the decision is delayed. Exactly these disadvantages the legislator tries to displace in the new CCP introducing the 'exchange of papers' and the closed court session aiming at a preparation of the case as well as the preclusion time limits stipulated in Arts. 131 –143 (2) of the CCP for allegations, presentation and adducing of evidence.

These provisions however, are consorted with norms, typical for the preparatory session from the repealed CCP and the requirement for an obligatory written report on the case (Art.146 of the CCP), made during the open court session and just then the court instructs the parties as to the facts alleged in respect of which they do not adduce evidence. This combination of norms raised discontent in the legal practice, especially among the judges. It is to be hoped that the following old Bulgarian proverb would not turn out to be true in the situation: 'It is impossible for too much that is good to exist at the same place and at the same time'.

IX. The principle of publicity

According to Art. 121(3) C, cases in all courts are heard in court sessions which are open to the public, unless the law states otherwise. The proceedings can be attended not only by the parties, the witnesses and the experts, but also by persons not involved in the proceedings⁵⁹.

It is in accordance with this constitutionally established principle that Art. 132 (1) and (2) of the CSA stipulates that Courts examine cases in public hearings and the publicity of trial may only be limited by law.

The principle of publicity of the civil procedure is proclaimed in Art. 11 of the CCP entitled 'Publicity and immediacy'. It is said there that cases shall be examined orally in public session, unless a law instrument provides that such examination take place in camera⁶⁰. An analysis of the heading of the norm and its contents shows that with this provision the legislator proclaims

⁵⁹ About the types of court sessions in the Bulgarian procedural law see new para 57.

⁶⁰ This text is much criticized in the legal literature (R. Ivanova, B.Punev, S. Chernev, op. cit. - the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova, p. 48) because there is a inconformity between the title of the provision and its content. The title is *Publicity and immediacy* and the content provides that cases must be examined orally in public session.



three mutually interlinked principles – the principles of orality, immediacy (directness) and publicity.

The court, acting either *ex officio* or on a motion by any of the parties, may decree that the case be examined or only some steps be performed behind closed doors where: the public interest so necessitates; the protection of the privacy of the parties, of the family, or of the persons under curatorship so necessitates; the case involves a trade, industrial, inventor's or tax secret and the public disclosure would impair any defensible interests; other valid reasons apply (Art. 136 (1) of the CCP). In these cases, the parties, their attorneys, the experts and the witnesses are admitted to the court room as well as those persons whom the Presiding Judge gives the permission (Art. 136 (2) of the CCP).

The comparison among Art. 121 (3) of the C, Art. 132 of the CSA and Art. 11 of the CCP brings about the conclusion that the legislator is not very consistent in applying the term of 'open court session'. With the relevant provisions of the CCP regarding the court sessions the legislator however specified the notions of an open public session, an open session *in camera* and a closed court session. In Arts. 134 and 136 of the CCP is accepted the view accepted in the civil procedural practice and theory that an open court session is a session with the parties subpoenaed and it can be held in public or *in camera* while for the closed session there is no subpoenaing. Art. 134 of the CCP stipulates the following: 'The court shall examine the cases in public sessions and in closed sessions. Hearings shall be conducted in closed sessions in the cases provided for by the law without the parties attending'. For example: the case preparation is made in closed session (Art. 140 (1) of the CCP); those appeals against the court's rulings that bar the further development of the proceedings are heard by the intermediate appellate court and the cassation court in a closed court session, unless the court holds it is necessary for the appeal to be heard in an open court session, *i.e.* with subpoenaing the parties (Arts 278 (1) of the CCP). The same applies to the parties' appeals against the actions of the executive magistrate in the enforcement proceedings (Art. 437 (1) of the CCP).



The principle of publicity of the adversary proceedings is a serious guarantee for ensuring the impartiality of the court. The situation where the judge considers the case alone in his/her chambers, without the participation of the parties and without any other individuals is quite different from the one where the judge is faced with the parties and the audience in the courtroom. This principle is also important in view of exploring the factual issues involved in the case. It seems that the witnesses find it hard to commit perjury and the experts find it harder to give false conclusions when they are in the courtroom, in accordance with the principle of publicity, even if they are 'well-prepared' by the parties as to the answers they are supposed to give. The principle of publicity applies to all instances of adversary proceedings except for the abovementioned closed court sessions: about the case preparation (Art. 140 of the CCP); about the review of the claims against the rulings of the lower instance court (Art. 278 of the CCP); the session about the voting on the decision as well as the other court's acts, which are necessarily carried out in a private meeting of the panel (Art. 21 (1) of the CCP).

A deviation from the principle of publicity of the adversary proceedings is also stipulated under Art. 149 (3) of the CCP where the popular court practice during the effect of the repealed CCP was regulated, i.e. the oral competition to be replaced by written defences. Another deviation from the principle of publicity is allowed for in Art. 376 of the CCP concerning the special action proceedings in commercial disputes⁶¹.

As proclaimed by the Constitution, the principle of publicity also applies to the pronouncement of the court's judgment. The court solves the legal dispute between the parties by a State power act. It is the will of the State that stands behind the court's judgment. It is rendered in the name of the people. Because of its great importance as a conclusive procedural action, its legal regulation is subject to the principles of the adversary proceedings. The whole activity of the court in the proceedings is accumulated in the court's decision. Its pronouncement brings about a number of procedural consequences; from that moment the decision cannot be repealed or changed by the court that rendered it (Art. 246 of the CCP), and - for non appealable decisions, it is at this moment that *res judicata* takes effect (Art. 296 (1) of

⁶¹ See V. Popova, *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed.



the CCP). According to Art. 235 (5) the court renders its decision and reasoning within one month following the day of the meeting that finalized the hearing of the case.

An achievement of the new CCP with respect to the establishment of more publicity and transparency of the civil procedure is the explicit norm of Art. 235 (5), sentence II which proclaims that the judgment must be published in the register of judgments of courts, which should be open to public inspection and freely accessible to everyone. In my opinion, a better conformity was attained regarding the *publicity principle* in comparison with the practice, established during the effect of the repealed CCP. Then, despite the explicit law provision that the judgment's announcement must happen in a court session it was replaced by an entry into the judgment docket in the court's registry⁶².

The principle of public hearing of the cases would be a mere declaration if the court's judgments are not announced in public. Civil cases involve private interests. However, the constitutionally proclaimed principle of publicity does not only protect private interests, but it also serves the public interest – making the proceedings 'transparent', guaranteeing the impartiality of the court.

There is an exception to the principle of publicity in security proceedings as well. They are conducted in a closed court session and the parties do not participate. There are certain exceptions to the principle of publicity in bankruptcy proceedings as well. In the first instance, the request for instituting bankruptcy proceedings filed by the debtor is heard in a closed session (Art. 629(1) of the C. Code), while the one filed by a creditor is heard in camera and both the debtor and creditor are subpoenaed for it (Art. 629(2) of the C. Code). Unlike in other legal systems, the joining of creditors is admissible according to Art. 629(3) of the C. Code. The decision for instituting bankruptcy proceedings is entered in the Commercial register and it is promulgated in the State Gazette (Art. 622 of the C. Code), providing publicity of the decision.

The principle of publicity is also present in enforcement proceedings. The sale of movable assets (Art. 474 (1) et seq. of the CCP) as well as public sale of immovables (Art. 376 of the CCP).

⁶² See V. Popova, *Civil Procedure*. Bulgaria. First ed.



X. The inner conviction principle

Art. 12 of the CCP proclaims the inner conviction principle. It is said that ‘the court shall weigh all evidence in the case and the arguments of the parties, guided by its inner conviction’.

Until presently the rule stipulated in Art. 12 of the CCP was not considered as a separate principle of the civil procedure. It does not mean that the rule was neglected or underestimated in the theory, legislation and the practice. Art. 12 of the CCP actually re-enacts the rule of Art. 188 (1) of the revoked CCP⁶³.

Furthermore, during the effect of the repealed CCP it seems that the requirement for an assessment of the collected evidence and the arguments of the parties regarding the inner conviction of the court used to be broader. In the time when the repealed CCP was in force neither the admission of the facts, nor the admission of the claim did bind the court regarding its conviction. On the grounds of Art. 127 (2) of the CCP the both procedural actions are considered by the court regarding its inner conviction. Now Art. 237 of the CCP stipulates the institute of the Judgment upon Admission of Demand according to which ‘Where the respondent admits the claim, the court, acting on a motion by the plaintiff, must terminate the trial and render judgment conforming to the admission. As to the reasoning of such a judgment it suffices to state that the said judgment is based on the admission of the claim. In this hypothesis it is not admissible to collect evidence but only to state that the Judgment upon Admission of Demand is duly performed. This admission however does not bind the court regarding its conviction⁶⁴.

According to Art. 175 of the CCP ‘an admission of a fact, made by a party or by a representative thereof, must be evaluated by the court considering all circumstances of the case’. It means that the admission of a fact does not relieve the court of its obligation to observe and consider all evidence in the case and the admission of the fact in relation with its inner conviction.

⁶³ See V. Popova, *Civil Procedure*, Bulgaria. First ed.

⁶⁴ It is about the judicial admission of fact which is not favourable for the party.



The principle stipulated in Art. 12 of the CCP is typical for the adversary proceedings. In the legal literature it is bound to the evidence law and like a manifestation of the ascertaining of the truth principle⁶⁵. The freely made consideration of the evidence in accordance with the inner conviction of the court is a negation of the formal evidence. As a matter of fact, only the official certifying documents have binding evidential force now. Art. 179 (1) of the CCP provides that an official document, issued by an official servant within the official responsibilities thereof in the established form and according to the established procedure, constitutes evidence of the statements made before the said official and of the steps performed by and before the said official.

Art. 12 of the CCP proclaims that the court must also assess all the arguments of the parties, guided by its inner conviction. This, in my opinion, is the second aspect of the above-mentioned principle. In relation to Art. 12 of the CCP some authors consider that 'the arguments of the parties are actually their allegations which have to be proved by the admissible legal evidence'⁶⁶.

This view cannot be accepted. The parties' arguments are their reasons. There are two types of these. The first one is the factual arguments which present the evidential conclusions of the parties regarding the facts. In their defence during the adversary proceedings the parties apply legal arguments⁶⁷ as well which also imply the court's obligation to consider them in accordance with its inner conviction. It is true that the court is obliged to apply the law and the legal qualifications of the facts made by the parties do not bind it. Nevertheless, the parties have the right to be heard not only in relation to the facts and the evidence about them but also in relation to their interpretation of the law. The fact that the legal qualifications of a party do not bind the court does not allow it to consider the legal arguments of the said party.

⁶⁵ See L. Kornezov, '*Grajdansko...*', op. cit., p. 143; R Ivanova, B.Punev, S. Chernev, op. cit. - the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova, p. 49-50).

⁶⁶ See L. Kornezov, op. cit., p. 144.

⁶⁷ See V. Popova, op. cit., pp. 231- 232.



XI. The principle for examination and rendering of decisions on cases within a reasonable time limit and the concentration requirement

Art. 6 (1) of the European Convention on Protection of Human Rights and the Fundamental Freedoms (ECPHRFF) proclaims that ‘in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law’. This requirement is an essential element of the human’s right of legal defence because sometimes the slow administering of defence can be equal to lack of defence. One of the serious problems of the practice is the slow process of administering trials and the delay of rendering a decision.

The requirement of an examination and rendering of decisions on the cases within a reasonable time limit is proclaimed to be a civil procedure’s principle under the new CCP⁶⁸. Art. 13 of the CCP in compliance with Art. 6 (1) of the ECPHRFF proclaims that the court examines and adjudicates the cases within a reasonable period of time. It is pointed out that⁶⁹ the stipulation of the principle in Art. 13 of the CCP is a mere formality because the ECPHRFF is ratified by the Republic of Bulgaria with an act of the NA from 31 July 1992 (SG 66/ 1992) and Art. 5 (4) of the C explicitly proclaims that any international treaty, which has been ratified according to a procedure established by the Constitution, which has been promulgated, and which has entered into force for the Republic of Bulgaria, are part of the state’s national law. Any such treaty must take priority over any conflicting norms of domestic legislation. The European Court in Strasbourg is a guarantee for the observing of the rule in Art. 6 (1) of the ECPHRFF. The criteria established by this Court in its practice of applying Art. 6 (1) of the Convention must be abided both – by the national courts and the legislator when stipulates the relevant processes.

⁶⁸ At the time of the repealed CCP the requirements for speed and procedural economy were regarded as purposes rather than principles of the civil procedure (see V. Popova. Civil Procedure. Bulgaria. First ed., par. 50 and the titles cited there).

⁶⁹ R Ivanova, B.Punev, S. Chernev, op. cit. - the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova, p. 51



As a matter of fact, it is important for the principle to be implied in concrete legal norms and not just only to be proclaimed. That is why it is essential to be mentioned that the principle stipulated in Art. 13 of the CCP includes not only the examination but also the adjudication of the cases. In Art. 235 (5) it is established that the court should publish its judgment, alongside the reasoning ,within one month after the hearing at which the examination of the case was completed⁷⁰. It is well known however that the time limit under the law for enacting and proclamation of the judicial decisions is not observed by many judges with the excuse that the court system is overburdened with cases. And this is true to some degree. If this is the reason causing the problem then the solution is the increase in the numbers of the judges and not the cutting down of time limits⁷¹. One of the real reason for the delay of the court decisions however is the understanding that the time limits for the procedural actions of the court are interpreted as instructive⁷². It is true that with the Petition to Set Time Limit in Case of Unreasonable Delay (Art. 255 of the CCP) the party can enforce the process of adjudication but again this will happen after the time limit set under law. Besides, it is true that the judge may be disciplined under Art. 307 of the CSA but the same judge is supposed to enact the decision on the case and it is practically almost guaranteed that the petition for delay and the eventually imposing of snaction on the judge will not make him/ her meticulous to the party – petitioner. On the other hand, the state’s liability under the ECPHRFF is not equal to the due receipt of defence.

It is completely true that the case’s examination within a reasonable time limit depends not only on well-organized procedural steps of the court but also on the diligent exercise of the

⁷⁰ Whether the deadline is a short or long one is another matter. In practice in this respect there is no change in comparison with Art.190 of CCP where after the 1997 amendments a 30 day term was established. Before that under Art.190 of the repealed CCP it was established that the declaring of the judgment had to take place in the hearing where the procedures had been closed and only in cases displaying legal or factual complexity it was possible that the judgment be declared within 14 days following the termination of the hearing. It is obvious that the legislator is moving the law regime towards a longer deadline for declaring of the judgment.

⁷¹ It is clear that dealing with cases is being slowed down by the fact that the hearings are being scheduled many months after lodging of the claim – again – due to the fact that courts are overburdened.

⁷² Naturally, it is not possible for them to be preclusive because the society does not have an interest of the preclusion of the court’s obligation to render the judgment.



procedural rights of the parties as it is stipulated in Art. 3 of the CCP⁷³. Since under the repealed CCP the practice displayed many cases of the parties pettifogging their procedural steps which resulted in chicanery of the law administering, the new CCP introduced the so-called *concentration principle*, in other words the “concentration of the evidential material principle”⁷⁴. Ultimately the legislator did not decide to proclaim explicitly this principle in Part I, chapter II of the CCP, named *Basic principles*. Reasonably, in the legal theory and practice this principle is deduced from a number of norms which secure the concentration of the evidential material⁷⁵. In his/ her statement of claim the plaintiff should exhaust all the legal and evidential allegations relevant to the disputed facts, to indicate the evidence which will help in the ascertainment of these facts and to present the written evidence (Art. 127 of the CCP). On the other hand, in his/ her answer, the respondent is obligated to adduce the evidence and the specific circumstances which the said respondent is to prove thereby, and to present all written evidence in his/her possession. The respondent must submit the written answer within one month period (Art. 131 of the CCP). After verifying the conformity and admissibility of the claim brought, as well as the other demands and objections of the parties, including the demands on evidence, the court acting in a closed session, should render a ruling on all preliminary issues and on admission of the evidence (Art. 140 (1) of the CCP). The court schedules the hearing of the case for public session, subpoenas the parties and after addressing the preliminary issues, proceeds with clarification of the factual aspect of the dispute (Art. 143 of the CCP). According to Art. 143 (2) of the CCP the plaintiff may explain and amplify the statement of claim as well as adduce and present evidence in connection with the contestations made by the respondent, and the respondent may cite and present new evidence which the said respondent was unable

⁷³ See L. Kornezov, op. cit., pp. 146-147.

⁷⁴ Some ideas were adopted from the repealed CLPA effective in the period of 1930 – 1948 (L. Kornezov, op. cit., pp. 148--149; R Ivanova, B.Punev, S. Chernev, op. cit. - the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova, p. 53; O. Stamboliev, op. cit., p. 109) and under the influence of the Austrian experts in the working group, formed for the preparation of the draft of the new CCP.

⁷⁵ Most of the authors accept that this is a separate principle (R Ivanova, B.Punev, S. Chernev, op. cit. - the matters regarding the principles of civil proceedings are worked out by R. Ivanova, pp. 52--54; O. Stamboliev, op. cit., pp. 109-111. This principle is not explicitly proclaimed but it can be accepted as an element of the principle of the Examination and Adjudication of Cases within Reasonable Time stipulated in Art 13 (L. Kornezov, op. cit., pp. 148-50).



to cite and present in the answer to the statement of claim. The respondent can also cite and present evidence referring the plaintiff's demands under Art. 143 (2) of the CCP – the argument about this opportunity is under Art. 144 (1) of the CCP⁷⁶. The purpose of the aforesaid rules is the case's examination and the collection of evidence in the first – instance proceedings to be realized in one session only. Some authors consider this idea to be a good one but not realistic⁷⁷. Probably this is the reason for the legislator to step aside from it and to proclaim that the obligatory written court report with its mandatory content (Art. 146 of the CCP where the instructions in the parties about the allocation of the burden of proof and about the non – presenting of evidence in relation of some facts alleged are an essential element of the report's content) must be prepared during this session but not before it⁷⁸.

The concentration principle has also a manifestation in the intermediate appellate proceedings where the party can refer only to the newly discovered or intervening facts which the appellant wishes to be taken into account in adjudication of the case by the court of intermediate appellate review instance, and in an exhaustive listing of the reasons which have prevented the appellant from citing the newly discovered facts; respectively the party can only demand new evidence which the appellant wishes to be taken upon examination of the case (Art. 260, items 5–6; Art. 263 (2); Art. 266 (1) and (2) of the CCP). In these proceedings like it is in the first-instance proceedings, the court passes its judgment on the requested evidence upon considering them in private (Art.267 (1) of the CCP) in order to be possible for the court to examine and adjudicate in a closed session.

The *Examination and Adjudication of Cases within Reasonable Time* principle with its outlined content, which includes the concentration of the evidential material, is typical for the adversary proceedings.

⁷⁶ In accordance with Art. 144 (1) the respondent may request to be allowed additional time in order to take a stand on the motions for evidence made by the respondent during the hearing and to cite additional evidence in connection with the contestations made.

⁷⁷ L. Kornezov, op. cit., p. 149.

⁷⁸ This combination between an early preclusion and late court's instructions to the parties leads to a confusion in legal practice which is due not to the incapacity of the judges and the attorneys but is a result of the inner contradiction of such combination.



In my opinion, the stipulated principle in Art. 13 of the CCP referring to the Examination and Adjudication of Case is also relevant to the claim securing proceedings. Art. 395 (2) of the CCP explicitly proclaims that the petition for a security of a claim should be adjudicated in camera on the day on which the said petition is submitted⁷⁹.

The principle stipulated in Art. 13 of the CCP must be further relevant to the enforcement proceedings. The officially declared reason for the introduction of the Order for payment proceeding in the new CCP is the possibility for a fast enforcement. Under Art. 411 (2) of the CCP the court should examine the application in private deliberation and should issue an enforcement order within three days⁸⁰. Art. 405 (6) of the CCP stipulates that a petition for an issuance of a writ of execution should be examined in closed session within seven days by a judge of the competent court. In my opinion, this time limit is not well-founded because the issuance of a writ of execution is not of a legal or technical complexity. On the other hand it is not possible for the court to impose any other securing measures. Aiming the accomplishment of a faster process of the enforcement proceedings the legislator restricted the opportunity for appeals of the acts of the enforcement magistrate (Art. 435 of the CCP). The aspiration for a quicker civil procedure is not supposed to be a detriment of the guaranteed lawful development of the procedure. The requirement of Art. 6 (1) of the ECPHRFF and Art. 13 of the CCP is not just a rule for a quicker procedure but also it stipulates the procedure to be administered and completed within a reasonable time limit which in my opinion must be combined with the lawfulness principle.

⁷⁹ Unfortunately, in my opinion this norm, which is identical to the Art. 314 (2) of the repealed CCP, is often violated in the practice.

⁸⁰ Unfortunately this rule is much violated. There are Applications for Issuing of an enforcement order submitted before the Sofia Regional Court which are not examined within periods of whole months. They say this is because the court is overburdened with work. The legislator tried to solve the problem changing the cognizance established in Art. 411 (1) of the CCP (SG 42/ 2009) but the order for payment proceedings was not accelerate a lot and some other problems appeared.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

“Judicial Corruption” Understanding -

Several Theoretic Reflections Based on Empirical Investigations

Yaxin Wang

Professor of the School of Law at the Tsinghua University

Abstract: The article seeks to define and analyse the phenomenon known as “judicial corruption” based on empirical research on the chinese system.

Keywords: Judicial corruption. China

Living in Chinese society, in many different occasions, so called “judicial corruption” is frequently mentioned topic. However, approaching this topic from an academic perspective is actually quite difficult. Except for some individual case reports and emotional arguments, the author has not discovered any academic articles or books that truly focus on judicial corruption. Both foreign and domestic research on corruption generally, particularly in relation to economic transition or the political system, can serve as a valuable starting point for research on judicial corruption¹. However, until the study of judicial corruption has reached a definite level, most of the concepts developed cannot be simply applied to interpret or explain the phenomenon judicial corruption. Since 2002, the author has attempted to conduct in-depth empirical investigations on the adjudication procedure and practice of civil tribunals².

¹ In the relevant literatures which have been read by the author, *the Economic Analysis on Corruption and Bribe* written by Zhang Shuguang is quite helpful. It is originally recorded in *Social Sciences in China Quarterly (the first volume)*, 1994; and then gathered in *Systemic Structure and Its Change in Chinese Transformation* written by Zhang Shuguang, Beijing, Economic Sciences Press, 2005. Concerning the application of analysis framework as well as some relative propositions advanced by this article, the detailed explanation could be found in the following text.

² Up to now, the author’s articles on empirical investigations which have been published include: *Civil Adjudication in Practice-----Operation of Civil Procedure in the First Instance Cases at Four Intermediate Courts* which is recorded in *Modern Law Science*, 2003, the fifth issue & the sixth issue; *Civil Adjudication in Practice-----*



Throughout this process, the author has always paid attention to questions such as what phenomenon “judicial corruption” refers to and how severe these problems are. Although the author has not discovered any effective means to do quantitative analysis or systemic study on judicial corruption, several intuitionistic impressions and thoughts on their logic have been gradually accumulated while observing the conduct of courts in various areas. In this article, the author starts by sorting out these scattered senses and thoughts, and then constructs some analytical framework which can combine and systematize them so as to provide a starting point for further study.

Over here, what still need to explain is, unlike general articles on corruption, this one try to take another methodology approach. That means, the common framework of “phenomenon→causation→countermeasure” would not be used in this article. And from the perspective of social interactions around “judicial corruption”, this concept as well as its connections with social phenomena it refers would be expounded. According to methodologies of Sociology of Deviance or Criminology, this approach is different from the so called “objective theory” or “normative paradigm”, but belongs to “expositive paradigm” or phenomenological method³. Meanwhile, putting the meaning of “value free” in head, the author also takes an attitude of dispassionate analysis and objective description as far as possible to observe “judicial corruption”. This research method tightly connects with the so called sociological standpoint “pure epistemology”. In a word, the methodology tendency this article tries to hold is keeping distance with research object or observing it from a relative viewpoint, regarding the matter with dense subjective characteristics as objective existence, and meanwhile keeping a comprehensive or hermeneutic viewpoint. This always means that researchers are not anxious to bring forward some countermeasures or suggestions of policy, but pay more attention on understanding the object of study along with its internal logic, namely emphasize more on the

Operation of Civil Procedure in the First Instance Cases at Five Intermediate Courts which is recorded in *Peking University Law Review*, the sixth volume, the first part; and *Witness' Appearance and Verification before Court in Civil Action* which is recorded in *Peking University Chinese and comparative law*, 2005, the second issue.

³ The introduction on these two approaches of methodology could be found in author's article *Methodology Issue in Western Criminology Study*, Wang Yaxin, *Civil Action in Social Transformation*, China Legal Publishing House, 2001, P349-362.



aim or significance "purely from curiosity". However, this tendency is not always contrary to the study aiming at obtaining effective countermeasures. It could be regarded as a preparation for the research on countermeasures later.

I. Definition and Mapping of "Judicial Corruption"

While observing judicial corruption, the first problem involved is how to define it. This problem tightly connects with the demand of evaluating, as objectively as possible, the severity or universality of judicial corruption in real life. As a generic premise, the word "corruption" per se has several meanings. According to a definition which is purportedly relative universal in international society, corruption means "abusing public power for personal interests"⁴. Although it is just one of those greatly different definitions, it is believed that this definition contains two meanings with the significance of "greatest common divisor" (i.e. the meanings most of definitions include), namely "taking advantage of public power or authority" and "seeking for personal interests illegally or improperly". If these two meanings are applied to the concept "judicial corruption" which is restricted in the field of court adjudgement, this concept might be approximately understood as "behaviors conducting by judges who try to influence adjudgement with their official authorities so as to obtain some personal interests"⁵. This is also a somewhat vague definition which needs further interpretation and analysis.

Over here, we follow the above meaning of "greatest common divisor" and regard the most crucial factors of the above definition, namely "personal interests" and "influence on adjudgement", as two dimensions measuring whether a behavior reaches "judicial corruption" as well as whether it is serious. Then we make two axes denote them. One stands for "personal

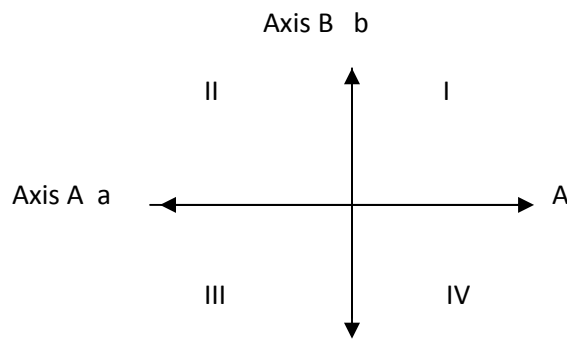
⁴ This is recorded in *China: Fighting Against Corruption* which is edited by Hu Angang, China, Hangzhou, Zhejiang People Press, 2001, P2-4; in this book, the author also argue that "corruption" has many meanings and it is very difficult to define it (P245-247).

⁵ In board sense, "judicial corruption" may relate to other departments, such as police and procuratorial department. In courts, it also involves other matters which are far away from adjudgement (such as personnel's arrangement). However, in order to facilitate discussion, the meaning of this concept is always restricted in the range of "adjudgement" which has been pointed out here. But we should interpret "adjudgement" broadly till it includes enforcement and other relative procedures at least, so as to approach "judicial corruption" further.



interests obtained by judges”. Then, seeking or accepting large quantity of bribes, the most serious behavior, is one pole; and accepting treat or little gift, the slightest action, is the other pole. It is noticed that, besides accepting money or materials, judges are likely to submit to other personal interests, such as intercessions from family, friends, or colleges as well as interventions or pressures from internal or external leaders. Although these factors seem not to be problems of judges themselves, when they accepting intercessions or submitting to pressures and interventions, he or she has got benefits of “face”, “human sentiment” or “leader’s appreciation or preference in future”. Therefore, according to their different degrees, these actions are also likely to distribute on axis of “personal interests obtained by judges”. The other axis stands for the influence that is imposed on adjudgement by judges. They abuse their official authorities to seek for various personal interests referred above. On the pole standing for the severest actions, it is comprehensively “swearing black is white” to the case facts or obviously “perverting the laws” while applying them. However, on the other pole, it is “preference” which seems not to be “fault” or “illegal action” and is permissible in the range of judge’s discretion. It is “preference” because the choice is not made through considering pure facts, law interpretation or policy, but some personal interests referred above. The degrees of these preferences are also different, for example, some preference's degree is little, but some is serious; or some is distinct, but some is vague. And there are still some other situations which are not completely “swearing black is white” or obviously “perverting the law”, but result in substantial or procedural flaws, however, as long as for judges’ personal interests, they could also be denoted with different dots on axis of “influence on adjudgement”.

If the first axis “obtaining personal interests” is axis A, the most serious pole is “A”, the slightest one is “a”; and the second axis “influence on adjudgement” is axis B, the most serious pole is “B”, the slightest one is “b”, various possible situations of “judicial corruption” could be represented approximately by the next graph.



In above graph, the fourth quadrant (AB) represents typical “judicial corruption”, namely extreme or not so extreme cases of “swearing black is white” or “perverting the law” which are conducted by judges who take bribes, practise favoritism or submit to strong intervention or pressure, as well as other situations with different degrees but similar to these cases or with similar vicious natures. As a comparison, the second quadrant (ab) reflects some preferences based on face, common intervention or some kind of social exchange. However, the objective influence of these preferences lies in the permissible scope of discretion or on its boundary. They do not always violate laws, common sense, feelings and reasons. Compared with this, in the first quadrant, the most typical cases are “taking the bribes but not perverting the law” and some similar situations that the judge does wicked things for personal interests but its influence on adjudgement is relatively slight. They are likely to occur in daily life. On the contrary, in the third quadrant, judges impose relatively serious negative influences on adjudgement for common feelings, common superior- inferior relationship and quite limited personal interests.

It is believed that four types of conditions above are likely to exist more or less in practical adjudgement. But then, from the perspective of common sense or general impressions, it is possible that the situations in quadrant II are most universal, the next is quadrant I, and situations in quadrants IV and III are relatively few (those in quadrant III are possible the scarcest ones). It is totally impossible to learn about the accurate proportion of



every situation of “judicial corruption”. In fact, the lines between different quadrants are quite unclear. However, if we regard such unclear classifications as an analysis instrument and start from the rough estimations on universalities of the above situations, it is possible to deepen discussions on relative issues. Certainly, we must limit the issues first.

II. Estimations on Severity of “judicial corruption”

The meaning of “judicial occupation” is always unclear while it is used to name some objects in social life. One reason is that the range of objects being named is too wide and the standards being potentially used are various. The cases in quadrants II of above graph are likely to be the commonest objects that lead to such difficulties on naming. In this article, these cases are included in “judicial corruption” since the author potentially applies a standard that, compared with both parties, the judge should keep pure neutral in adjudgement (reflecting on the relationships with internal or external power, it means “judicial independence”). That is, neither should judges accept any intercessions, treats or gifts, nor any improper interventions from any power. This doctrine has been accepted or required to be a rule or ideal by the mainstream ideology and it is also the realities of judicial operations in some foreign countries (including Hong Kong) where has a mature legal system. Therefore, if the adjudgement is influenced by these external factors (even if the factual influence is remote or the judgment would be the same without these factors), it is reasonable to believe that judicial corruption in some degree has occurred. Also we believe that people mean this when they talk about “judicial corruption” in several occasions of social life. However, if we go on seeking for the rule related to this type of situation in Chinese specific social circumstance, it will be found that when these influences on adjudgement lie in the range of judges’ discretion, those phenomena of accepting intercession, treat or common gift and admitting to some interventions do not always constitute “judicial corruption” which is discussed by the public in daily life.



Chinese live in various interpersonal relationship networks. Even judges of this country could not jump over these networks, and then constitute a specific profession which has different ethic and separates from the social exchanges, since they have not experienced long time traditional edification like foreign judges. If the influences on adjudgement for “human feelings” are just judges’ preferential choices which lie in the range of their discretions, in specific situations of daily life, people will not only acquiesce or permit them but also likely to encourage them in some ways even they are improper from the perspective of “public discourse” or common sense. The judges are even likely to be punished if they do not make such choices in some cases. Therefore, it must be admitted that, there is another culture, criterion and common sense accepted broadly in daily life and they justify many behaviors or phenomena in quadrant II so as to make it hard to name them “judicial corruption”. This is also one reason that we believe this phenomenon is likely to be terribly universal in Chinese current judicial practice. However, while observing people’s reply to the question whether similar phenomena should be regarded as “judicial corruption” in reality, two factors should be considered seriously. First, under the premise that judges just obtain personal interests of “social exchanges”, it is always difficult to “objectively” cognize and confirm whether “influence on adjudgement” rests in the range of discretion. This is an important factor leading to the extremely easy shift of the definitions of behaviors in quadrant II. The author will make further analysis on this point in the following text. Secondly, anyone who defines something is likely to use double standards consciously or unconsciously, and this makes the question whether one phenomenon is included in “judicial corruption” quite hard to answer. One reason has been referred above, namely the coexistence of two different standards is reality.

Another is that, people always define the conception from their own benefits or subjective feelings. For example, both parties adopt the "practical" standard first. They will seek for support from people who are possible to influence the adjudgement when litigation starts, however, if the consequence does not satisfy them, one party or even both parties will adopt the “ideal” standard, and regard the judges’ choices in range of discretion as “judicial corruption”. Although suchlike behaviors could not be justified from the perspective of ethic



estimation, as a kind of game strategy, they own rationality and even some positive functions on restraining corruption. This point will be referred and analyzed in the following text.

Compared with phenomena in quadrant II, there seems to be less difficulties or contradictions to regard the phenomena in quadrant I, III and IV as “judicial corruption”. However, while the phenomena in these three quadrants are all called “judicial corruption”, they seem to own different characteristics as far as their frequencies be concerned. In order to explain this point, it is necessary to introduce a suit of conception as instrument, which is “micro-circumstance where judicial corruption occurs”. This conception could be divided into “ordered circumstance” and “disordered circumstance”. The “circumstance” here should be understood as a kind of scene, room or background that does not directly cause “judicial corruption”, but could reflect, embody or condense numerous complicated factors or processes which might stimulate or restrain the occurrence of “judicial corruption”. It is well known that, in the actual process of social transformation, developments in different areas are quite unbalanced. And if we regard the courts in different areas as micro-circumstances where “judicial corruption” is likely to occur, there are also various distinctions with different degrees among them. These distinctions that tightly connect with “judicial corruption” are mainly embodied in several factors, such as differences of leaders, daily management and internal culture shaped in a long term⁶. These factors have complicated connections with the conditions of local economy, society and culture, etc, and they are always influenced or even determined by the holistic administration level of local government (with the so called “ethos in officialdom” as its common name)⁷. The classification above is to divide organizations where

⁶ The restriction on “circumstance” here is built on an analysis unit which is determined by the data obtained during author’s empirical investigations. In investigations, we always find that there may be great or even qualitative distinctions between two courts which are close to each other. Discussion on question that why the author takes the court as basic analysis unit and various distinctions about leaders of courts, internal management and culture, could be seen in author’s article *Procedure, Institute, Organization---Transformation of Basic-Level Court’s Procedural Operation and Administrative Mechanism* which is recorded in *Social Science in China*,2004, the third issue.

⁷ The relationship between some conditions (such as economic, social and cultural conditions) in specific area and courts where “judicial corruption” occurs is so complex that the author is incapable to do research directly. However, it could almost be certain that there is not just causality between them. For example, from our observations during empirical investigations, it is hard to say that there is some plus or minus relationship between the level of economy development in specific area and the degree of “judicial corruption” in this area. At the same



judges set themselves into “relative ordered circumstance” and “relative disordered circumstance” according to whether leaders of courts could set an example to others, whether courts' daily managements are loose and whether courts’ internal cultures are positive. And the frequencies of “judicial corruption” which are denoted by several quadrants in former section are likely to be different in these two different circumstances. Generally speaking, the occurrence of “judicial corruption” in quadrant I is few in “relative ordered circumstance”, and quite universal in “relative disordered circumstance”. And the occurrence of “judicial corruption” in quadrant IV is few in both circumstances. Then these phenomena in quadrant III are few in disordered circumstance, and they are quite rare or even unimaginable in ordered circumstance. None but the phenomena in quadrant II are likely to occur universally in both circumstances.

If we mark the universal occurrence of “judicial corruption” with “+”, individual occurrence with “-”, and infrequency with “—”, the matters we discussed above could be roughly displayed in the next graph more intuitively.

quadrant\ environment	or dered	disord ered
I	-	+
II	+	+
III	—	-
IV	-	-

time, from limited observations, the author cognizes that whether the ethos of officialdom in certain area is well could almost be regarded as an obvious guideline to judge whether “judicial corruption” is serious. However, at present, there is no effective method to approach and do further study on their concrete connections as well as the internal mechanism between them.



It is obvious that the above graph is still a rough estimation to the severity of “judicial corruption”. And it may not be too far from people’s feelings and common sense. However, there is still some difference between them: on the basis of the information and intuitive impressions obtained in empirical investigations, it is believed that the graph above could help us to comprehend the so called “judicial corruption” a little further or more deeply. Then, whether is it still possible to estimate the severity of “judicial corruption” more accurately?

If we apply the conception “circumstance” above to analyze the frequencies that different “judicial corruption” occurs, it could be found that there is a close relationship between the severity of “judicial corruption” as a whole and the respective percentages of these two “circumstances” in the whole country.

More concretely speaking, if a quantitative evaluation to the three thousands courts of this country could be conducted with this classification, we can naturally get some answers on how severe “judicial corruption” is. However, this evaluation is nearly impossible on methodology. There are three reasons. First, there is no credible data as the basis of such quantitative evaluation. And while considering the techniques, costs and other conditions, it is totally impossible to gain the data of the whole country. Second, what the so called classification of “ordered” circumstance and “disordered” circumstance denote would rather be two poles of one axis, than two totally different situations. There are infinite situations between these two poles. Therefore, it is quite difficult to define one environment in a continuum as “ordered” circumstance or “disordered” one when it is in the middle of two poles. Third, the “circumstance”, whether it is ordered or disordered, is always changing with the lapse of time. Today it is quite “disordered”, but tomorrow it may turn into relatively ordered status, and vice versa. While some little circumstance becoming more ordered, others are likely to become disordered. Actually, the changing of the whole environment is always a dynamic process during which one falls and another rises. The direction of change is uncertain, and its inducements might be extremely various. It not only includes some structural factors with considerable universality, such as Central Government provides transfer payment to western judicial departments and increases its intensity gradually, but also some casual ones,



such as the leader group of one court is changed. Anyway, on the basis of the evaluations in above graph, there is no way to further conduct more accurate evaluation to the severity of judicial corruption.

However, if it is allowed to offer some personal opinions on the basis of general observations, and even some subjective impressions, the author inclines to the proposition that the whole circumstance of courts is turning into relative ordered direction since the middle of 1990s when Chinese economy starts to develop in high speed. Although this does not mean the amount of “judicial corruption” decrease or this tendency could be kept, it is believable that the ordered circumstances and those turning into this direction are more universal than those disordered ones since social development not only requires the level of law enforcement to be heightened, but also provides relative capacious room for this improvement.

III Difficulties on Defining “Judicial Corruption” and the Relative Social Consciousness

Above, we make a so called “objective” evaluation to the severity or universality of “judicial corruption” in reality under the premise that some relative conceptions as well as classification have been relatively confirmed transitorily. However, it could hardly be more accurate. Furthermore, this perspective is far from enough for us to master the complexity of phenomena, and it even could not always be regarded as the key approach to do research. As a social phenomenon, “judicial corruption” includes a great deal of criticism, minus feelings, moods and expressions delivered by jurists and common people towards Chinese courts and adjudgement nowadays. With the appearance of pure value judgment or subjective judgment, this evaluation is also a kind of social reality, although, to some extent, it includes a great deal of arbitrariness. Therefore, it is still quite significant for us to understand the consequence of “judicial corruption”. While discussing “judicial corruption”, this aspect has to be considered adequately, so it is necessary to go back to the definition which is discussed at the beginning of this article.



Above, it has been pointed out that the concept “judicial corruption” has several meanings and it is hard to define it. And people’s feelings and descriptions to this conception are always ambiguous. One reason lies on the uncertainty of adjudgement activities conducted by judges. Over here, it is necessary to make the conception framework above be dynamic again, and we should reconsider the relativity of these two axes “judges’ personal interests” and their “influence on adjudgement”. As discussed above, nowadays, it is permissible for judges to obtain some personal interests through social exchange in China. Although there are regulations forbidding judges to obtain personal interests, it is difficult to draw a clear line between the permissible personal interests and the non-permissible ones in judicial practice since the axis of “judges’ personal interests” has two poles and there are infinite situations between them. Similarly, it is always difficult to confirm which preferences that impose influence on adjudgement rest in the scope of judge’s discretion and which ones are not so as to constitute “abuse of authority”. Vividly speaking, there is a “gray” part that is neither “black” nor “white” in the middle of two axes. This condition not only takes root on the common nature of judicial adjudgement, namely “double uncertainty” of law and facts, but also connects with some Chinese cultural traditions and the current specific situation of social transformation⁸. As far as its connection with cultural traditions is concerned, there is never “legal interpretative community” appearing in our history which could relatively reduce such double uncertainty and this also constitute one of the current backgrounds that jurists appeal for the realization of legal professionalization. And from the perspective of specific situations during social transformation which make it quite difficult to determine the quality and quantity of “personal interests” and “influence on adjudgement”, some questions below need to be expressly point out and analyze on the basis of information and impressions obtained in empirical investigations.

⁸ In Wang Chenguang’s article *Uncertainty in Law’s Application and Long-standing Mistaken Idea in System of investigating into Misjudged Case* which is recorded in *Legal Science*, 1997, the third issue, we could find the statements and related arguments under common judicial theory on uncertainty of law and fact along with the aggravation of uncertainty caused by various social conditions during the period of social transformation in our country.



As we have talked above, during the period of social transformation, levels of the developments in different areas are extraordinarily different. Therefore, the courts in different areas which are regarded as the sub-circumstances of “judicial corruption” are quite different from each other. However, this difference not only means that in different circumstances, the frequencies of “judicial corruption” with different types or severity may be different, but also means that, in different circumstances, people’s understandings on which behavior belongs to “judicial corruption” could also be quite different. In other words, different circumstances may constitute different order spaces with different popular rules as so to provide different standards for the same phenomenon. Although some situations will certainly be regarded as “judicial corruption” in the light of any definition, as far as several subtle circumstances are concerned, some permissible social exchanges or normally obtained interests which are widely accepted in some specific circumstances might be regarded as unforgivable in other circumstances. Similarly, some behaviors which are regarded as judge’s choices in his discretion in one place may be regarded as a misjudged case cause by judge’s abuse of authority in other places. And some regulations which are known but not declared by nearly every person in a specific circumstance might be totally opposite to the commonest legal sense of the public at the level of whole country⁹. And, these differences between different circumstances or between some specific circumstance and the whole country are still changing at all times. Since the circumstances which provide prescriptive “reference” or referrible standard to phenomenon differs in thousands ways, it is certainly quite difficult to make a determinate or widely accepted definition for “judicial corruption”. It needs to be pointed out that the

⁹ This point also has tightly related to some phenomena which occur on the level of “circumstance” and “organizations” (namely not on the level of individual) and obviously belong to “judicial corruption”. For example, some “deals between power and money” occurring in several typical occasions, such as some typical occasions of penalty measurement or reprieve in criminal adjudgement when judges’ discretions are executed, are likely to be some special organizations’ continuous behaviors which follow the byelaws. In some “circumstances”, the prices and regulations etc. of these exchanges between money and different sorts of discretions are all controlled by organizations themselves. And individuals just execute the organizations’ orders. The money or benefits obtained belong to the organizations. Then individuals could just get some indirect distributions but could not be the direct beneficiaries in principle. Once there are some problems, the organizations would protect individuals to the best of their abilities. From the perspective that benefits obtained by the organizations would finally be distributed to individuals in the organizations, this situation could be regarded as some phenomenon in the first quadrant in section one of this article. However, in some special “circumstances”, this sort of behaviors obviously has been regarded as some reasonable and acceptable matters by the people in these circumstances.



“circumstance”, which, from the above perspective of so called “objective evaluation”, is out of the nature of “judicial corruption”, has been regarded as an indispensable inner factor to define “judicial corruption” in current context. And it needs to be noticed that the “circumstance”, which has been referred above and here, is not a concept instrument to analyze the origin of “judicial corruption”. However, it indeed has close relationship with the occurring mechanism of this phenomenon¹⁰.

Although it is so difficult to confirm an exact and widely accepted definition to “judicial corruption”, parties, lawyers, scholars, media, the public and even judges themselves still use this conception to name some phenomena continuously in many occasions. Thus, to define “judicial corruption” is not only to cognize and describe the phenomenon, but also to constitute a sort of social mood, or reflect some aggregative social sense or consciousness. Although, from the perspective of veracity a conception cognizes and corresponds the matter it names, we could criticize that some usages are too broad or too narrow, and it also very easy to point out there may be contradictions and conflictions among many people’ definitions, however, it is incontestable that these definitions and the frequent usage of “judicial corruption” per se have constituted some aggregative or universal sense. From the so called popular viewpoint that “the public credibility to judicial adjudgement is quite low”, we may have to admit that, according to the common sense, the phenomena which could be named “judicial corruption”

¹⁰ “Judicial corruption” is certainly a sort of “crime” or “aberrance”. In the field of criminology or more general field of aberrance sociology, we always explain the source of “crime” or “aberrance” from two perspectives of “circumstance” and “quality”. However, around the question that which one is the main source or which should be emphasized when approaching “crime” or “aberrance”, there are drastic academic debates and different approaches. The introduction of “circumstance” into this article does not mean that the author takes the “circumstance” approach to study the source of “judicial corruption” or agrees that “circumstance factor” is the dominant one. As source of crime or aberrance, the external “circumstance” factor and the personal “quality” factor should be interactive and mutually constituted each other. However, at present, the author could not do further analysis and description on this process from the perspective of the source of judicial corruption, and the author needs not to discuss the source of judicial corruption directly for the perspective taken in this article. By the way, it is nearly impossible to establish some aetiology on judicial corruption through which we could not only impersonally comprehend and indicate the general rule of the occurrence of judicial corruption, but also exactly predict the research object or find out some effective countermeasures to prevent it, because the same attempt in the field of criminology or aberrance sociology has been proved to be impossible according to their history. However, if we restrict the object and circumstance of study and confirm quite limited research aim, it might be possible to study the aetiology. The author’s opinion on this point could be found in footnote 2, Wang Yaxin, *Civil Action in Social Transformation* (from page 352 to 359).



seem to exist quite widely, and they continue to bring moods of anger and depression on different degrees to people. As a sort of reality, there is no doubt that these subjective feelings or moods worth much attention. However, on the other hand, some evidences have indicated that whether people widely and certainly feel that the public credibility to judicial adjudgement is low still needs further study. For example, the number of civil and commercial cases before courts had risen at all times till lately, and there is only little decline in recent years. At the same time, although there is nearly no “judicial corruption” occurring in arbitration institutions and their cases increase quickly, they have never in deed grown to be the economic dispute settlement entities which could replace courts till now. Although this is not enough for us to judge whether “public credibility” to courts is low or high, however, at least on surface, these conditions are inconsistent with our misgivings on the potential impact of “judicial corruption”. In order to explain these contradictions between phenomena, it is believed that reconsidering people’s behavior and process of defining “judicial corruption” again is still a significant research approach besides directly studying the internal relationship between numbers of cases before different dispute settlement institutions and their “public credibility”.

IV Game Surrounding the Symbol “Judicial Corruption”

Just as discussed above, the behavior and process that name some phenomenon as “judicial corruption” could be comprehended both from the perspective of epistemology, namely, considering whether this definition fits the fact, and from the perspective of social psychology, namely observing to what extent on earth this sort of conditions reflect which kind of aggregative sense or mood in society. However, there is still another perspective that could not be ignored, namely it is possible to regard the behaviors of defining “judicial corruption” as some interactions among specific subjects. From this perspective, naming some phenomenon with the words “judicial corruption” always means a game which surrounds this symbol and occurs between various subjects in diversified occasions involved of judicial adjudgement. It could be said that this viewpoint directly originate from “symbolic interaction” in sociology



along with the so called “labeling theory” in criminology¹¹. At the same time, it also tightly connects with the instrument function of definition or language expressions as “practical speaking” in communications.

The game around definition and usage of “judicial corruption” could be observed from two levels. The first level is countless concrete situations relating to judicial adjudgement in social life. Under these situations, the relevant subjects might dispute on what “judicial corruption” is or what “judicial corruption” is not, bargain with each other or reach some compromise. For example, although the judge has largish authority to decide a judgment, he always needs to consider whether the dissatisfactory party is likely to appeal to higher authorities for help with excuse of “judicial corruption”. Under these situations, the judges and their superiors are likely to form some kind of interactive game relationship with the parties, lawyers and even other related people around whether the symbol “judicial corruption” is used. And in fact, such game relationship or process could always restrain corruption on different degrees. It’s the very fact that there always exists the other party or both parties whose benefits are directly damaged by judicial corruption, and this constitutes the special potential cost of actualizing such behavior. According to an economist’s analysis framework along with some relative propositions, dimensions and degrees of corruption relate to the strength of anti-corruption tightly, and the income and cost of anti-corruption also need to be compared. “Since the activities of anti-corruption and anti-bribe are also a kind of public decision-making, they might also contradict with decision-makers’ personal interests.----- Many social incomes of anti-corruption and anti-bribe activities own obvious externality and they are hard or impossible to be transformed into internal incomes. They could neither be transformed into the incomes of anti-corruption and anti-bribe institutions, nor incomes of the people in the institutions. Therefore, compared with demand, the supply of anti-corruption and anti-bribe

¹¹ A brief introduction on “symbol interaction theory” could be found in Jonathan H. Turner’s article *Structure of Sociological Theory* (P401-427) which is translated by Wu Quhui and published by Zhejiang People Press in 1987. On “labeling theory” in criminology, an introduction could be found in *Criminology Dictionary* (P540-541) which is edited by Criminology Seminar and published by Cheng Wen Press in Tokyo, 1982.



activities are always deficient.”¹² From this proposition we can find that, compared with the common corruptions in other fields, such as national assets losses, which “transform national interest into personal interest”, or exchange between money and official positions, one frequent cost of “judicial corruption” in this article is that, commonly, there always exists at least one party who has motivation to hold the person involved accountable in certain case. Always connecting with individual cases, this mechanism is based on countless personal decision-makings and likely to transform the cost of anti-corruption into interior cost. On one hand, it brings the consequence of magnifying the severity of “judicial corruption”; on the other hand, it could also form some relative effective restriction to “judicial corruption”.

Another level involves the public speech on “judicial corruption”. When reports and discussions on “judicial corruption” appearing in various media, academic publications and internet, the frequency that this phrase and related statements appear might result in or influence the formation and change of some social sense from which we could also find out the different benefit groups’ arguments along with their speaking strategies. The game on this level always means that, from common public voices in special period to discussions in lawyers’ circle, they are both likely to impose some kind of pressure on judicial adjudgement, whether it is big or small, and the court also endeavors to deal with them on different degrees. Simultaneity, we should also see that there are also complex connections between the games on two levels above, or it could be said that they always influence and restrict each other in a dynamic process. On one hand, the public speech forming through games on general level is always an “internal” factor which influences the process of individual game in several concrete circumstances. And sometimes it could even take a crucial part so as to break the original balance and “reshuffle cards”, and change the rules or even the order of sub-circumstance. On the other hand, it is the changeful games in countless concrete circumstances that converge to be the holistic background of forming public speech and determine the direction or tendency of games on this level around “speech right”. Also, these connections or complex interactions among games on different levels deeply involve the obvious differences among different sub-

¹² See also footnote 1, Zhang Shuguang, *the Economic Analysis on Corruption and Bribe, Systemic Structure and Its Change in Chinese Transformation*, P154.



circumstances discussed above, as well as the possible deviations of popular rules in these “circumstances” from the whole society’s norm consciousness.

Nowadays, we locate in a country that keeps a deeply homogenous public speech system under the conditions of extremely extensive territory and enormous population. Meanwhile, the social development levels in different areas are quite unbalanced. Therefore, countless order “circumstances” which may implement different rules have formed in this country. This kind of situation might constitute the background that our society is full of energy during the period of transformation and keeps continuous development with the lapse of time. However, on the other hand, this also means various contradictions, confusions and problems which are difficult to resolve and the anxiety which seems to be very universal in social sense. And the raise of the conception “judicial corruption” and its popularity could be regarded as a social phenomenon which reflects these characteristics of times from the special perspective of legal system. Here, “judicial corruption” includes sorts of social interacting processes around this symbol. On one hand, it could be used to name the existence of those illegal, irregular and even criminal behaviors conducted by judges who abuse their authorities in the field of judicial adjudgement. As a universal social sense, it also reflects people’s general anxiety to the decline of judicial public credibility. On the other hand, it could also be regarded as the collectivity or aggregation of games on different levels among diversified subjects, and this collectivity or aggregation own positive function of restraining corruption. Starting from such multiple perspectives, the author’s basic conclusion is: on one hand, we should never treat judicial corruption lightly or underestimate its severity; on the other hand, although this phenomenon becomes apparent or prominent during the transformation period in our country, it is far from critical point or getting out of control since “judicial corruption” itself includes factors or even the mechanism to restrain its malignant spread.

There is a kind of common observation or viewpoint on judicial corruption, namely “it is at least not more serious than corruptions in administration field”. The above statements that judicial corruption might confront with threaten of personal decision-making on anti-corruption and external costs might transform into internal costs could provide partial explanation to this



point. Besides, Zhang Shuguang's analysis framework along with another proposition could also be used to explain this problem. He points out that the dimension of corruption could be measured by the amounts of deals between power and money. And looking back the history, behaviors of corruption focus on the fields where, under some institutional condition, people could most easily get benefits through abusing public authorities, but the punishments are most difficult to be imposed on them. For example, some processes of manufactures and circulation of products when price double-track system was followed in special period as well as financial loans and real estate development which have ever made or still make of such fields¹³. Compared with these fields, the dimensions of judicial corruption are still relative limited. Leastways, in civil and commercial adjudgement, obvious behaviors of corruption are still likely to be controlled by parties' game actions of "voting with feet" (namely avoiding going to court or choosing other mechanisms of dispute settlement, such as arbitration). But on the other hand, it should also be known that although the degree and dimensions of judicial corruption are not easy to change greatly with the changing of external conditions, this phenomenon is likely to ruin the judicial authority continuously since it tightly connects with the daily life and dispute settlement¹⁴.

However, the game around "judicial corruption" is just one part of the "anti-corruption campaign" at the general levels of politics and society. Therefore, we could never get comprehensive and deep understanding on "judicial corruption" until connecting it with the campaign at these general levels. Certainly, this is another topic.

¹³ See also footnote 1, Zhang Shuguang, *the Economic Analysis on Corruption and Bribe, Systemic Structure and Its Change in Chinese Transformation*, P149-151.

¹⁴ According to some economists' analyses and empirical research, corruptions in other fields are able to become the "lube" to economy reform or even economy growth so as to perform some positive functions under special conditions. Except Zhang Shuguang's article above, statements and studies on this point are also recorded in Zheng Yefu's *Positive functions of Corruption* which is recorded in *DU SHU*, the fifth issue, 1993, and *Law Oppressed by Finance, Financial Development and Economic Growth*, Lu Feng and Yao Yang, *Social Science in China*, the first issue, 2004.

Whereas, compared with these corruptions, judicial corruption hardly has such positive functions. It is believed that this point connects with the special requirements to members' characters of probity and justice in judicial fields.



La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE: la mediación dirigida a la conciliación en las controversias civiles y mercantiles según el decreto legislativo n. 28/2010*

(Main Features of the New Italian Discipline on Mediation in Civil and Commercial Disputes: a Peculiar Implementation of Directive 2008/52/EC)

Silvana dalla Bontà

Assistant Professor on European and Comparative Civil Procedure
at the University of Trento, Faculty of Law, Italy

Abstract: The Author, in the context of a Roundtable organised by the University of Zaragoza (Spain) on “*Mediation and Arbitration. Current Situation and Reform Perspectives*” (Zaragoza, 11 April 2011), gives a brief description of the fundamental features of the new Italian discipline on mediation aimed at conciliation, as established by *Decreto Legislativo* (Legislative Decree) No. 28/2010 as enactment of Directive 2008/52/EC on some aspects of mediation in civil and commercial disputes. The Author underlines how the “peculiarities” of the Italian discipline, that are its critical aspects, may end up drifting “Italian-style mediation” apart from the traditional model of mediation as a voluntary and confidential instrument of dispute settlement (alternative to in-court proceedings). Such “peculiarities” are identified on the one hand, in the establishment of compulsory mediation proceedings (on the parties’ expenses) in an extensive and exhaustive number of cases; on the other hand, in the possibility for the mediator to make to the parties (beside any joint request by such parties) an offer of settlement which, if refused, may have negative consequences (for the party who refused such offer) on the allocation of litigation costs in further in-court

* Este trabajo es un resultado de la ejecución del proyecto de investigación DER2010-17538 “*Eficiencia de las medidas de actuación para la simplificación, aceleración y sustitución del proceso para reducir la litigiosidad*” (“*Efficacy of the measures to simplify, accelerate or substitute the process to get a decrease of litigiousness*”), dirigido por el Dr. D. Angel Bonet Navarro y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Traducción a cargo de Alberto José Lafuente Torralba, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.



proceedings. Searching for the true reasons which brought to the introduction of such “peculiar” mediation, the Author believes that the Italian legislator was excessively influenced by the potential this type of mediation could have in reducing in-court disputes. Analysing how other legal systems dealt with the issue, the Author disagrees with the Italian choice hoping for a reform and warning academics and practitioners (both Italian and foreign) on the importance of considering mediation not just as an instrument to reduce the number of in-court proceedings, but as a complementary process to be developed in the view of improving access to justice.

Keywords: Directive 2008/52/EC – Italian Implementation – Compulsory Mediation – Mediator’s Offer of Settlement – In-court Proceedings – Confidentiality – Litigation Costs

También Italia –como otros países de la Unión Europea ya han hecho o están haciendo– se ha dotado recientemente de una disciplina sobre la mediación en materia de contencioso civil, respondiendo así a los requerimientos comunitarios en tal sentido expresados en la Directiva 2008/52/CE. Lo ha hecho con el decreto legislativo (d.lgs.) de 4 marzo de 2010, n. 28, titulado “La mediación dirigida a la conciliación en las controversias civiles y mercantiles”, en vigor (al menos parte de sus disposiciones) ya desde el 20 de marzo de 2010. A tal decreto ha seguido después el decreto ministerial (d.m.) de 18 de octubre de 2010, n. 180, el cual ha dado desarrollo a los aspectos que el d.lgs. n. 28/2010 había voluntariamente dejado a la disciplina reglamentaria.

Si bien ha sido saludada –sobre todo por la opinión pública– como una novedad (casi absoluta), la mediación no era en verdad un instituto desconocido para el ordenamiento italiano. Ya antes del d.lgs. n. 28/2010, de hecho, el uso de tal instrumento bien podía legitimarse simplemente en virtud del derecho común, esto es, de nuestro Código Civil. No sólo eso: a la mediación –a veces denominándola “conciliación extrajudicial– se refería también alguna legislación especial, que, en singulares sectores del contencioso civil y mercantil, preveía la posibilidad de recurrir a tal instrumento de resolución de litigios, diverso del proceso estatal.



La novedad que, respecto del pasado, ha traído el d.lgs. n. 28/2010 ha sido la introducción de una disciplina general sobre la mediación en materia de controversias civiles y mercantiles, la cual (a) de un lado, ofrece una serie de definiciones terminológicas, dedicadas a crear, en la intención del legislador, un lenguaje uniforme en sede de mediación/conciliación; (b) de otro, indica un número de requisitos sólo en presencia de los cuales el acuerdo final de conciliación –fruto de la mediación de un tercero entre dos o más partes en conflicto– podrá tener efectos bien precisos, fijados por el propio d.lgs. (por ejemplo, el de aspirar a devenir título ejecutivo tras la homologación del tribunal).

Vista la brevedad de tiempo impuesta por la sede que nos ve reunidos, mi intención es limitarme a (1) trazar, en sus líneas esenciales, el *iter* a través del cual debería desenvolverse la mediación dirigida a la conciliación según el d.lgs. n. 28/2010; para después concentrarme (2) en aquella que he definido –en el título de mi intervención– como la “originalidad” de la transposición de la Directiva 2008/52/CE. Como se verá en la segunda parte de mi contribución, he pretendido indicar con el término “originalidad” –casi de manera “edulcorante”– la “forzatura” que el legislador italiano ha terminado haciendo del instituto de la mediación, hasta el punto de hacer considerar con razón que la del d.lgs. n. 28/2010 ya no es una mediación clásicamente entendida, sino un instrumento a través del cual se induce a las partes en conflicto a aceptar una propuesta de conciliación expresada por un tercero.

Procediendo, pues, con orden:

(1) Como anticipé en la introducción, el d.lgs. n. 28/2010 comienza con una serie de definiciones terminológicas. A este respecto, aquél se apresura a precisar que:

⇒ *mediación* es la “actividad, cualquiera que sea su denominación, desarrollada por un tercero imparcial y dirigida a asistir a dos o más sujetos sea en la búsqueda de un acuerdo amistoso mediante la composición de la controversia, sea en la formulación de una propuesta para la resolución de la misma (art. 1.a);

⇒ *conciliación* es “la composición de la controversia tras el desenvolvimiento de la mediación” (art. 1.c): la conciliación es por tanto el resultado de la actividad de mediación;



⇒ el *mediador* es “la persona o las personas físicas que, individual o colegiadamente, desarrollan la mediación quedando privadas, en todo caso, del poder de emitir juicios o decisiones vinculantes para los destinatarios del servicio mismo” (art. 1.b).

Sentadas tales definiciones, pasaré ahora a indicar cuáles son las características y estructura de la mediación dirigida a la conciliación según el d.lgs. n. 28/2010. De una lectura conjunta del decreto se desprende, en extrema síntesis, que:

⇒ La mediación se admite sólo para *controversias relativas a causas atinentes a derechos disponibles* (art. 2).

⇒ El d.lgs. n. 28/2010 prevé cuatro tipos de mediación:

(a) la *mediación facultativa*, que se da cuando las partes en conflicto, espontánea y facultativamente, deciden recurrir a la mediación para resolverlo (art. 2);

(b) la *mediación obligatoria*, que se da cuando el recurso a la mediación (*melius*, el intento de mediación) es condición de procedibilidad de la demanda judicial (art. 5, párrafo 1º, que enumera de forma taxativa qué controversias están sometidas al intento obligatorio de mediación);

(c) La *mediación a instancia judicial*, también llamada *delegada*, que se da cuando el juez, incluso en sede de apelación, valorada la naturaleza de la causa, el estado de la instrucción y el comportamiento de las partes, las invita a recurrir a la mediación (art. 5, párrafo 2º);

(d) la *mediación ex contractu*, que se da cuando el recurso a la mediación viene impuesto por una cláusula contractual o estatutaria (art. 5, párrafo 5º).

⇒ La mediación del d.lgs. n. 28/2010 puede ser desarrollada solamente por *organismos de mediación*, es decir, entes públicos o privados que estén inscritos en un registro especial gestionado en el Ministerio de Justicia: la inscripción es posible tras la solicitud realizada al efecto por el organismo de mediación, que debe presentar su reglamento de procedimiento y código ético, así como ofrecer garantías de seriedad y eficiencia (a la indicación específica de los requisitos de inscripción procede el citado d.m. n. 180/2010, el cual indica, además, las



condiciones para la formación y actualización de los mediadores que formen parte del organismo de mediación inscrito).

⇒ La mediación se inicia con el depósito, a iniciativa de una de las partes en conflicto, de la llamada *demanda de mediación* ante un organismo de mediación inscrito: no hay fijadas reglas de competencia para la elección del organismo de mediación (art. 4, párrafos 1º y 2º). Realizado el depósito de la demanda, el organismo designa a un mediador y fija la fecha del encuentro entre éste y las partes: demanda y fecha se comunican a la contraparte. Con tal comunicación, la demanda de mediación despliega *efectos interruptivos de la prescripción e impositivos de la caducidad* del derecho al que se refiere el conflicto objeto de la mediación (art. 5, último párrafo).

⇒ La mediación comporta *exenciones e incentivos fiscales* para las partes que recurren a ella (arts. 17 y 20).

⇒ La mediación puede llevar esencialmente a tres diversos desenlaces:

0. Falta de participación de una de las partes en el procedimiento de mediación: el mediador lo hace constar en el acta; la falta de participación “sin motivo justificado” podrá ser valorada por el juez como argumento de prueba (art. 8, párrafo 5º);

I. Consecución del acuerdo (de conciliación) entre las partes: el mediador levanta acta a la cual se une el texto del acuerdo alcanzado, que debe ser firmado por las partes y el mediador (art. 11, párrafo 4º);

II. No consecución –espontánea– del acuerdo (de conciliación) entre las partes (art. 11, párrafos 1º-5º). En este caso, se abren tres posibilidades:

a) el mediador debe hacer una propuesta de conciliación a las partes, si éstas se lo solicitan de común acuerdo;

b) el mediador puede hacer una propuesta de conciliación a las partes, advirtiéndoles sobre las consecuencias de un eventual rechazo de la misma (sobre todo en relación a los



efectos perjudiciales en cuanto al pago de las costas procesales, que las partes podrían sufrir por el rechazo de la propuesta en un ulterior proceso ante el juez estatal).

Tanto si las partes aceptan como si rechazan la propuesta, el mediador lo hará constar en el acta, junto con la propuesta realizada.

c) El mediador simplemente extiende acta sobre la falta de acuerdo.

⇒ La mediación que concluya con la conciliación de las partes lleva a un acuerdo que, a instancia de parte, puede ser objeto de *homologación* por parte del tribunal donde la mediación ha tenido lugar y convertirse así en *título ejecutivo* (art. 12).

(2) Una vez desarrollada esta breve exploración del contenido del d.lgs. n. 28/2010, permítanse algunas reflexiones críticas acerca de la mencionada “originalidad” de la nueva disciplina italiana sobre la mediación –“originalidad” en la transposición de la Directiva 2008/52/CE que, como se ha dicho *in apicibus*, es en realidad expresión de una (diría, excesiva) forzatura del instituto de la mediación (al menos en su concepción clásica) por parte de nuestro legislador. Lejos de ser involuntaria, tal forzatura es fruto de una precisa y consciente opción legislativa: usar la mediación con fines esencialmente “deflactivos” del proceso a cargo de los jueces estatales.

Sin querer anticipar aquí cuanto se dirá en la conclusión, aislaría del siguiente modo los aspectos de esta “originalidad” de la mediación “a la italiana”. Concretamente, considero que se distinguen por su peculiaridad (*melius*: lejanía) respecto a una disciplina que quiera ser fiel a un modelo clásico de mediación, las siguientes previsiones contenidas en el d.lgs. n. 28/2010:

(a) La previsión de una mediación obligatoria (y, por tanto, de un intento de mediación como condición de procedibilidad de la demanda ante los jueces estatales) en un número extensísimo de controversias: el art. 5, párrafo 1º, del d.lgs. n. 28/2010, de hecho, convierte el intento de mediación en obligatorio en las controversias –sólo por citar algunas (!)– en materia de propiedad horizontal, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, alquiler de negocios, resarcimiento de los daños derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones, etc.



Dejando a un lado los problemas de constitucionalidad que tales previsiones pueden suscitar, nuestro legislador demuestra no haber realizado un atento examen acerca de cuál pueda ser el contencioso efectivamente “adecuado” –al menos en abstracto– para la solución por vía mediadora. Más bien, tras la lectura del largo –e indiscriminado– elenco de controversias sometidas a mediación obligatoria, la impresión es la de una intencionada desviación de cuantas más causas posibles a la mediación, a fin de sustraerlas –al menos temporalmente– a los (sobrecargados) jueces estatales.

(b) La previsión del deber/poder del mediador de formular una propuesta a las partes, cuando la mediación no haya llevado a la conciliación, esto es, en el caso de que las partes no hayan llegado –ni siquiera gracias a la obra de “promoción del diálogo” desarrollada por el mediador– a formular ellas mismas espontáneamente un acuerdo de conciliación. Bajo este aspecto la “originalidad” italiana es doble: por un lado, es posible constatar que la eventualidad de una propuesta del mediador no ha sido contemplada expresamente por la Directiva 2008/52/CE; por otro, parece evidente que la atribución al mediador del deber (si las partes se lo piden de común acuerdo) o del poder (ante el silencio de las partes) de formular una propuesta de acuerdo, traiciona la intención legislativa de alejarse de la “mediación pura”. Ésta, de hecho, como bien dice la Directiva 2008/52/CE (art. 3.a), es “un procedimiento [...] en el que dos o más partes de una controversia *intentan ellas mismas, de forma voluntaria, alcanzar un acuerdo sobre la solución de la misma con la asistencia de un mediador*”. Con la “introducción italiana” de la propuesta del mediador, sin embargo, todo cambia y la mediación ya no es un instrumento mediante el cual las propias partes, con la ayuda del mediador únicamente facilitadora de la comunicación entre ellas, llegan a la formulación de un acuerdo.

Tanto la doctrina mayoritaria como los operadores dedicados desde hace tiempo al campo de la mediación han criticado fuertemente la opción del legislador italiano. Si es cierto, en efecto, que para algunos la propuesta del mediador –y sus consecuencias (que veremos a continuación)– se encaminaría a responsabilizar a las partes de la mediación, los más (entre estudiosos y mediadores) han advertido con preocupación de los peligros que subyacen en la



introducción de un papel del mediador tan “activo” como para permitirle la formulación de una propuesta de acuerdo.

Incluso en la previsión del poder/deber de propuesta por parte del mediador, es claro de todos modos el fin último perseguido por el legislador italiano: no tanto la promoción del “modelo puro” de mediación, como el efecto “deflactivo” que tal instrumento podría tener sobre el sistema judicial. De ello es demostración el otro aspecto de “originalidad” (ligado a éste) de la “mediación a la italiana”, a saber:

(c) La previsión según la cual, cuando no sea aceptada, la propuesta *del mediador* debe *hacerse constar en acta*; tal *acta* puede ser aportada (a instancia de parte o *ex officio*) al *ulterior proceso* eventualmente iniciado por las partes ante el juez estatal; y el *juez* puede *tenerla en cuenta* a fin de comparar entre el contenido de la propuesta (rechazada) del mediador y el de la *sentencia*: cuando el *contenido de la propuesta se corresponda enteramente con el de la sentencia*, el juez debe penalizar a la parte, incluso vencedora, que haya rechazado la propuesta, decidiendo en su perjuicio la *distribución de las costas procesales* (art. 13, párrafo 3º)¹.

También bajo este aspecto, la opción del legislador italiano hace discutir en su “originalidad”: sea por las repercusiones que la documentación de la propuesta del mediador puede tener sobre el respeto a la confidencialidad de la mediación; sea por el posible perjuicio que aquélla comporta –en particular por las consecuencias sobre la distribución de las costas procesales– a la garantía del acceso (efectivo) a la tutela jurisdiccional.

(c1) En lo que atañe a las repercusiones de la documentación de la propuesta sobre la confidencialidad de la mediación, es preciso advertir que al documentar su propuesta el mediador podría caer en el error (y en la tentación) de referirse a contenidos, informaciones, declaraciones vertidas por las partes en el curso de la mediación, que podrían así llegar a

¹ Concretamente, el juez excluirá la repetición de las costas pagadas por la parte vencedora que ha rechazado la propuesta, referibles al período posterior al formulación de la misma; condenará a tal parte al reembolso de las costas pagadas por la parte vencida relativas al mismo período y al pago a la entrada en vigor de los presupuestos del Estado de una ulterior suma de importe correspondiente a la contribución unificada debida, destinada a capítulos especiales del estado de previsión del Ministerio de Justicia para asegurar el funcionamiento y potenciación de las oficinas judiciales.



conocimiento del juez estatal si la mediación fracasa. Está claro que esto traicionaría completamente el espíritu reservado de la mediación. Por estas razones la doctrina mayoritaria y los mediadores más avisados invitan a no formular la propuesta.

(c2) Volviendo la mirada a las consecuencias de la propuesta del mediador sobre la distribución de las costas procesales, las perplejidades hasta ahora presentes se hacen todavía más serias: de hecho, con la previsión descrita del d.lgs. n. 28/2010 se toca, en mayor medida incluso, la delicada relación entre mediación y jurisdicción estatal.

Aun sin querer abrir aquí los horizontes a temas de más amplio alcance (diría de teoría general del proceso, pero –en el fondo– también del Estado, dado que el primero es sede de ejercicio de uno de los poderes del segundo), de hecho es preciso preguntarse: ¿cómo podrá el juez italiano, ante un acta de mediación fallida, confrontar el contenido de la (rechazada) propuesta del mediador con el contenido de la sentencia? ¿Son la propuesta del mediador y la sentencia del juez dos “productos” homogéneos y, por tanto, fructuosamente equiparables? ¿Cuándo el juez podrá efectivamente considerar que la sentencia coincide enteramente con la propuesta del mediador y, en consecuencia, aplicar la “sanción” relativa a la distribución de las costas procesales?

En un plano hipotético –en ausencia, por el momento, de respuestas jurisprudenciales–, las posibilidades parecen abstractamente dos:

– o el mediador, cuando deba o pueda hacer una propuesta a las partes, formula una que sea casi un “proyecto de sentencia” (una “propuesta adjudicativa”): en este caso, el juez se encontraría ante dos “productos homogéneos”, esto es, podría efectivamente comparar la propuesta (rechazada) del mediador y la sentencia por él pronunciada, y así decidir sobre las costas procesales conforme al art. 13, párrafo 1º.

[Resulta claro, sin embargo, que si se sigue esta vía, la “originalidad” de la mediación italiana devendría en realidad una *aberración de la mediación*, habida cuenta de que ésta, entendida en su sentido clásico, no está concebida como actividad dirigida a la decisión (ni siquiera en potencia) de la litis];



– o bien el mediador, cuando deba o pueda hacer una propuesta a las partes, formula una, dirigida no tanto a juzgar sobre las pretensiones de las partes, cuanto más bien a componer (incluso creativamente, esto es, más allá de la aplicación de normas de derecho) sus intereses (una “propuesta facilitativa”): en tal caso, sin embargo, el juez no tendría ninguna posibilidad de comparar propuesta (rechazada) y sentencia, puesto que los dos “productos” serían diversos. [De seguirse esta vía, el art. 13, párrafo 1º, que prevé una “sanción” sobre la distribución de las costas procesales, jamás tendría aplicación].

Precisamente por las perplejidades descritas, la doctrina mayoritaria y los operadores de la mediación aconsejan una tercera vía al mediador: la de la extrema prudencia (por no decir reticencia) a formular (y documentar) una propuesta a las partes, a fin de no desnaturalizar peligrosamente el instrumento de la mediación. De este modo, sin embargo, se elude el dictado del d.lgs. n. 28/2010, cuyo propósito, en cambio, también bajo este específico aspecto, era del todo evidente: privilegiar, entre todas las funciones de la mediación, la “deflactiva” de la carga judicial, en una perspectiva ya no de centralidad/prioridad de la jurisdicción estatal en la resolución de contiendas civiles, sino de su mera subsidiariedad respecto a la mediación.

Con el d.lgs. n. 28/2010 y su “original” mediación, en efecto, adquiere fuerza la idea de que el proceso estatal es ahora considerado por el legislador italiano casi como una *ultima ratio* a disposición de las partes, es decir, como un instrumento de decisión de las controversias al que aquéllas pueden acudir sólo cuando otros instrumentos de composición de la litis hayan fracasado. Pero no sólo eso. En la visión del d.lgs. n. 28/2010, el proceso, subsidiario respecto a otros medios de resolución de controversias, deviene en el fondo la sede para penalizar a las partes (en la distribución de las costas procesales) que no hayan aceptado –extrajudicialmente– la composición de la litis que les ha sido ofrecida.

En opinión de quien les habla, no debería en verdad ser ésta la visión a seguir al tratar de la delicada relación entre proceso y mediación. Uno y otro instrumento, en efecto, tienen funciones muy diversas y la segunda, aun siendo útil y adecuada en determinadas circunstancias, jamás podrá sustituir –en el procedimiento, en el resultado, en las finalidades– al primero.



De opinión contraria parece haber sido, en cambio, el legislador del d.lgs. n. 28/2010, el cual ha optado por una transposición “original” de la Directiva 2008/52/CE, espejo en el fondo de otra (triste) “originalidad” italiana: la de una justicia demasiado a menudo en punto muerto, por procesos demasiado lentos y demasiado largos.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica

(Basis to update the Model-Code of Civil Procedure for Iberoamerica)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Honorary President of the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal and member of the International Association of Procedural Law

Sumario: I. El Código Procesal Civil “Tipo” para Iberoamérica como sistema paradigmático. II. Las circunstancias sobrevinientes en la región al cabo de más de dos décadas. 1. Transformaciones en el sistema de justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías. 2. Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión. 3. La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos. III. Hacia la actualización del Código Modelo. 1. Ratificación de sus principios estructurales. 2. Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos. 2.1. Tutelas procesales diferenciadas. 2.2. Instrucción preliminar (procedimientos de pre-action). 2.3. Poderes de dirección y ordenación de las causas. 2.4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general. 2.5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado. 2.6. Procesos colectivos. 2.7. Procesos repetitivos. 2.8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias. IV. Epílogo.



I. El Código Procesal Civil “Tipo” para Iberoamérica como sistema paradigmático.

Es bien sabido que 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)¹. Primero se acordó la preparación de “bases uniformes” que sirvieran a la elaboración de un ordenamiento paradigmático, las que fueran consensuadas en las Jornadas de Bogotá y Cartagena de Indias, de 1970, debatiéndose en los sucesivos encuentros los principios esenciales para finalmente estructurar el anteproyecto que fuera obra de los profesores uruguayos A. GELSI BIDART, L. TORELLO y E. VESCOVI. Fue el fruto de la feliz confluencia de diversos factores que se cobijaron en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Entre aquellos factores incidentes se destacaban, en cuanto al proceso civil, una común raíz y pertenencia de todos los ordenamientos del subcontinente americano afiliados a las legislaciones de las madres patrias, España y Portugal, inspiradas a su vez en el proceso romano-canónico y en el modelo de las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio. El logro nació de la necesidad de impulsar un cambio en profundidad para transformar radicalmente los sistemas de enjuiciamiento imperantes² y sustituirlos por un nuevo paradigma sustentado en la idea-fuerza de la oralidad y el proceso por audiencias, con todos sus consetarios, principalmente la inmediación del juez con las partes y el material litigioso, la concentración y publicidad de los actos, la desformalización burocrática de los procedimientos en general, como medio para la

¹ 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*, pp. 41 y ss.. VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 20-22.

² 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..



igualdad concreta de los litigantes ante la jurisdicción. Se buscaba un camino para superar la palmaria ineficacia del tradicional proceso escriturario y el estado de postración de la justicia.

La exposición de motivos³ 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 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 iberoamericano⁴.

Una ilustrada doctrina procesal⁵ ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del Código Modelo y su proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra

³ *Código Procesal Civil y Procesal Penal...*, ob. cit., pp. 41-70.

⁴ 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).

⁵ 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'Amérique 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



recepción en el Código General del Proceso del Uruguay de 1989⁶ y parcialmente en el Código Procesal Civil peruano de 1992⁷, en las sucesivas reformas del ordenamiento brasileño, a partir de 1994⁸, en las provincias argentinas de Tierra del Fuego⁹, La Pampa, Río Negro, entre otros.

II. Las circunstancias sobrevinientes en la región al cabo de más de dos décadas.

Interesa analizar ciertos fenómenos jurídicos que se fueron gestando contemporáneamente que trajeron consigo diversas transformaciones en los ordenamientos fundamentales de los países del subcontinente, en la búsqueda de respuestas a los problemas más acuciantes de los sistemas de impartición de justicia. Al margen de la complejidad de aquellas transformaciones y las insalvables dificultades para aprehenderlas más allá de sus contornos, ha de convenirse que, aún a riesgo de una excesiva simplificación, han sido las reformas sucedidas en el plano de las diversas constituciones, por un lado, y en paralelo de las convenciones internacionales, por otro, las que mayor impacto han producido sobre los sistemas jurídicos en general y, particularmente, en el de la prestación de justicia.

Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile, Roma, 2002.

⁶ 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.

⁷ 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 ilustre 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.

⁸ MONIZ DE ARAGAO E. D., *Reforma processual: dez anos*, en *Genesis Rev. Dir. Proc. Civ.*, Curitiba, 2002, nº 24, pp. 281 y ss.. BARBOSA MOREIRA J. C., *Os novos rumos do processo civil brasileiro*, en *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 63 y ss.; *id.*, *O processo civil brasileiro entre dois mundos*, en Oitava Série, 2004, pp. 41 y ss.. PELLEGRINI GRINOVER A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño en Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, de la Oliva Santos A. y Palomo Vélez D.I., coord., Ed. Jur. de Chile, Santiago, 2007, pp. 651 y ss.

⁹ 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.



1. *Transformaciones en el sistema de justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías.*

Profundas reformas constitucionales han traído consigo, entre otras, las nuevas Cartas de Brasil (Constitución Federal de 1988 y las sucesivas Enmiendas, especialmente la N^o 45/2004), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), México (1994 y posteriores), entre otras.

En todas ellas, los tradicionales “bloques de constitucionalidad” se han visto notoriamente amplificados, con la consagración de nuevos derechos y garantías, propios de la tercera y cuarta “generación”, incluyendo la tutela de los derechos difusos y colectivos, de consumidores y usuarios en general y de protección del medio ambiente. Ha operado igualmente el fenómeno de la *constitucionalización de las garantías* –amparo, *habeas corpus*, *habeas data*- y, más específicamente, de aquella que asegura el acceso irrestricto a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, una de las garantías más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos¹⁰.

En paralelo, han cobrado paulatinamente operatividad los derechos y garantías de la jurisdicción estampados en los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos -particularmente, el Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8, 25 y conc.-¹¹, que en algunos países, v.gr., Argentina, tienen acordada jerarquía constitucional y están por igual mandato asegurados positivamente por el Estado. Una rica y creativa doctrina jurisprudencial de los órganos transnacionales de la región –la Corte Interamericana de Derechos Humanos- está siendo receptada en los países signantes del Pacto de San José, por los propios tribunales

¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA C.A., *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales en Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, ob. cit., pp. 67 y ss.. VALLESPÍN PÉREZ D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, en la misma obra, pp. 85 y ss.

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, pp. 105 y ss.



nacionales, particularmente para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de incidencia colectiva en general¹².

En ese contexto, de generalización creciente, se gestan nuevos desafíos para el legislador de nuestros países, y no menos acuciantemente para los jueces, llamados todos a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo, para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías. Se van perfilando con contornos cada vez más nítidos los típicos procesos de la *justicia de “protección” o “acompañamiento”*¹³, que embrionariamente contempla el Código Modelo en su art. 310, para los litigios individuales sobre derechos y situaciones de tutela preferente, y los denominados *procesos de interés público*, estructurales o remediales, destinados a reglar los litigios colectivos¹⁴. En unos y otros, se dibuja una novedosa concepción del ejercicio de la jurisdicción a través del proceso, con reglas singulares que abarcan las instituciones “equilibradoras” de la situación de las partes, los mayores y más incisivos poderes reconocidos al juez para la ordenación, gestión e instrucción de las causas, las legitimaciones extraordinarias, la acentuación del deber de colaboración de las partes, las tutelas de urgencia anticipatorias provisionales y aun satisfactivas, la búsqueda preferente de soluciones autocompuestas, las sentencias propias de una justicia de resultados, remedial, las singularidad de su ejecución y la función dialogal que el órgano judicial ejerce en continuidad ininterrumpida.

¹² HITTERS J.C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Inst. Est. Jud. SCBA, La Plata, 2009, pp. 7 y ss., especialmente pp. 15-19.

¹³ CAPPELLETTI M., *Acceso a la justicia (como programa de reformas y método de pensamiento)*, trad. G. Seminara, Rev. Col. Abog. La Plata, 1981, nº 41, pp. 165 y ss.. MORELLO A.M., *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1989, pp. 11 y ss., 37 y ss.

¹⁴ FISS O., *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., trad. E. Restrepo Jaldarriaga, 2007, pp. 47 y ss.. Sobre la experiencia argentina: BERGALLO P., *Justicia y experimentalismo...*, J.A., Bs. As., 2006-II, pp. 1165 y ss.. COURTIS C., *Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos*, J.A., Bs. As., 2006-II, pp. 1225 y ss.. Asimismo, BERIZONCE R.O., *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas*, RDP, número extraordinario *El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario*, 2010, pp. 169 y ss.



2. *Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión.*

Desde otra perspectiva, resalta igualmente como factor incidente el afianzamiento de una concepción sistemática de los esquemas de justicia, con virtualidad directa para destruir el viejo mito que ingenuamente hacía suponer que la solución de los tan intrincados y complejos problemas de la prestación jurisdiccional dependía tan solo de un buen código procesal.

a. Como todo sistema, el de justicia se fragmenta en diversos niveles –organización tribunalicia, infraestructura y medios materiales, recursos humanos, modelos procesales, la situación de los propios litigantes y sus abogados, asesoramiento técnico auxiliar a cargo de peritos y consultores, organización, dirección y gestión de los órganos y de los conflictos, control de todas las actividades, etc.-. Todos esos factores se articulan e influyen recíprocamente, por manera que los “productos” y resultados que se derivan del servicio jurisdiccional dependen directa o indirectamente de la armónica conjugación de todos y cada uno de aquellos. De donde, se concluye, el modelo procesal no es sino uno de tales factores, necesario pero no suficiente para la transformación del sistema de enjuiciamiento.

b. Se enfatiza, entre otros factores de incidencia decisiva, la *organización del despacho (oficio) judicial*, estrechamente ligado con el mejor aprovechamiento de los recursos materiales y la eficiencia en general. Entre las técnicas novedosas se incluyen la flexibilización de la estructura del despacho; servicios comunes para tribunales; adecuado manejo del personal; gestión de los casos (*case management*); informatización de los procesos de gestión; aplicación de las tecnologías de la información¹⁵. El continuo avance del estudio de las organizaciones y el desarrollo de métodos para que cumplan su objetivo de eficacia y se adapten a las nuevas necesidades en un proceso de mejora permanente, ha conducido recientemente a la

¹⁵ De la extensa bibliografía sobre estas cuestiones: VARGAS VIANCOS J.E., *Eficiencia en la Justicia en Sistemas Judiciales*, CEJA, S. de Chile, nº 6, 2003, pp. 87-90; *id.*, *Herramientas para el diseño de despachos judiciales*, en la misma revista, nº 10, 2006, pp. 78 y ss.; *id.*, *La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas*, en la misma revista, nº 11, 2006, pp. 73 y ss.



generación de los denominados *modelos de calidad*, verdaderos paradigmas que se aplican a las organizaciones para evaluar su eficacia¹⁶.

c. En el balance de todas esas tendencias, puede afirmarse que cualquier transformación del sistema de enjuiciamiento común requiere necesariamente de la conjugación armoniosa de los diversos factores incidentes –estructuras, hombres, modelo formal y sus derivados–.

Es compartida, por ello, la generalizada convicción que las transformaciones estructurales de los sistemas de justicia presuponen la existencia de una clara y firme voluntad política, expresada en políticas públicas enmarcadas en un plan global, sistemático, coherente y sostenido en el tiempo. Un pacto de Estado explícito¹⁷ o tácito, que asegure la provisión de recursos materiales suficientes, adecuada planificación, líneas maestras del modelo procesal, formación de recursos humanos y demás “insumos” de la reforma. Es que el diseño y operatividad del sistema judicial constituye desde siempre una obra política, no académica (COUTURE).

A los procesalistas les corresponde incanjeablemente el diseño funcional de las instituciones del proceso, la puesta al día y en su caso la reingeniería del proceso madre de cognición, incluyendo las tutelas sumarias y urgentes, las estructuras monitorias y aledañas. Habrá que convenir que sin esos diseños formales, sería ilusoria e inoperante la aplicación de las más avanzadas técnicas de gestión. La propia gestión de los procesos, por lo demás, no puede prescindir de la experiencia de los operadores jurídicos; habrá que alertar que de lo contrario, caerá inevitablemente en inviables abstracciones teóricas. La experiencia ha demostrado que siempre son los jueces la primera línea experimental, quienes en la práctica cotidiana van modelando –aún sin textos legales– las nuevas creaciones que permiten mejor rendimiento del servicio.

¹⁶ Sobre la teoría de la organización aplicada al sistema judicial: QUIROGA LAVIE H., *La formación del Derecho Procesal Organizacional*, ed. H.C.D. Prov. Bs. As., La Plata, 1998, pp. 151 y ss.

¹⁷ Resulta paradigmático el Pacto de Estado brasileño del 18 de diciembre de 2004, “a favor de un Poder Judicial más rápido y republicano”, suscripto por los representantes de todos los poderes, y que originó la Enmienda Constitucional Nº 45, del 31 de diciembre siguiente, brindando sustento asimismo a las sucesivas reformas introducidas al CPC a partir de entonces.



3. *La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos.*

Desde principio de los años '90 la región asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaban paulatina aunque dificultosamente en los usos colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos distintos han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades. Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial y el arbitraje, bajo singulares formas organizativas –judicial, administrativo, institucional o “administrado”¹⁸.

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 certezas. 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 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”¹⁹ –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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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...)*, cit., pp. 165 y ss.



No se avizoran, en cambio, claras líneas de tendencia en punto a tópicos no menos sustanciales, cuales son, entre otras, las referidas a la judicialización o desjudicialización de ciertas cuestiones –por caso, las relativas a las relaciones de consumo-; 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 conciliadores-mediadores (adscriptos al Poder Judicial, independientes, organización mixta); carácter facultativo u obligatorio del sometimiento; confidencialidad y sus alcances; selección de los casos; idoneidad y selección de los operadores; costo y financiamiento.

En definitiva, por razones bien diversas, los medios alternativos de solución de disputas vienen ganando 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.

III. Hacia la actualización del Código Modelo.

La experiencia judicial acumulada en los países iberoamericanos que han adoptado los principios en que se sustenta el Código Modelo de 1988, tanto como los desarrollos de la doctrina autoral y las grandes tendencias que se avizoran en la legislación comparada, brindan apoyo a los intentos de reevaluar aquel paradigma con la finalidad de propiciar los ajustes y acomodamientos necesarios para una esperada puesta al día, que, al mismo tiempo, preserve sus valores intrínsecos, pacíficamente compartidos. Se trata de verificar, en primer lugar, la vigencia de sus principios estructurales fundantes y, al cabo, identificar y justificar los ajustes e innovaciones que permitirían su perfeccionamiento.



1. Ratificación de sus principios estructurales.

Las bases y principios fundantes del Código Modelo han de ser plenamente confirmados: 1. la estructuración del proceso por audiencias, con una audiencia preliminar y otra complementaria para la vista de la causa (art. 300-302, 303); 2. la conformación monocrática y unipersonal del órgano de primer grado, con una instancia de revisión plena ante un tribunal colegiado (arts. 17, 304 y conc.); 3. los siempre acrecentados poderes judiciales para la ordenación y comando del trámite y, también, para la instrucción probatoria de la causa, con los matices propios de las diversas materias litigiosas (arts. 33-35); 4. la regulación de los procesos de estructura monitoria (arts. 311 a 316).

La experiencia más reciente ha evidenciado que tales principios siguen siendo cardinales para asegurar el objetivo central del proceso civil, su coronación con una sentencia intrínsecamente justa en el marco del debido proceso, y pronunciada en tiempo razonable. Las connaturales dificultades para la implementación de la oralidad plena, que aún frenan su recepción en no pocos de los países del área, no pueden impedir la consagración de un sistema universalmente reconocido.

2. Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos.

Un balance crítico de los avances y logros derivados de la adopción, en todo o en parte, del Código Modelo en nuestros países, resalta el hecho notorio de la insatisfacción generalizada por los magros resultados que exhiben la mayoría de los sistemas de justicia. En términos de los clásicos indicadores de la eficiencia –duración, costo, calidad y justicia intrínseca de las decisiones- es la percepción común que más que avances quizás haya habido retrocesos. Bien que la relativa operancia de los modelos formales en el contexto de los sistemas, pueda salvar el reproche: aunque los esquemas procesales se hayan perfeccionado, de todos modos el



resultado final concreto sigue siendo tan insatisfactorio como antes, porque la falla asienta en algunos o todos los restantes factores.

De ahí la necesidad de emprender nuevamente el camino de las transformaciones, cualquiera fuere el método que se adopte, sea por el de los íntegros y completos cambios estructurales o ya por el más paciente, y quizás más seguro, de las modificaciones parciales con un plan maestro –como las sucesivas reformas al CPC de Brasil, a partir de 1994-.

El desafío sigue siendo el mismo: imaginar creativamente los principios, procedimientos y reglas necesarias para adecuar el proceso civil a las nuevas y renovadas exigencias de los tiempos. Estamos frente a un escenario inédito donde resalta la puja entre valores a menudo contrapuestos, como celeridad y justicia; urgencia y debido proceso; tiempo de satisfacción y tiempo que consume el proceso. La emergencia con fuerza arrasadora del reconocimiento de un nuevo catálogo constitucionalizado de derechos y garantías, con la correlativa exigencia de operatividad, en un marco de habitual renuencia legislativa y reglamentaria, abre el camino de la creación pretoriana activista aguijoneada por los propios afectados, ahora cobijados por las legitimaciones extraordinarias para el ejercicio de los derechos colectivos. Sin perder de vista, claro, la también creciente incidencia de aquel renovado *bill of right* en el ejercicio de las acciones individuales.

Atienden, precisamente, a brindar respuestas procesales adecuadas a esas nuevas realidades ciertas novedosas o recicladas instituciones y técnicas orgánico-funcionales y procesales que, nos parece, deben ser consideradas a la hora de imaginar un nuevo texto del Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica. En una enumeración no excluyente ni taxativa, anotamos la regulación de: a. tutelas procesales diferenciadas; b. procedimientos de instrucción preliminar; c. poderes ordenatorios de los jueces para la gestión de las causas; d. medidas de urgencia, anticipatorias y satisfactivas; e. tipo procesal sumario; f. procesos colectivos; g. procesos repetitivos; g. cumplimiento y ejecución de sentencia. Pasamos a analizarlas.



2.1. *Tutelas procesales diferenciadas*²⁰.

Existen ciertas situaciones 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 exaltados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, 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 la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, las constituciones establecen el deber de aseguramiento positivo para asegurar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes.

Los autores del Código Modelo no fueron ajenos a estas preocupaciones, incorporaron como precepto de avanzada el art. 310, que estatuye pautas especiales para ciertas pretensiones; así para las 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 fines. Entre las primeras, la creación de fueros especializados -laboral, seguridad social, familia, menores, excepcionalmente consumidores-. Las técnicas procesales incluyen, entre

²⁰ PROTO PISANI A., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene ed., Nápoli, 1996, 2a. ed. pp. 5 y ss. MARINONI L. G., *Teoria geral do processo*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 378 y ss.; *id.*, *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, trad. A. Zela Villegas, Palestra ed., Lima, 2007, pp. 202 y ss., 295 y ss.. THEODORO JUNIOR H., *Tutela diferenciada...* en *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè ed., Milano, 2005, v. III, pp. 2528 y ss.. Asimismo: MONROY GALVEZ J. y MONROY PALACIOS J., *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada...* Rev. de Processo, RePro, Rev. Edit. dos Tribunais, São Paulo, nº 109, p. 196 y ss.. Nos permitimos remitir a nuestra obra *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2009, *passim*, donde se analizan los aspectos aquí solo enunciados.



otras: a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, incluyendo 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.

2.2. Instrucción preliminar (procedimientos de pre-action)

La regulación contenida en el Código Modelo, Libro II, Título I, *Procesos preliminares*, incluye la conciliación previa (arts. 263-267), y las diligencias preparatorias, que tienen por finalidad instrumental determinar o completar la legitimación de las partes, anticipar asegurativamente el diligenciamiento de prueba urgente, practicar intimaciones para obtener elementos necesarios para el futuro proceso, practicar medidas conservatorias cautelares o de garantía (arts. 272-273).

Así restringido, el esquema tradicional ha devenido insuficiente. Parece claro que el sistema de justicia se encuentra desbordado en todas las latitudes como derivación, entre otros factores, de la presión sostenida por una demanda de justicia cada vez mayor, consecuencia de la difusión de los derechos y el más extendido acceso a la jurisdicción. Una de las respuestas ha sido la implementación de los medios alternativos de solución de los conflictos, pero su escasa operatividad en general, especialmente por la desconfianza en términos de justicia de sus resultados, ha conducido a pensar en la necesidad de articular procedimientos preliminares



que, lejos de agotarse en las funciones instrumentales y asegurativas propias de las diligencias preparatorias, pudieran servir directamente a la resolución de los conflictos²¹.

A esas finalidades responden los denominados *pre-action protocols* del derecho inglés en vigencia desde 1999, al igual que los procedimientos precontenciosos de la ley alemana de promoción de la resolución extrajudicial de litigios de 2000. Especial atención merece el régimen instituido en Italia con las reformas al CPC de 2005-2006, para la obtención preventiva de las pruebas en una fase judicial anterior al proceso. El art. 696 bis ha introducido la consulta técnica con función conciliatoria y desvinculada del tradicional requisito de la urgencia. Las partes, antes del comienzo de la causa, pueden solicitar que el juez designe un experto que tendrá a su cargo elaborar una relación orientada a comprobar y determinar los créditos derivados del incumplimiento contractual o por hecho ilícito, intentando al mismo tiempo la conciliación del conflicto. La comprobación instructoria de los hechos con anterioridad al proceso asume un valor significativo en sí misma, como elemento de juicio para el futuro proceso; además, puede resultar útil y a menudo decisiva, como factor facilitador de un acuerdo amistoso entre las partes. En efecto, la comprobación temprana de los hechos facilita la evaluación que los interesados pueden hacer en relación a la situación de fuerzas relativa entre los contendientes, sopesando las ventajas y desventajas de una eventual acción judicial. La consulta técnica preventiva viene a introducir elementos de juicio a menudo decisivos para la autocomposición del conflicto con justicia, en el marco judicial. Se trata de una de las técnicas que puede considerarse más apropiadas para evitar el desemboque en la jurisdicción, que debería ser apreciada a la hora de las reformas.

Igualmente, al mismo objetivo apunta el sistema inglés de *pre-action*, que instituye un mecanismo voluntario de compulsión indirecta, donde resulta facultativo para las partes acudir al procedimiento prejudicial, pero si eventualmente se inicia el proceso el juez valorará la

²¹ El tema fue objeto de debate en el último Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de N. ANDREWS y B. GROEN, insertos en *Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedure Law*, A. PELLEGRINI GRINOVER y P. CALMON coord., Forense, R. de Janeiro, 2007. Asimismo, en relación al derecho italiano: SALETTI A., *El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias*, Rev. Peruana de Der. Proc., Communitas, Lima, 2008, XI, pp. 387 y ss.. MAGGI F. y CARLETTI F., *I provvedimenti di istruzione preventiva*, en *Il processo cautelare*, a cura de G. TARZIA y A. SALETTI, 3ª. ed., Cedam, Padova, 2008, pp. 159 y ss.. BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano*, RDP, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2007-1, pp. 529 y ss.



conducta desplegada por aquellas durante la etapa prejudicial y, al resolver sobre el fondo, podrá en su caso imponer costas a modo de sanción.

En definitiva, se propicia reformular el tradicional esquema que recoge el Código Modelo en este tramo para articular mecanismos superadores útiles al objetivo de promover la más justa solución de los conflictos antes de transitar el proceso judicial.

2.3. Poderes de dirección y ordenación de las causas.

Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ámbito del comando y la ordenación del trámite de las causas. Las técnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas están vinculadas con la flexibilización de ciertos principios procesales (como el de preclusión, que deriva en la preclusión elástica de las deducciones) o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines públicos del proceso y la rápida definición del litigio, se exterioriza más genéricamente a través de las técnicas de gestión, propias del denominado *case management*²², que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestión de las distintas etapas del proceso y particularmente de la producción y recepción de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley.

La mejor y más adecuada administración y gestión del proceso requiere básicamente la aplicación y observancia irrestricta de los principios cardinales de inmediación, concentración, celeridad y economía, junto con ciertas concesiones razonables en favor del comando a cargo del juez para optimizar los espacios de oralidad y adecuar las formas procedimentales. Claro que sin mella del debido proceso y del contradictorio de las partes. Las técnicas del manejo de

²² Se ha afirmado que las *Civil Procedure Rules* de la reforma inglesa de 1998 giran en torno del *case management*, que no solo supone una intervención más activa del juez en un proceso particular, sino también el equilibrio de los recursos entre el tratamiento de éste y la sustentabilidad de todo el sistema judicial (ZUCKERMAN A.A.S., *Procedural reform in England en The reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, ed. N. TROCKER y V. VARANO, G. Giappichelli ed., Torino, 2005, p. 149).



la audiencia preliminar al igual que los denominados despachos anticipatorios constituyen ejemplos habitualmente explorados por los jueces.

El Código Modelo puede enriquecerse con la incorporación de tales mecanismos y técnicas, junto con otras que se exhiben en el derecho anglosajón, como las conferencias preliminares; o las tan novedosas como los contratos de procedimiento franceses²³, que posibilitan fijar un programa de actividades acordado por el juez y las partes, facilitando la gestión de la instancia a partir de la colaboración de los propios interesados.

2.4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general.

En las últimas dos décadas se ha debatido arduamente en la mayoría de nuestros países sobre la necesidad de arbitrar nuevas técnicas para la aceleración de los procedimientos y, especialmente, de la efectiva satisfacción de los derechos. Así fue cobrando cuerpo la idea, ya receptada en el Código Modelo (arts. 280-281), de las medidas provisionales y anticipatorias, y aún satisfactivas, de urgencia en general. Al propio tiempo fue sembrándose la desconfianza por la multiplicación de semejantes tutelas con el correlativo retroceso de la funcionalidad del proceso común de cognición plena. En esa puja es lo cierto que las tradicionales medidas cautelares quedaron acotadas a su típica función instrumental y conservativa, mientras se desarrollaban bajo distintos y siempre novedosos ropajes diversas formas de tutelas anticipatorias y coyunturales, no siempre respetuosas del debido proceso y la garantía del contradictorio.

El extraordinario desarrollo de la anticipación de la tutela en Brasil, a partir de la reforma introducida por el art. 273 CPC en 1994, acompañado por una amplísima elaboración doctrinaria²⁴ que ha iluminado su interpretación, por obra de una fructífera labor de los

²³ CADIET L., *Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil*, AADP, Rubinzal Culzoni ed., Bs. As., 2009, pp. 109-111.

²⁴ Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: MARINONI G.L., *Tutela cautelar e tutela antecipatoria*, ed. R.T., São Paulo, 1992; id., *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, Malheiros ed., 2ª. ed., São Paulo, 1996; id., *Novas linhas do processo civil*, Maleiros, São Paulo, 1996, 2ª. ed., p. 75 y ss.. DINAMARCO C.R., *A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros ed., São Paulo, 1995, pp. 138-148, 270-272.



tribunales, terminó influenciando en muchos de nuestros países. Se fue receptando sea en vía legislativa²⁵ o aún, en mayor medida, jurisprudencial, para modelar técnicas similares encaminadas a atender con prontitud los reclamos. Toda vez que existe un temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación, se anticipan los efectos ejecutivos y mandamentales de la sentencia. En su evolución, se terminó favoreciendo todas las situaciones que puedan conducir a la estabilidad del proveimiento provisorio, acercándolo notablemente al juzgamiento de conocimiento pleno para brindar la apetecida seguridad jurídica²⁶.

En la valoración de la experiencia práctica de estas medidas, no han estado ausentes las dificultades, y aún quizás, los excesos en la apreciación judicial necesariamente discrecional de los presupuestos que las condicionan²⁷, más allá de los esfuerzos doctrinarios²⁸ para acotar la interpretación de los conceptos vagos e indeterminados utilizados por el legislador. Claro que quejas similares por semejantes desbordes también resuenan en otras latitudes²⁹.

En definitiva, con sus luces y sombras, las medidas anticipatorias se han consolidado como instrumentos necesarios para asegurar la tutela judicial efectiva, de modo que de cara a la actualización del Código Modelo está reabierto el debate sobre sus presupuestos y alcances, tanto como respecto de los poderes del juez. Bien que todo ello ahora debe ser articulado con las más recientes ideas que vienen madurando, principalmente con la simplificación del proceso de conocimiento común y la recreación de un juicio a cognición plena y exhaustiva, pero

NERY JUNIOR N., *Atualidades sobre o processo civil*, ed. Rev.dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 45-59, 122-123. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2008, 12ª. ed., pp. 389 y ss.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Antecipação da tutela...* en *Temas de Direito Processual. Oitava Serie*, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 77 y ss.. BEDAQUE J.R., dos S., *Tutela cautelar e tutela antecipada*, Malheiros, São Paulo, 2006, 4ª. ed., *passim*. CARNEIRO A.G., *Da antecipação da tutela*, Forense, R. de Janeiro, 5ª. ed., 2004, *passim*. Una síntesis de las distintas posturas doctrinarias en torno a la interpretación del art. 273, puede verse en FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., *Antecipação da tutela...*, en *RePro*, nº 166, 2008, pp. 300 y ss.

²⁵ Es el caso, entre otros, de los ordenamientos de algunas provincias argentinas como La Pampa (arts. 231, 305), Chaco (art. 232 bis) y Corrientes (art. 232 bis).

²⁶ Una evolución semejante puede advertirse en la experiencia del *référé* francés y en la reforma al CPC italiano que introdujera el art. 669 octies, en cuanto atañe a los efectos del pronunciamiento urgente (BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, RDP 2008-1, Rubinzal Culzoni ed., Bs. As., pp. 513-516).

²⁷ Así en la doctrina brasileña: FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., *ob. cit.*, pp. 305-306.

²⁸ Por caso, también en Brasil, entre otros: ARRUDA ALVIM, *ob. cit.*, pp. 418-420.

²⁹ CARPI F., *La simplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, relación sintetizada al Seminario en homenaje a Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, agosto 2009, en *RePro*, nº 178, 2009, pp. 281 y ss., especialmente pp. 290-294.



simplificado, que desemboca en un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada material³⁰. De esta cuestión trataremos a continuación.

2.5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado.

El Código Modelo instituye junto al tipo procesal ordinario, aquel otro extraordinario previsto en el art. 309 para el trámite de las pretensiones relativas a interdictos posesorios, prestaciones alimenticias y las demás que dispongan las leyes especiales. El tribunal podrá, no obstante, disponer que se tramiten por el procedimiento análogo establecido para ciertas pretensiones cuando a su juicio, de ese modo, se contemplen mejor los intereses del caso planteado (art. 308.2). En cuanto al procedimiento aplicable al proceso extraordinario, se establecen reglas especiales en punto a la concentración de los actos (arts. 306, apart. 1 a 4), limitación de las pruebas en la segunda instancia (apart. 5) y régimen de los recursos (art. 307).

Así regulado, el procedimiento extraordinario quedó restringido tan solo a ciertas y determinadas pretensiones especiales, sin mayor relevancia en el cúmulo de tráfico jurisdiccional. Por lo demás, algunas de ellas escapan a la generalidad en punto a efectos de la sentencia, como en las cuestiones sobre alimentos y aquellas relativas a menores, en que se pronuncia "*rebus sic stantibus*" (art. 307, segundo párrafo).

De modo entonces que sería menester repensar el proceso extraordinario y ponerlo en línea con las tendencias que, en este aspecto, se exhiben en el derecho comparado, donde resalta la articulación de procesos sumarios o simplificados³¹, en la búsqueda de vías de tutela rápida y eficaz que prescindan de la urgencia y de la irreparabilidad, sin pasar por los trámites de cognición ordinaria. Bien entendido, desde el principio, que la cognición del juez resulta amplia, completa y exhaustiva para rematar en una sentencia que hace cosa juzgada material; que la nota de simplificación alude exclusivamente al procedimiento.

³⁰ CARPI F., ob. cit. pp. 290-294. BIAVATI P., *Apuntes introductivos sobre el nuevo proceso de cognición simplificada* en RDP 2010-1, Rubinzal Culzoni ed., Bs. As., 2010. SALETTI A. y SASSANI B., *Commentario alla riforma del Codice di Procedura Civile (Legge 18 giugno 2009, n° 69)*, Utet, Torino, 2009, pp. 227 y ss.

³¹ BIAVATI P., *Tendencias recientes...*, ob. cit., pp. 516; *id.*, *Apuntes introductivos...*, ob. cit.. SALETTI A. y SASSANI B., *Commentario...*, ob. cit., pp. 245-246.



Un buen modelo lo ofrece la reforma introducida al CPC italiano por la ley nº 69, del 18 de junio de 2009, que introdujera los arts. 702 bis, 702 *ter* y 702 *quater*. Conforme a la primera de dichas normas, el ámbito de su aplicación comprende todas las causas en las cuales el tribunal juzga en composición monocrática –pretensiones de condena, constitutivas o declarativas-, siempre que por el grado de complejidad de la cuestión controvertida la causa pueda ser fácilmente decidida; esto es, cuando las defensas planteadas por las partes consienten una instrucción sumaria, abreviada pero suficiente para esclarecer los hechos en debate. El trámite se simplifica notoriamente: propuesta la petición inicial, el juez designado fija audiencia de comparecencia de las partes, asignando el término para la constitución del demandado, notificándosele. En la contestación se proponen las defensas y se indican los medios de prueba, formulándose las conclusiones (art. 702 bis). A la vista de ello, el juez ha de considerar si las defensas planteadas y los documentos en que se apoyan consienten una instrucción sumaria o si, por el contrario, requieren por su complejidad una instrucción mayor, en cuyo caso dispone que el proceso prosiga según las formas de la cognición ordinaria. Admitiendo el trámite sumario, el juez procede en el modo más oportuno a los actos de instrucción relevantes al objeto del proveimiento perseguido, con la sola condición de observar las formalidades esenciales al contradictorio. Como se ha señalado agudamente³², el deber de pronóstico que la ley confía al juez implica una suerte de *case management* italiano, similar a la potestad reconocida al juez inglés para optar entre diversas formas de procedimiento (del *fast track* al *small track*); lo que sugiere, por lo demás, la existencia de una tendencia en ese sentido.

2.6. Procesos colectivos.

Las previsiones que anticipatoriamente se contienen en el Código Modelo regulan cuestiones centrales de los procesos colectivos. Así, la legitimación extraordinaria para promoverlos, donde se incluye, a diferencia de las regulaciones brasileñas sobre la “acción civil pública” de 1985 en que se inspiraran, a cualquier interesado, junto al Ministerio público y a las

³² BIAVATI P., *Apuntes introductivos...*, ob. cit.



instituciones o asociaciones de interés social que según la ley, o a juicio del tribunal, garanticen una adecuada defensa del interés comprometido (art. 53). A su vez, al tratar los efectos de la cosa juzgada, se establece que la sentencia dictada en los procesos promovidos en defensa de los intereses difusos tendrá eficacia “*erga omnes*”, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso por otro legitimado (art. 194).

Desde entonces, es bien conocida la evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa en los países iberoamericanos y las tendencias que se fueron perfilando, sintetizadas en la Exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas en 2004. Dicho documento, precisamente, justifica la necesidad de perfeccionar el modelo de 1988, y brinda un nuevo paradigma que debería ser incorporado integrando el Código Procesal Civil “Tipo”, con los ajustes pertinentes.

2.7. Procesos repetitivos.

Constituye experiencia ampliamente compartida que el cúmulo siempre creciente e inmanejable de los procesos, distorsiona gravemente las prestaciones de justicia. El fenómeno se manifiesta en todos los fueros e instancias y genera la “sobrecarga” y el agobio de los tribunales, que castiga particularmente a los más Altos Tribunales. Entre los diversos y complejos remedios que se ensayan, se desatacan la regulación de los procesos colectivos, por los alcances particulares de la cosa juzgada y el tratamiento de los procesos “repetitivos” o “seriados”, promovidos individualmente aunque con un mismo objeto. Semejante fenómeno, es evidente, impone un sustancial cambio de estrategia para priorizar la finalidad principal, que es el desahogo y la descarga de todo el sistema de justicia.

En diversos países se ofrecen novedosas instituciones y técnicas que apuntan a ese objetivo. Entre otros, el sistema brasileño de las *máximas, doctrinas* o “*súmulas*” de



jurisprudencia dominante y su virtualidad impeditiva de recursos³³; las *tesis jurisprudenciales* mexicanas en los juicios de amparo y la tendencia a conferir efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad en dichos procesos³⁴; o la *doctrina de precedentes constitucionales* que con finalidades similares ha establecido progresivamente la Corte Constitucional de Colombia, a partir de 1995³⁵.

Las tendencias que se avizoran en el horizonte latinoamericano ponen de resalto la búsqueda de soluciones pragmáticas y creativas como respuesta al fenómeno común de la sobrecarga judicial y merecen especial atención desde que se han gestado en sistemas provenientes de la tradición jurídica europea apegada a la supremacía de la ley, lo que no ha impedido el paulatino reconocimiento del efecto extensivo y vinculatoriedad vertical y horizontal *erga omnes* de los pronunciamientos de los tribunales superiores en ejercicio del control de constitucionalidad. De todos modos, cualquier avance en este terreno no podrá obviar las ínsitas dificultades existentes en un ámbito en que están inevitablemente confrontadas las potestades de los poderes políticos *vis a vis* las del Poder Judicial.

2.8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias.

Es sin duda el cumplimiento de las decisiones y su eventual ejecución forzada el momento culminante de la actividad jurisdiccional, donde se verifica en concreto la efectiva tutela de los derechos materiales. La premura del tiempo y la necesidad de cumplimentar coactivamente la decisión, en la que está en juego el propio prestigio de la jurisdicción, han de conjugarse armónicamente con el principio no menos trascendente de la adecuación del

³³ PELLEGRINI GRINOVER A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*, ob. cit., pp. 662 y ss.; *id.*, *O tratamento dos processos repetitivos em Processo Civil. Novas tendências. Homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Junior*, Del Rey ed. Belo Horizonte, 2008, pp. 1 y ss..

³⁴ OVALLE FAVELA J., *Tradiciones jurídicas y proceso civil...* en *Derecho Privado*, coord.. J. Adame Godar, UNAM, México, 2005, pp. 454-458. FIX-ZAMUDIO H., *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa, UNAM, México, 2005, pp. 274 y ss.. FERRER MAC-GREGOR E., *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2004, pp. 48 y ss..

³⁵ PARRA QUIJANO J., *El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación*, informe colombiano al VII Seminario Internazionale su: *Sistema giuridico latinoamericano e processo. Uniformazione del diritto*, Roma, 20-22 mayo de 2004.



empeño a los fines públicos del propio proceso. Balancear en definitiva la efectividad de la necesaria agresión a los bienes del deudor vencido, con el derecho de éste a un “justo proceso” que, en este tramo, excluye cualquier abuso o exorbitancia innecesaria.

Si estas son las pautas admitidas³⁶, hemos de convenir que el Código Modelo las ha seguido, al menos en sus grandes lineamientos. En el Título V (arts. 317 a 332), en sucesivos capítulos, establece disposiciones generales, incluyendo el poder del juez para adoptar aún de oficio conminaciones económicas o personales –*astreintes*- (art. 320), previniendo la ejecución provisoria y definitiva (art. 321). En el capítulo II trata la ejecución de sumas de dinero, en los diversos supuestos de cantidad líquida e ilíquida (arts. 322 y ss.); y en el siguiente regula detenidamente la ejecución de obligaciones de dar (art. 330), de hacer (art. 331, incluyendo el otorgamiento de escritura pública) y de no hacer (art. 332).

Diversas son las tendencias que pueden advertirse actualmente en punto al perfeccionamiento de la ejecución de sentencia. Por un lado, las recientes modificaciones al CPC brasileño resaltan su supresión como proceso autónomo, lo que ha permitido configurar un diverso tipo de efectividad de la sentencia, que se considera ejecutiva *lato sensu* o mandamental. La ley 8952/94 adoptó la técnica del cumplimiento de las sentenciadas condenatorias de obligaciones *ex intervallo* (art. 461, CPC); posteriormente la ley 10.444/02, lo extendió a las obligaciones de entregar cosa cierta (art. 461-A, CPC). Por último, la ley 11.232/05, hizo lo propio respecto de la ejecución de las obligaciones de pagar cuantía (art. 461, par. 5^a y 475-J, CPC)³⁷. Asimismo, la ley 10.358/01 introdujo profundas modificaciones a

³⁶ Las complejas cuestiones que plantea la ejecución forzada singular siempre han ocupado un lugar preferente en la agenda de los procesalistas despertando preocupaciones que se tornaron más vivaces en el último cuarto de siglo: DE MIGUEL C., *Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular*, relación general VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983, en *Effektiver Rechtsschutz...*, ed. W. I. Habscheid, Gieseking – Verlag – Bielefeld, 1983, pp. 511 y ss.

³⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*, ob. cit., pp. 652 y ss.. Entre la muy nutrida doctrina brasileña destacamos: THEODORO JUNIOR H., *As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado* en la obra colectiva *Aspectos polémicos da nova execução*, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo 2006, pp. 284 y ss.. DINAMARCO C. R., *Fundamentos de Processo Civil moderno*, Malheiros, São Paulo, 3a. ed., 2000, pp. 1159-1170. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 11a. ed., 2007, v.2, pp. 587 y ss. id., *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil* en *Estudos em homenagem á Prof. Ada Pellegrini Grinover*, ob. cit., pp. 639 y ss.. MARINONI L. G., *La ruptura del principio de tipicidad en los medios ejecutivos en el derecho brasileiro* en *Libro*



las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades- el *contempt of Court* (art. 14, par. único, CPC)³⁸. Las sucesivas reformas, en definitiva, han incrementado considerablemente los poderes de coerción del juez con el objeto de obtener compulsivamente el cumplimiento de sus mandatos³⁹.

Por otro lado, se han identificado algunas cuestiones complejas vinculadas con la ejecución forzosa, que son objeto de debate en la doctrina actual. Una de ellas es la relativa a la *individualización de los bienes del deudor* como reforzamiento de los derechos del ejecutante, donde se confrontan sistemas diversos, como el alemán de la declaración jurada y el francés de requerimiento de información a terceros calificados, que se propugna combinar, sin perjuicio de la ampliación del conjunto de bienes pignorables⁴⁰. En contrapartida, fue ganando terreno la *extensión del resguardo e indemnidad de los derechos del ejecutado* sobre ciertos bienes primarios esenciales, frente a los abusos que suponen una violación a la regla de la “adecuación a los fines” del proceso de ejecución⁴¹. En cuanto a los medios de coacción y su extensión, se destaca la creciente operatividad de las medidas coercitivas o de ejecución indirecta⁴², como las *astreintes* y el *contempt of Court* del derecho anglosajón. Este último puede ser directo o indirecto, que es el más apropiado en cuanto exige un procedimiento incidental contradictorio

homenaje a J. G. Sarmiento Núñez, C. J. Sarmiento Sosa comp., Legis, Caracas, 2005, p. 361 y ss. id., *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação do tutela jurisdiccional efetiva*, en *Genesis Rev. Dir. Proc. Civil*, Curitiba, 2003, pp. 548-564; id., *Do processo civil clássico á noção de a tutela adequada a direito material e á realidade social*, en la misma revista, 2003, pp. 763 y ss.; id., *Teoria geral do processo*. Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 227 y ss. CORREA DE VASCONCELOS R. de C., *Breves apontamentos sobre a ley 11.232...* en *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Prof. J. C. Barbosa Moreira*, ed. Rev dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 401 y ss.. RODRÍGUEZ WAMBIER L., *L'effettività del processo contro la cultura della dissobbedienza...* en *Riv. Dir. Proc. (Italiana)*, 2005, pp. 89 y ss.; id., *O contempt of Court na recente experiência brasileira* en *Rev. de Processo*, 2005, pp. 35 y ss.. MOUTA ARAUJO J. H., *O cumprimento da sentença e a 3a. etapa da reforma processual...* en *Genesis*, rev. cit., 2005, pp. 499 y ss.. Asimismo, los numerosos trabajos recogidos en la obra colectiva *Aspectos polémicos da nova execução-3*, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, *passim*.

³⁸ ARRUDA ALVIM, *Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18...*, ob. cit., pp. 639 y ss.

³⁹ BARBOSA MOREIRA J. C., *Reformas processuais e poderes do juiz*, en *Temas de Direito Processual*, Oitava Serie, ob. cit., pp. 62-63.

⁴⁰ TARZIA G., *Problemi attuali dell'esecuzione forzata* en *Il Congresso Brasileiro de Derecho Procesal*, Brasilia, 1997, separata.

⁴¹ TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, *Riv. Dir. Proc.*, 2002, nº 2, p. 344.

⁴² TARZIA G., *Presente e futuro delle misure coercitive civile*, en *Esecuzione forzata e procedure conconsuali*, Cedam, Padova, 1994, pp. 113 y ss.



previo a la aplicación de la sanción⁴³. Se debate arduamente, también, en torno de la *desjudicialización*, total o parcial de los procedimientos de ejecución forzada, cuestión que exhibe diversas soluciones en la legislación europea; así son de destacar las novedosas reglas traídas por la LEC española 1/2000⁴⁴, las consagradas por las reformas de 2005-2006 al CPC italiano⁴⁵ y la experiencia lusitana del dec.ley 38/2003⁴⁶.

En la síntesis de tales tendencias, conviene reparar que la acentuación de la ejecución directa patrimonial con el objetivo de la plena satisfacción de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria, reconoce de todos modos ciertos límites y condicionamientos infranqueables, que son los derivados del principio general de *razonabilidad o proporcionalidad* y, más específicamente de la idea ética del proceso justo y la *humanización del proceso*. La protección del derecho es debida no solo al acreedor, sino también al deudor amparado por el imperativo de no abusar ni dañar innecesariamente; de ahí la necesidad de un juicio de ponderación o proporcionalidad⁴⁷, a cargo del legislador y del juez. Son éstas bases sobre las que ha de afrontarse la tarea de actualización, en este capítulo, del Código Modelo.

IV. Epílogo.

En los tiempos de asumir la ímproba tarea de poner a tono con las nuevas exigencias la monumental obra del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, deberá sopesarse sesudamente la muy rica experiencia sucedida en la aplicación práctica de sus instituciones, en

⁴³ PELLEGRINI GRINOVER A., *A marcha do processo*, Forense, R. de Janeiro, 2000, pp. 62 y ss.

⁴⁴ SERRA DOMÍNGUEZ M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 2000, pp. 79 y ss.. ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, 3a. ed., pp. 713 y ss.

⁴⁵ Sobre las recientes reformas al CPC italiano de 2005-2006 introducidas al tercer libro del proceso ejecutivo: CARPI F., *Alcune osservazioni sulla riforma dell' esecuzione per espropriazione forzata*, en Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 2006, pp. 215 y ss.. SALETTI A., *Le (ultime?) novita in tema de esecuzione forzata*, en Riv. Dir. Proc., 2006, pp. 193 y ss.. BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano*, ob. cit., pp. 536 y ss.

⁴⁶ FERREIRA DA SILVA C. M., *Un novo operador judiciario: o solicitador de execução en Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, ob. cit, 2005, pp. 513 y ss.. LEBRE DE FREITAS J., *Ação executiva depois da reforma*, 4a. ed., Coimbra, 2004, pp. 27 y ss.

⁴⁷ TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, ob. cit., pp. 343-344.



los diversos países de la región, y al mismo tiempo atender a las novedosas instituciones y técnicas procesales acuñadas y que se reflejan en la legislación comparada y la doctrina autoral.

Es inescusable responsabilidad de nosotros los estudiosos del proceso –como afirma Mauro CAPPELLETTI- clarificar con precisos análisis las realidades tan complejas que nos toca vivir, los términos objetivos de la situación, poner en claro todos los posibles datos de comparación, preparar, en suma, las bases científicas de una reforma⁴⁸. En tiempos como los nuestros, de aguda crisis, incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, por ello mismo se patentiza la necesidad de llegar al fondo de las cosas, calando hondo y aguzando el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas adecuadas, para la construcción de un sistema nuevo, más realístico y más humano⁴⁹.

⁴⁸ CAPPELLETTI M., *Proceso, ideologías, sociedad*, Ejea, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo, p. 291.

⁴⁹ Ob. cit., Introducción, pp. IX-XII.



Governance e Giustizia: le regole del processo civile italiano

(Governance and Justice: the rules in the italian civil procedure)

Giorgio Costantino

Professor at the University of Rome (Roma Tre)

Abstract: The article deals with the discussion on how governance could or should be a concept applied to Civil Justice

Keywords: Governance. Civil Procedure. Civil Justice.

Sommario: 1.- Premessa. Oggetto e piano dell'indagine. 2.- Ricognizione delle fonti. 3.- Le garanzie costituzionali ed internazionali. 4.- Le nozioni di «giusto processo». 5.- La disciplina processuale. 6.- La giurisprudenza. 7.- Massime, *obiter dicta* e «precedenti»: esempi. 8.- La soggezione del giudice alla legge. 9.- Gli Osservatorii, i protocolli, le *local rules*: l'*ordo judicarius* moderno.

1.- Il termine «*governance*» e, in particolare, l'espressione «*corporate governance*» si sono diffusi nel linguaggio giuridico italiano soprattutto in occasione della riforma del diritto societario, avviata con la legge delega 3 ottobre 2001, n. 366¹; «*corporate governance*», o «governo societario», indica l'insieme di regole, che disciplina la gestione delle società di

¹ V. la scheda, la relazione e gli atti della Commissione «Mirone» e quelli della Commissione «Rovelli» in www.giustizia.it, nonché, con specifico riferimento alla specifica disciplina processuale contestualmente introdotta e, quindi, abrogata dall'art. 54, co. 5°, l. 18 giugno 2009, n. 69, R. RORDORF, *La problematica evoluzione del diritto societario*, in *Questione Giustizia*, 1999, 1, 45 ss.; P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 78 ss.; ID., *Dalla legge Draghi al progetto Mirone. Un quadro d'insieme*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, p. 410 ss. V., inoltre, G. COSTANTINO, *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Società*, 2000, 2, 161 ss.; ID., *Il processo commerciale, Commento agli artt. 1 – 33 d. leg. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, Padova, 2009; ID., *Sugli effetti della abrogazione del processo commerciale*, in *Società*, 2009, 8, 1049; ID., *La disciplina transitoria della l. n. 69/09 e la abolizione di riti*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1241.



capitali ed include quelle dei rapporti tra i vari soggetti che vi sono coinvolti: soci, organi di gestione e di controllo.

L'analisi che segue è limitata alla analisi dell'insieme di regole, che disciplina il processo civile italiano, vuoi per ragioni di competenza specifica, vuoi perché diversi sono gli obiettivi e, quindi, i principii alla base della giustizia penale, vuoi, infine, perché la «*governance*» del processo civile costituisce, sul piano teorico e scientifico, l'archetipo e il termine di riferimento degli altri modelli processuali.

L'art. 44 l. 18 giugno 2009, n. 69, con il quale è stata attribuita la delega per il «riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato», infatti, ha stabilito che le disposizioni delegate dovevano essere coordinate «con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali». In attuazione di questo criterio direttivo, il codice del processo amministrativo, di cui al d.leg. 2 luglio 2010, n. 104, all'art. 39, contiene un rinvio generale, «esterno», al codice di procedura civile, in più punti richiama specifiche norme del processo civile e, in altri, ne riproduce il testo². Analoghe disposizioni sono contenute nell'art. 1, co. 2°, d.leg. 31 dicembre 1992, n. 546, per il processo tributario, e nell'art. 26, r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, per il processo contabile; nell'ambito di quest'ultimo, inoltre, l'art. 1, co. 174°, l. 23 dicembre 2005, n. 266, si riferisce a «tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile».

Per espressa previsione legislativa, dunque, la disciplina del processo civile costituisce «espressione di principi generali».

Oggetto dell'indagine che segue, pertanto, è l'analisi delle regole che governano il processo civile italiano.

A tal fine, si procederà preliminarmente ad una ricognizione delle fonti normative. Questo passaggio si manifesta comunque doveroso, perché, come si vedrà, la varietà di queste, la tecnica legislativa e le questioni interpretative e di coordinamento suscitano la tentazione di prescindere dai profili formali.

² V. G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul Codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 237.



L'attenzione sarà, quindi, orientata sul valore della giurisprudenza e sull'efficacia del «precedente» nella interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni processuali.

Saranno, quindi, indicati i limiti, in riferimento alle disposizioni che regolano l'andamento del processo, del principio per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», di cui all'art. 101, co. 2°, Cost.

Infine, si darà conto dei fenomeni di autoregolazione del processo in Italia: delle esperienze degli Osservatorii della giustizia civile, dei Protocolli d'udienza, nonché della applicazione del processo civile telematico (PCT).

L'obiettivo consiste nell'indicare in un moderno *ordo judicarius*, frutto della collaborazione di tutte le figure di operatori della giustizia (magistrati, avvocati, funzionari di cancelleria, professori), la «governance» della giustizia e, quindi, le effettive regole che governano il processo civile.

2.- Ai sensi dell'art. 1, disp. prel., «Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 4) gli usi».

Ai sensi dell'art. 117, co. 1°, Cost. «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»: l'Unione Europea, il Parlamento nazionale, le Regioni producono atti aventi forza di legge.

Le fonti europee prevalgono su quelle nazionali. A tal fine, ai sensi dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE), i giudici nazionali sottordinati «possono» domandare alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, mentre gli organi giurisdizionali di ultima istanza «sono tenuti» «a rivolgersi alla Corte»³. La violazione o la disapplicazione del diritto europeo, anche se

³ Da ultima, per l'incompatibilità dell'art. 3, co. 2 *bis*, d.l. 25 marzo 2010, n. 40, convertito in l. 22 maggio 2010, n. 73, che consente la definizione di alcune controversie tributarie, con il diritto europeo, v. Cass. 4 agosto 2010, n. 18055, in *Foro it.* 2010, I; in riferimento ad altre e diverse disposizioni tributarie nazionali, nel senso, infatti, che «44. ... queste disposizioni violano l'obbligo di garantire una riscossione equivalente dell'imposta in tutti gli Stati membri. 45. ... la legislazione italiana produce un effetto contrario nella misura in cui i contribuenti colpevoli di



imputabile ad organi giurisdizionali, è fonte di sanzioni, per lo Stato, cosicché si è posto il problema della responsabilità dei giudici in riferimento all'azione di rivalsa⁴.

I confini delle competenze dello Stato e delle Regioni sono segnati dall'art. 117 Cost.; ai sensi del co. 4°, la regola generale è per la competenza regionale: «spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato». La questione è oggetto di un contenzioso fittissimo ed intenso⁵.

Norme di produzione secondaria sono prodotte dalle autorità indipendenti o sono frutto di regole convenzionali⁶. La fonte del potere regolatore risale comunque a norme primarie,

frode risultano favoriti dalla legge n. 289/2002», v. Corte CE 17 luglio 2008, causa C-132/06, *id.* 2009, IV, 84; ma nel senso che la sentenza della Corte CE «deve essere interpretata restrittivamente e non ha, quindi, effetti sul diverso istituto della definizione delle liti fiscali pendenti», v. Cass., ss.uu., 17 febbraio 2010, n. 3676, *id.*, 2010, I, 1157.

⁴ La Corte CE, infatti, è stata recentemente investita da un ricorso della Commissione contro l'Italia, ai sensi dell'art. 258 TFUE, perché, «nell'escludere qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da attività di interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuata da tale organo giurisdizionale, e nel limitare tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave in forza dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, della legge italiana 13 aprile 1988, n. 117, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza del principio generale della responsabilità degli Stati enunciato dalla Corte nella sua giurisprudenza per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei loro organi giurisdizionali di ultimo grado»: ricorso C-379/10 del 28 luglio 2010. Cfr., sulla questione, Corte CE 13 giugno 2006, n. 173/03, in *Foro it.* 2006, IV, 417, con note di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, di A. PALMIERI *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, e di T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*. V. anche, tra gli ultimi, per indicazioni, M. CONDINANZI, *I giudici italiani «avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» e il rinvio pregiudiziale*, in *Dir. Unione Europea*, 2010, 295; F. FERRARO, *La [ir]responsabilità dei giudici nazionali per violazione del diritto dell'Unione*, in www.csm.it; *Id.*, *La responsabilità risarcitoria degli stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, *passim*; P. PIVA, *La responsabilità dello stato-giudice nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 451; nonché A.M. ROMITO, *Violazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale e responsabilità dello stato*, in *Giusto processo civ.*, 2008, 413. E v., inoltre, in relazione alla esperienza tedesca, R. CAPONI, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca*, in *Foro it.*, 2010.

⁵ V. l'ultima *Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

⁶ N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI E M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 287; G. CARRIERO, *Il controllo sull'attività assicurativa: istituzioni, obiettivi e strumenti*, in *Società*, 2009, 813; *Id.*, *Codici deontologici e tutela del risparmiatore*, in *Foro it.*, 2005, V, 196; ora in *Id.*, *Economia e diritto*, Milano, 2010. V., inoltre, per ulteriori indicazioni, S. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e governance nel modello europeo)*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 5; A. MIRONE, *Le «fonti private» del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa ecc.*, 2009, I, 264; G. SCOGNAMIGLIO, *I nuovi modi di formazione del diritto commerciale: i principi las/lfrs come fonti del diritto contabile*, in *Riv. dir. privato*, 2008, 235; v. anche gli atti del convegno *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di V. DI CATALDO e M. SANFILIPPO,



sebbene talvolta la mera esistenza di esso susciti la tentazione di prescindere dai confini segnati dalle prime⁷.

«L'accertamento della legge straniera – applicabile in forza di eventuali norme di rinvio - è compiuto d'ufficio dal giudice», ai sensi dell'art. 14 l. 31 maggio 1995, n. 218.

E' controversa l'applicazione dei regolamenti emessi dagli enti locali, ai quali l'art. 117, co. 6°, Cost. attribuisce potestà regolamentare⁸.

La violazione e la falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro costituisce motivo di ricorso per cassazione, al pari della violazione di legge⁹, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., ma il deposito del contratto collettivo che si assume violato è considerato un onere della parte e condizione di procedibilità del ricorso¹⁰.

Le questioni relative all'anatocismo nei contratti bancari hanno rinverdito il dibattito sugli usi, che, ai sensi dell'art. 8 disp. prel., hanno efficacia solo in quanto richiamati dalle leggi e dai regolamenti, salvo che sia diversamente disposto¹¹.

Al cospetto della pluralità delle fonti, è inevitabile che l'attenzione teorica si sia orientata sui problemi generali di coordinamento. La bibliografia sul tema è ormai imponente¹².

Milano, 2009. V. anche M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, *passim*.

⁷ V., da ultimo, in relazione al regolamento del Consiglio Nazionale Forense sulle specializzazioni, G. SCARSELLI, *Note sul regolamento del Consiglio nazionale forense per il riconoscimento del titolo di avvocato specialista*, in *Foro it.*, 2010, V, 317.

⁸ Nel senso che «il giudice non è tenuto a conoscerne né a ricercarne d'ufficio il contenuto», v. Cass. 7 giugno 2006, n. 13336, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 241; ma nel senso che «le norme dei regolamenti comunali edilizi sono, per effetto del richiamo contenuto negli art. 872 e 873 c.c., integrative delle norme contenute nel codice in materia di distanze tra costruzioni, sicché il problema della scienza ufficiale di tali norme che il giudice è tenuto ad applicare si pone negli stessi termini di quello delle norme del codice civile», v. Cass. 25 novembre 1996, n. 10450, *id.*, Rep. 1996, voce *cit.*, n. 328.

⁹ Da ultimo, anche per indicazioni, v. F. ROSELLI, *La violazione e la falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. IANNIRUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², MILANO, 2010, 243.

¹⁰ In questo senso, Cass., ss.uu., 23 settembre 2010, n. 20075.

¹¹ V. da ultime, Cass. 2 dicembre 2010, n. 24418, sulla quale si è già aperto un intenso dibattito, nonché sulla scia di Cass., ss.uu., 17 aprile 1999, n. 3845 (in *Foro it.*, 1999, I, 1429), Cass. 18 gennaio 2006, n. 870, 22 marzo 2005, n. 6187, 25 febbraio 2005, n. 4095 e n. 4092, *id.* 2006, I, 1762.

¹² Tra gli ultimi, anche per indicazioni, v. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 479; *Id.*, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*; *Id.*, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 727; A. DI MAJO, *Fonti convenzionali e comunitarie in concorrenza sulle*



Occorre anche ricordare che, ai sensi dell'art. 12 l. 31 maggio 1995, n. 218, «il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana» e, ai sensi dell'art. 117, co. 2°, lett. l), «lo Stato ha legislazione esclusiva – in materia di - l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa».

Per quanto riguarda la *governance* della giustizia, pertanto, la ricognizione delle fonti può arrestarsi a quelle nazionali e a quelle statali.

Prima e al di sopra di qualunque fonte ordinaria, tuttavia, la disciplina processuale deve rispettare le garanzie costituzionali ed internazionali.

3.- Ciascuna e tutte le disposizioni processuali debbono essere conformi agli artt. 3, 24 e 111 Cost., all'art. 47 della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (richiamata dall'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, quale modificato dal Trattato di Lisbona, ratificato con l. 2 agosto 2008, n. 130), e all'art. 6 della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea » (CEDU), ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848.

L'osservanza dei principii e dei valori deducibili dalla Costituzione della Repubblica Italiana, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea costituisce un doveroso criterio interpretativo di ogni testo normativo nazionale, europeo, statale, regionale, convenzionale, primario o secondario. La conformità delle disposizioni processuali alla Costituzione, al diritto dell'Unione Europea e alla Convenzione sui diritti dell'uomo è garantita, rispettivamente, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di giustizia (Corte CE) e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

regole di conflitto, in *Corr. giur.*, 2009, 1157; A. PIZZORUSSO, *è possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Foro it.*, 2009, V, 215; ID., *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, id., 2007, V, 33; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 147; ID., *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, *ibidem*, I, 413; A. LUMINOSO, *Fonti comunitarie, fonti internazionali, fonti nazionali e regole di interpretazione*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2009, 659; V. SCARABBA, *Tra fonti e corti - Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, *passim*. E. v. anche L. CARLASSARRE, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2008, II, 2, 536; nonché gli atti del convegno *Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo fra le corti*, in *Riv. dir. privato*, 2010, fasc. 2, 3.



Ciò significa che, almeno sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell'umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto ad un processo giusto e alla tutela effettiva, ad ottenere, come dicevano i padri, «tutto quello e proprio quello che si avrebbe diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale». Se il mugnaio di *Saint Souci* poteva sperare che vi fossero giudici a Berlino¹³, oggi chiunque non solo gode delle garanzie appena indicate, ma, se queste sono negate anche dal legislatore nazionale, può trovare tutela a palazzo della Consulta, alla Corte del Lussemburgo ed alla Corte di Strasburgo.

Il che, se si volge lo sguardo al passato, può generare soddisfazione, perché le garanzie attualmente disponibili sono il punto di arrivo di un percorso che è partito molto tempo addietro: nel 250 a.C. Appio Claudio pubblicava nel foro le leggi delle dodici tavole, affinché le regole giuridiche non fossero più un mistero per iniziati; nella *Magna Carta Libertatum* del 1215 si legge: «*Nulli negabimus, nulli differimus justitiam*»; tuttavia, se si volge lo sguardo al presente, può generare sconforto, perché l'esperienza quotidiana mette in evidenza le profonde contraddizioni tra i principii ed i valori formalmente riconosciuti e la realtà effettuale; se, infine, si volge lo sguardo al futuro può stimolare l'impegno a contribuire al superamento di tali contraddizioni anche mediante l'analisi delle regole che governano il processo civile italiano.

In questa prospettiva, la compresenza di più testi normativi contenenti le garanzie fondamentali e la coesistenza di più corti deputate a garantirne l'osservanza implica che si dia conto degli strumenti di coordinamento.

¹³ Come è noto, secondo una leggenda tedesca, Arnold, mugnaio di San Souci, Potsdam, all'esito di conflitti giudiziari protrattisi per quasi trenta anni, ottenne finalmente giustizia dall'imperatore Federico II di Prussia; Rosina, moglie del mugnaio, avrebbe affermato: «Ci sarà un giudice a Berlino».



4.- L'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ha aggiunto cinque capoversi all'art. 111 della Costituzione¹⁴. Il primo ed il secondo comma della disposizione novellata hanno un portata generale.

L'espressione «*giusto processo*» rinvia a tre modelli: quello conforme ai principii costituzionali, quali deducibili dalla Costituzione e soprattutto dalla giurisprudenza del giudice delle leggi anteriore al 2000; quello conforme ai principii della Convenzione sui diritti dell'uomo, elaborati ed applicati dalla Corte di Strasburgo in applicazione dell'art. 6 della Convenzione, nonché dalle corti territoriali e dalla giurisprudenza italiana in applicazione della legge 24 marzo 2001, n. 89, e ripetuti dall'art. 47 della carta di Nizza; e può indicare, infine, il modello deducibile dal novellato art. 111 Cost.

Fino al 31 dicembre 1999, la disciplina processuale doveva garantire il diritto di azione e di difesa, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ai sensi degli artt. 24, co. 1° e 2°, e 113, l'uguaglianza formale e sostanziale delle parti, ai sensi dell'art. 3, 1° e 2° co., la precostituzione per legge di un giudice «naturale», ai sensi dell'art. 25, l'autonomia e la indipendenza della magistratura e del singolo giudice, ai sensi degli artt. 101 ss., la ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 2° (ora 7°). In una delle ultime sentenze precedenti la riforma costituzionale¹⁵, il Giudice delle leggi ha individuato «le garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute» nella «possibilità del contraddittorio», nella «stabilità della decisione» e nella «impugnabilità con ricorso per cassazione».

Con la legge costituzionale del 1999 si è precisato che il processo, per essere «giusto» deve essere «regolato dalla legge», deve svolgersi «nel contraddittorio tra le parti», «in condizioni di parità», «davanti a un giudice terzo ...» e «... imparziale»; e si è anche stabilito che «la legge ne assicura la ragionevole durata».

¹⁴ Si rinvia, anche per indicazioni, a G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in Atti del Convegno «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile"», a cura di M. G. CIVININI e C. VERARDI, in *Quaderni di Questione giustizia*, Milano, 2000, 255; ID., *Il giusto processo civile*, in Atti del Convegno «Giusto processo civile e penale» a cura di M. L. Campiani, Napoli, 2004, 193 ss.; ID., *Il giusto processo di fallimento*, in *La tutela dei crediti nelle procedure concorsuali*, a cura di A. DIDONE e P. FILIPPI, MILANO 2002, 1; nonché ID., *L'azione processuale contabile nell'assetto del giusto processo contabile*, in *Amm. Contabilità*, 2002, 1.

¹⁵ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Foro it.*, 1999, I, 1118.



Ne consegue che, nel mutato quadro costituzionale, non basta invocare la giurisprudenza costituzionale anteriore in funzione del giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87. Le soluzioni alle quali essa era pervenuta possono ora essere richiamate solo se ed in quanto compatibili con il «giusto» processo, quale definito dal novellato art. 111 Cost.

Le garanzie scolpite in questa disposizione e, comunque, già deducibili dal sistema, peraltro, coincidono con quelle già previste dall'art. 6 della Convenzione sui diritti dell'uomo, assunto a modello per la riforma costituzionale.

Quest'ultimo, infatti, sotto la rubrica «*diritto a un equo processo*», al co. 1°, dispone: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. [. . .]».

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a sua volta, stabilisce: «1. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. 2. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. 3. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

A ben vedere, non vi è contraddizione tra i testi normativi appena indicati, tra i principi ed i valori previsti in materia di giustizia dalla Costituzione della Repubblica Italiana, quelli affermati della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e quelli riconosciuti dalla Convenzione sui diritti dell'uomo.

In questo senso è anche la giurisprudenza.



Già si è ricordato che la violazione o la disapplicazione del diritto europeo, anche se imputabile ad organi giurisdizionali, è fonte di sanzioni, per lo Stato, e che si è posto il problema della responsabilità dei giudici in riferimento all'azione di rivalsa¹⁶.

Per quanto riguarda i rapporti tra Costituzione e Convenzione sui diritti dell'uomo, tra Corte costituzionale e CEDU, appare opportuno dar conto delle indicazioni della Corte costituzionale¹⁷.

In base ad una ampia premessa, diretta a collocare nel sistema le disposizioni convenzionali, la Corte ha concluso nel senso che essa «e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri. A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana».

Delineato il quadro e l'operatività delle garanzie fondamentali, la ricognizione delle fonti processuali implica un ulteriore passaggio: l'individuazione delle norme processuali.

5.- Appare ragionevole dubitare che le queste ultime si esauriscano nelle disposizioni del codice di rito¹⁸.

¹⁶ Cfr. sopra, testo e nota 4.

¹⁷ V. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39, con note di R. ROMBOLI, A. TRAVI, CAPPUCCIO e GHERA; in *Corriere giur.*, 2008, 193, con note di LUCIANI e CONTI, in *Giur. it.*, 2008, 309, con nota di REPETTO e 2008, 565, con note di CONFORTI e CALVANO. Cfr., anche per ulteriori indicazioni, le relazioni di C. CONSOLO e di R. CAPONI al XVII Convegno nazionale dell'Associazione tra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009.

¹⁸ Cfr. B. CAPPONI, *La legge processuale civile. Fonti interne e comunitarie. Applicazione e vicende*³, Torino, 2009, spec. 8.



In primo luogo e in generale, il sistema, per definizione completo unitario ed armonico, non costituisce un dato immanente ma è comunque il frutto di un'opera di classificazione: la completezza, l'unità e l'armonia sono, in ogni caso, frutto di un'attività ordinatoria; è l'interprete, che si sforza di classificare i fenomeni, al pari dello studioso di scienze naturali che, ad esempio, classifica i bovini come mammiferi ruminanti placentati e le formiche o le api quali imenotteri sociali.

In secondo luogo, non è realistico assumere il vigente codice di rito quale criterio sistematico di classificazione della *materia processuale*: nel testo del codice convivono, tra l'altro, norme del 1940-42, del 1950, del 1973, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009. Il codice è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare. Una delle più impegnative, seppur fastidiose, attività, infatti, consiste nel tentare di risolvere le numerose questioni di coordinamento tra disposizioni ispirate a diverse *rationes*, nel tentativo di costruire un sistema, che certamente, per quanto riguarda la vigente normativa codicistica, non è un dato immanente.

In terzo luogo, l'utilizzazione del codice quale criterio di classificazione rischia di abbandonare ad altri settori materie di non secondaria importanza: basti pensare, ad esempio, ai processi di separazione e di divorzio, a quelli minorili; alla tutela dei diritti sindacali e del pubblico impiego; alle forme di tutela dei diritti in materia di proprietà industriale; alla tutela del consumatore; a tutte le materie che trovano la propria fonte nella disciplina comunitaria.

Le disposizioni processuali non sono soltanto quelle contenute nel codice di procedura civile emanato il 28 ottobre 1940 ed entrato in vigore il 21 aprile 1942.

Non sembra, inoltre, possibile prescindere dal verificare l'operatività della disciplina del processo civile richiamata in altri contesti: nel processo amministrativo dall'art. 39 d.leg. 2 luglio 2010, n. 104, nel processo contabile dagli artt. 26, r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, e 1, co. 174°, l. 23 dicembre 2005, n. 266, e nel processo tributario dall'art. 1, co. 2°, d.leg. 31 dicembre 1992, n. 546.



In questa prospettiva, un ragionevole criterio di classificazione può essere fornito dal d.m. 24 ottobre 2000, per il quale il settore IUS/15 «Diritto processuale civile» comprende «gli studi relativi alla disciplina del fenomeno processuale nell’ambito civilistico (dal procedimento di cognizione al procedimento di esecuzione), al diritto processuale del lavoro, al diritto dell’arbitrato ed al diritto fallimentare (con particolare riferimento agli aspetti processuali), nonché gli studi relativi alle dottrine generali del processo per quanto attiene al versante civilistico».

Questa ampia definizione consente di comprendere tra le fonti del diritto processuale ogni testo normativo che regoli gli strumenti di tutela delle situazioni subiettive.

La ricognizione delle fonti del diritto processuale implica, pertanto, l’elenco delle riforme generali che si sono succedute dopo l’emanazione del codice ancora vigente, nonché quello delle normative specifiche.

Il codice di procedura civile è stato approvato con il r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443, ed è entrato in vigore il 21 aprile 1942. Già il r.d. 18 dicembre 1941, n. 1368, introdusse norme non meramente di attuazione, ma integrative della nuova disciplina processuale; altre non secondarie modifiche sono contenute nel r.d. 20 aprile 1942, n. 504, emanato un giorno prima l’entrata in vigore.

La l. 14 luglio 1950, n. 581, e il d.P.R. 17 ottobre 1950, n. 857, noti come la «Novella del 1950», contengono la prima, radicale riforma del codice.

La l. 11 agosto 1973, n. 533, nota come la «Novella del 1973» ha riformato il processo del lavoro, sul quale è, da ultima, intervenuta la l. 4 novembre 2010, n. 183.

La «Novella del 1990» è contenuta nella l. 26 novembre 1990, n. 353, e l. 21 novembre 1991, n. 374, modificate ed integrate dai dd.l. 16 dicembre 1993, n. 521, 14 febbraio 1994, n. 105, 14 aprile 1994, n. 235, 18 giugno 1994, n. 380, 8 agosto 1994, n. 493, non convertiti in legge, e dal d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, quest’ultimo convertito in l. 6 dicembre 1994, n. 673,



nonché dai dd.l. 21 aprile 1995, n. 121, 21 giugno 1995, n. 238, 9 agosto 1995, n. 347, non convertiti in legge, e dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito in l. 20 dicembre 1995, n. 534¹⁹.

Il d.leg. 17 gennaio 2003, n. 5, ha introdotto il «processo commerciale», poi abrogato dall'art. 54, co. 4°, l. 18 giugno 2009, n. 69.

Tra il 2005 e il 2006, sulla giustizia civile si è scatenato uno *tsunami* di riforme. L'ondata riformatrice è stata avviata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, al quale hanno fatto seguito la l. 28 dicembre 2005, n. 263, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 271, non convertito in legge, il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51, e la l. 28 febbraio 2006, n. 52.

Il d.leg. 2 febbraio 2006, n. 40, ha riformato la disciplina dell'arbitrato e il procedimento innanzi alla Corte di cassazione.

La tutela collettiva risarcitoria è stata regolata dall'art. 140 *bis*, del codice del consumo di cui al d.leg. 6 settembre 2005, n. 206; il testo è stato modificato dall'art. 49, co. 1°, l. 23 luglio 2009, n. 99; l'entrata in vigore è stata prevista dall'art. 23, co. 16°, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102.

Con la l. 25 luglio 2005, n. 150, è stata approvata la riforma dell'ordinamento giudiziario, poi attuata con diversi decreti legislativi, in parte modificati dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269, e dalla l. 30 luglio 2007, n. 111.

La riforma delle procedure concorsuali è stata attuata con il d.leg. 9 gennaio 2006, n. 6, seguito dal decreto «correttivo» 12 settembre 2007, n. 169, e da ulteriori modifiche parziali.

Lo *tsunami* di riforme del 2005/2006 è stato, in parte «corretto» dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, che costituisce l'ultima, rilevante «Novella».

¹⁹ Sul testo originario della disciplina transitoria della «Novella» del 1990, sui rinvii della sua entrata in vigore e sui decreti legge emanati nell'imminenza di questa, v. G. COSTANTINO, *La disciplina transitoria della l. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Documenti giustizia*, 1991, n. 7/8, 1 ss.; *Il processo civile nel 1993 (Note sul rinvio della riforma)*, in *Foro it.*, 1992, V, 417 ss.; *Il processo incivile nel 1995. (Note sulla applicazione dimezzata della riforma)*, *id.*, 1995, V, 225 ss.; *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995 n. 238)*, *id.*, 1995, V, 321 ss.; *Il processo civile e Biancaneve (Note sulla l. 20 dicembre 1995, n. 534)*, *id.*, 1996, V, 1 ss., tutti ora in *Scritti sulla riforma della giustizia civile (1982 - 1995)*, Torino, 1996.



Numerosissimi provvedimenti legislativi hanno modificato singoli aspetti della disciplina processuale ed altri sono annunciati²⁰.

Appare ovvio rilevare che le riforme del processo e della giustizia non sono un evento straordinario. In una società complessa ed in rapida evoluzione, esse sono una reazione fisiologica ai mutamenti sociali ed economici. Questi ultimi, a loro volta, richiedono una continua opera di manutenzione.

Senonché la pendolarizzazione del quadro normativo rende incerta la *governance* della giustizia.

Il processo commerciale o societario era stato presentato come uno strumento risolutivo dei conflitti economici, come una anticipazione «di una riforma organica di tutto il processo civile» e come «una sperimentazione generalizzabile in un futuro prossimo»²¹. Il quesito di diritto di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. era stato previsto per «meglio finalizzare l'attività della Corte alla decisione delle questioni di diritto e di evitare che il ricorso si limiti ad una mera ripetizione degli argomenti sostenuti nelle precedenti fasi»²². Analoghe ragioni efficientiste sono state invocate per l'estensione del rito del lavoro alla infortunistica stradale. L'art. 180 c.p.c. era stato introdotto, nel 1995, contro la riforma attuata con la l. 26 novembre 1990, n. 353, ed è stato eliminato a far tempo dal 1° marzo 2006. Il dibattito su ciascuna di queste riforme ha avuto forti caratterizzazioni ideologiche; ha messo in sordina gli aspetti tecnici,

²⁰ Si rinvia a G. COSTANTINO, *Le riforme della giustizia civile nella XIV Legislatura*, in *Riv.dir. proc.*, 2005, 15 ss.; nonché, per i successivi sviluppi, alle *Rassegne di legislazione* (1° giugno – 30 settembre 2005), *id.*, 2005, 1277; (1° ottobre – 31 dicembre 2005), *id.*, 2006, 181; (1° gennaio – 31 marzo 2006), *id.*, 2006, 617; (1° aprile – 30 giugno 2006), *id.*, 2006, 935; (1° luglio – 30 settembre 2006), *id.*, 2006, 1273; (1° ottobre – 31 dicembre 2006), *id.*, 2007, 261; (1° gennaio – 28 febbraio 2007), *id.*, 2007, 797; (1° marzo – 30 giugno 2007), *id.*, 2007, 1089; (1° luglio – 31 agosto 2007), *id.*, 2007, 1367; (1° settembre – 30 ottobre 2007), *id.*, 2007, 1677; (1° novembre – 31 dicembre 2007), *id.*, 2008, 289; (1° gennaio – 30 aprile 2008), *id.*, 2008, 869; (1° maggio – 30 giugno 2008), *id.*, 2008, 1169; (1° luglio – 31 ottobre 2008), *id.*, 2008, 1785; (1° novembre 2008 – 28 febbraio 2009), *id.*, 2009, 579; (1° marzo 2009 – 30 giugno 2009), *id.*, 2009, 1113; (1° luglio – 31 agosto 2009), *id.*, 2009, 1445; (1° settembre 2009 – 28 febbraio 2010), *id.*, 2010, 514; (1° marzo – 31 agosto 2010), *id.*, 2010, 1244. V. anche *Id.*, *L'accelerazione del processo civile*, in Atti del Convegno «I tempi della giustizia», Napoli, 2010, 3.

²¹ Così il Comunicato n. 88 del Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2003. Cfr. anche, per indicazioni, G. COSTANTINO, *Il processo commerciale, Commento agli artt. 1 – 33 d. leg. 17 gennaio 2003*, n. 5, cit.

²² Così la Relazione al d.leg. 2 febbraio 2006, n. 40. Cfr. UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione sullo stato della giurisprudenza n. 22 del 13 febbraio 2009*, e n. 25 del 3 marzo 2008, *Formulazione del quesito di diritto ai sensi del nuovo art. 366 bis cod. proc. civ. – Stato della giurisprudenza* (red. A. CARRATO), in www.cortedicassazione.it.



relativi alla congruità dei mezzi ai fini. Ma il fallimento di ciascuna di esse è stato determinato proprio dalla inidoneità degli strumenti rispetto agli obiettivi enunciati.

La tecnica legislativa, infatti, è, spesso, eufemisticamente carente.

Basti ricordare, ad esempio, che l'art. 26, co. 1°, lett. a) e b), d.leg. 2 febbraio 2006, n. 40, ha sostituito, nel quinto comma dell'art. 23 l. 24 novembre 1981, n. 689, l'espressione «ricorribile per cassazione» con «appellabile» ed ha abrogato l'ultimo comma, ai sensi del quale «la sentenza è inappellabile ma è ricorribile per cassazione»; il primo comma (ai sensi del quale «il giudice, se il ricorso è proposto oltre il termine previsto dal primo comma dell'art. 22, ne dichiara l'inammissibilità con ordinanza ricorribile per cassazione»), tuttavia, non è stato modificato, cosicché le ordinanze dichiarative della inammissibilità dei ricorsi tardivi sono rimaste ricorribili direttamente per cassazione²³.

Ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., nel testo novellato nel 2009, la sezione «filtro» dovrebbe valutare l'«ammissibilità» del ricorso ai sensi dell'art. 375, co. 1°, nn. 1) e 5), c.p.c., mentre la sezione «competente» dovrebbe provvedere ai sensi dell'art. 375, co. 1°, nn. 2) e 3). La prima, quindi, potrebbe dichiarare inammissibile il ricorso «anche per mancanza dei motivi», accoglierlo o rigettarlo «per manifesta fondatezza o infondatezza»; la seconda dovrebbe ordinare l'integrazione del contraddittorio, la notificazione dell'impugnazione ai litisconsorti nelle cause scindibili o la rinnovazione di essa, l'estinzione del processo. Appare evidente che non può essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso, né la manifesta infondatezza o la manifesta fondatezza se la notificazione è nulla o se il contraddittorio non è integro.

Non sono, poi, infrequenti i casi in cui la redazione delle nuove disposizioni è il frutto di uno sciatto «taglia ed incolla».

Al fine di consentire un'istruttoria «aperta» nel secondo «grado» del nuovo procedimento sommario, l'art. 345, co. 3°, c.p.c., è stata copiata nell'art. 702 *quater* c.p.c.: è

²³ In questo senso v. Cass. 25 novembre 2008, n. 28147, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace*, n. 29; nel senso che l'appello è regolato dalla disciplina ordinaria, v. Cass. 19 giugno 2009, n. 14520, *id.*, 2010, I, 114; e, nel senso che non opera la regola del foro erariale, v. Cass., ss.uu., 18 novembre 2010, n. 23825 e n. 23826, 22 novembre 2010, n. 23594.



stato cancellato il «non»; è stato sostituito «salvo che» con «quando», «indispensabili» con «rilevanti»; è stata conservata la seconda parte del periodo: «ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile»; ma, nel nuovo contesto, questa non sembra abbia senso alcuno.

Ai sensi dell'art. 145 *bis*, co. 2°, del t.u. bancario di cui al d.leg. 1° settembre 1993, n. 385, aggiunto dall'art. 8 d.leg. 13 agosto 2010, n. 141, il ricorso si propone al «Tribunale amministrativo regionale», ma deve essere «depositato presso la cancelleria della Corte d'appello». Il testo evidentemente riproduce altra disposizione, per la quale la competenza era della corte di appello, ma a questa è stato sostituito il Tar soltanto nella prima parte²⁴.

La frenesia legislativa, la mutevolezza e l'opacità dei testi normativi²⁵ hanno generato, tra l'altro, una serie di effetti, dei quali occorre dar conto anche in questo contesto.

In primo luogo, hanno orientato la prevalente attenzione e le energie degli interpreti e degli operatori alla comprensione dei nuovi testi normativi ed alla soluzione delle inevitabili questioni di coordinamento: l'esigenza di una continua e ripetuta analisi delle mutevoli regole che governano il processo civile italiano ha prevalso sull'impegno per far funzionare la giustizia. In considerazione dell'incremento della domanda di commenti e di incontri sulle nuove discipline, si è, quindi, in più occasioni, rilevato che il primo effetto delle continue riforme consiste in un rilancio dell'editoria giuridica e del turismo processuale.

In secondo luogo, hanno rinforzato le spinte verso le interpretazioni assolutamente «creative», che prescindono dai testi normativi, spesso difficili da comprendere e da coordinare. Ha, sovente, reso impossibile il dibattito ed il confronto, i quali implicano, invece, una comune base di riferimento: se ciascun interprete manifesta i propri desideri e le proprie aspirazioni prescindendo dalla lettera e dai possibili significati dei testi normativi, non è possibile neppure il dissenso; occorre limitarsi a prendere atto della diversità di vedute.

In terzo luogo, hanno richiamato l'attenzione sul ruolo della giurisprudenza. Constatato che il legislatore è venuto meno al suo compito, vuoi per incapacità tecnica, vuoi per inseguire

²⁴ Su questa disposizione è stato annunciato un decreto correttivo.

²⁵ Ulteriori esempi di tecnica legislativa nelle *Rassegne di legislazione*, citt.



risultati di mera immagine, la «*governance*» della giustizia civile è ricercata nella giurisprudenza.

6.- Appare, infatti, una ragionevole via di fuga dalla frenesia legislativa, dalla mutevolezza e dall'opacità dei testi normativi, rifugiarsi nelle indicazioni giurisprudenziali: quali che possano essere le interpretazioni delle disposizioni ambigue e contraddittorie, le indicazioni della giurisprudenza sembrano comunque offrire un porto sicuro. I disorientamenti e le lacune tecniche del legislatore rivalutano la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, che, ai sensi dell'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, «quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale».

La nomofilachia, infatti, «risponde all'esigenza diffusa ... di razionalizzare lo strumento del processo e di rafforzarne la configurazione di servizio per la tutela dei diritti, nella quale rientra la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali, che assicura, da un lato, l'uguaglianza delle decisioni nei casi simili e concorre, dall'altro, alla tempestiva definizione della controversia»²⁶. «E' d'altra parte acquisito, che la giurisprudenza operi nell'ordinamento come sostanziale fonte di diritto e per questo è essenziale non solo che ci sia una corte di legittimità, ma che possa operare in modo corrispondente alla sua funzione»²⁷. «Oggi nessun giurista munito di un minimo di sensibilità storica e di elementare buon senso negherebbe alla dottrina e alla giurisprudenza pratica un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo e, quindi, un ruolo produttivo di regole giuridiche»²⁸.

²⁶ Così U. MORCAVALLO, *Sistema di principi e tutela dei diritti*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 6.

²⁷ Così P. VITTORIA, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 139.

²⁸ Così G. VIDIRI, *Le nullità processuali e il giusto processo*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 315.



Alla contrapposizione tra «norma» e «testo», risalente ad Ascarelli²⁹, è subentrato il riferimento al «diritto vivente»³⁰.

Senonché, si è anche ricordato che «nel quadro degli equilibri istituzionali del nostro ordinamento, il giudice, anche al livello (funzionalmente) superiore della nomofilachia non sia abilitato a creare il diritto»³¹.

L'ampio e approfondito dibattito sul ruolo della giurisprudenza³², infatti, non può prescindere dall'art. 101, co. 2°, Cost. per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». Sebbene non sia ragionevole disconoscere che la «norma» effettiva sia quella che emerge dalla interpretazione giurisprudenziale dei testi normativi, occorre anche prendere atto che la sua efficacia vincolante si fonda sulla forza di persuasione e, quindi, sono legittimi ed ammissibili,

²⁹ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, 351, e ora in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 140.

³⁰ Anche per indicazioni, v., da ultimo, M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 508.

³¹ Così, M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, cit., 511.

³² La nomofilachia e il ruolo della giurisprudenza nel sistema delle fonti (cfr., sopra, la nota 11), costituiscono il filo conduttore di tutti i contributi raccolti in *Il nuovo giudizio di cassazione*², a cura di G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO, cit., nonché di quelli raccolti nella prima edizione, Milano, 2007. V. anche la Relazione dell'Ufficio del Massimario - gennaio 2010, *Riflessioni su continuità ed innovazione per l'applicazione dell'art. 360 bis c.p.c.*, in www.cortedicassazione.it. Sul tema, un riferimento imprescindibile nella cultura non solo italiana sono le ricerche di G. GORLA, del quale v. la voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, nella quale sono indicati tutti gli scritti dell'A. sull'argomento. V., inoltre, senza pretesa di completezza, R. CALVO, *La giurisprudenza come fonte del diritto comune moderno?*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2009, 1; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 709; G. VIDIRI, *La nuova nomofilachia: diritti più certi e processi più rapidi*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*¹, cit., 21; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279; S. EVANGELISTA e G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, *id.*, 2005, V, 82 ss.; F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contratto e impr.*, 2004, 1; L.P. COMOGLIO e V. CARNEVALE, *Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1037 ss.; S. MAZZAMUTO, *Certezze e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di «enforcement» del precedente*, in *Politica del diritto*, 2003, 157; V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, 881; S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 1; G. SALMÈ, *Interpretazione e nomofilachia*, in *Questione giustizia*, 2001, 937; AA. VV. *Diritto giurisprudenziale* a cura di M. BESSONE Torino, 1996, e, in particolare, i contributi di R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, 1, di G. BORRÈ, *La Corte di cassazione oggi*, 160; M. R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169; M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 19; M. PIVETTI, *Quale Cassazione. Quale nomofilachia*, *id.*, 1991, 836; M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 349; M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impr.*, 1988, 545 ss.; S. SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, 256; N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 201.



anche ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. i tentativi diretti alla formulazione di una «norma» diversa, comunque fondata sui medesimi testi di legge.

Ex positivo jure, le fonti della disciplina processuale sono quelle sopra indicate. Le decisioni della Cassazione, ai sensi dell'art. 384, co. 2°, c.p.c., sono vincolanti per il giudice di rinvio, «il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte», ma si tratta di una questione interna al processo³³.

Quelle delle sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, co. 3°, c.p.c., sono vincolanti per le sezioni semplici³⁴, ma l'eventuale violazione di questa disposizione è priva di conseguenze: se una sezione semplice disattende le indicazioni delle sezioni unite, il provvedimento non è impugnabile, né sono previste sanzioni nei confronti dei magistrati³⁵.

In realtà, il «precedente», in base alla richiamata disposizione costituzionale e alle risalenti e approfondite ricerche sul ruolo della giurisprudenza, è tale perché persuade; indica, tra le diverse interpretazioni possibili, quella che l'organo giudicante ha applicato ed applicherà in futuro. Se l'«organo supremo della giustizia» ha deciso una controversia in un determinato modo, è ragionevole prevedere che definirà nello stesso modo controversie simili, cosicché, ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c., il ricorso è «manifestamente infondato», «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla

³³ La vicenda relativa alla c.d. pregiudizialità amministrativa che ha preceduto il codice del processo amministrativo di cui al d.leg. 2 luglio 2010, n. 104 (nel quale la questione è stata definita all'art. 30, con la previsione di un termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria), è, in questa prospettiva, esemplare: dopo la sentenza 22 luglio 1999, n. 500 (in *Foro it.*, 1999, I, 2487), e dopo le pronunce della Corte costituzionale che hanno fatto giustizia del riparto di giurisdizione per blocchi di materie (Corte cost. 5 luglio 2004, n. 204, e 28 luglio 2004, n. 281, *id.*, 2004, I, 2594; 11 maggio 2006, n. 191, *id.* 2006, I, 1625), si era posto il problema della tutela risarcitoria, qualora questa non fosse stata chiesta congiuntamente all'azione di annullamento dell'atto o del silenzio della p.a. Se, infatti, non dubitava della sussistenza della giurisdizione amministrativa, qualora l'azione tendesse all'annullamento dell'atto (o del silenzio) e al risarcimento del danno, è apparso problematico il caso in cui il risarcimento fosse stato chiesto separatamente dall'annullamento dell'atto o indipendentemente da questo. La Cassazione ha affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa: Cass. 13 giugno 2006, n. 13659 (*id.*, 2007, I, 3181). Di fronte al rifiuto del giudice amministrativo di adeguarsi al «precedente», la Corte ha ribadito tale criterio di riparto di giurisdizione ed ha affermato che il rifiuto del giudice amministrativo di riconoscere il diritto al risarcimento indipendentemente dall'annullamento dell'atto (o del silenzio) equivale alla negazione della propria giurisdizione, cosicché i relativi provvedimenti vincolano il giudice di rinvio e possono essere impugnati per cassazione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c.: Cass. 23 dicembre 2008, n. 30254, *id.*, 2009, I, 731 ss.

³⁴ Si rinvia a G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 301.

³⁵ La violazione del diritto europeo e delle indicazioni della Corte del Lussemburgo, invece, è fonte di sanzioni per lo Stato: cfr. sopra la nota 4.



giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi da confermare o mutare l'orientamento della stessa»³⁶.

In questa prospettiva, come ha insegnato Gino Gorla e come ritiene l'assoluta maggioranza degli studiosi dell'argomento, l'*obiter dictum* non costituisce «precedente»; questo è limitato, invece, alla *ratio decidendi*, in riferimento alla concreta fattispecie oggetto del giudizio. L'individuazione della *ratio decidendi*, infatti, è una delle questioni che maggiormente appassiona i giuristi di *common law*³⁷.

Nella medesima prospettiva, le «massime», sovente frutto della estrapolazione di un brano della motivazione, talvolta estraneo all'effettivo *decisum*, costituiscono spesso una falsa rappresentazione della realtà. Da tempo, infatti, è stata segnalata l'opportunità di numerare le righe delle motivazioni, secondo la prassi accolta dalla Corte CE e dalla CEDU, affinché sia possibile richiamare ed invocare direttamente i brani significativi, senza verificare la corrispondenza della «massima» all'effettiva decisione. Il che consentirebbe anche di liberare le energie attualmente impegnate in un lavoro che la disponibilità, anche grazie alla rete, dei testi integrali delle decisioni rende sempre meno utile, ma presuppone un adeguamento delle tecniche di redazione dei provvedimenti³⁸.

Gli *obiter dicta* e i principii enunciati «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 c.p.c.³⁹, peraltro, possono rivelarsi un prezioso strumento in relazione all'*overruling*: se la Corte intende mutare il proprio indirizzo, gli *obiter dicta* e i principii enunciati «nell'interesse della legge» consentono, per un verso, di evitare le conseguenze dannose per coloro che avevano

³⁶ Nel senso, appunto che, in tal caso, il ricorso sia «manifestamente infondato», non «inammissibile», come prevede la lettera dell'art. 360, n. 1, c.p.c., v. Cass. 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, con osservazioni di G. COSTANTINO e nota di G. SCARSELLI, e in *Corriere giur.*, 2010, 11, con nota di C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato "stare decisis": la prima ordinanza sull'art. 360-bis c.p.c.*

³⁷ V., anche per indicazioni, U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto civ.*, Torino, 1996, XIV, 148.

³⁸ Il tema è da tempo oggetto di attenzione e di dibattito anche all'interno della Corte: v., da ultimo, anche per indicazioni, L. MACIOCE, *Tecniche di redazione dei provvedimenti di legittimità*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 473.

³⁹ Sui quali, v., da ultimo, per una utile e ragionata rassegna dell'applicazione della disposizione, A. CRISCUOLO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, in G. IANNURUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 57.



confidato nell'orientamento improvvisamente disatteso, e, per altro verso, di adeguarsi al nuovo indirizzo annunciato dalla Corte. La stessa Corte, infatti, ha avvertito gli effetti devastanti degli improvvisi *revirement*: «visto dalla parte di chi ha già fatto ricorso al giudice di cassazione, l'*overruling* si risolve in un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e in una somministrazione all'arbitro del potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione»⁴⁰.

In ogni caso, nell'ordinamento positivo vigente, il «precedente» in senso tecnico, l'*obiter dictum* ed il principio enunciato «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 c.p.c., possono contribuire a determinare la *governance* della giustizia soltanto se sono persuasivi⁴¹. Il primo ha una qualche efficacia, perché, come si è già osservato, se un caso è stato già deciso, appare ragionevole ritenere che casi simili saranno decisi nello stesso modo e se la decisione proviene dall'«organo supremo della giustizia», i provvedimenti difformi dei giudici di merito potranno essere annullati. Gli altri sono mere opinioni, autorevoli o autorevolissime, ma la forza persuasiva deriva dagli argomenti che li sorreggono; se questi non sono persuasivi, può dubitarsi che la stessa Corte, chiamata a decidere una specifica controversia, si adegui alla estemporanea affermazione contenuta in un *obiter dictum* o al principio di diritto enunciato in astratto.

7.- Alcuni esempi possono confermare questi rilievi.

Le Sezioni Unite affermarono di aver composto un contrasto sulla possibilità di chiedere per la prima volta in appello gli interessi; la sentenza rilevava che alcune decisioni

⁴⁰ Così, in motivazione, Cass. 2 luglio 2010, n. 15811, e Cass. 17 giugno 2010, n. 14627, in *Foro it.*, 2010, I, 3050.

⁴¹ Nella prospettiva indicata nel testo, si manifesta incompatibile con il vigente sistema la proposta di applicare ai mutamenti di giurisprudenza i principii operanti per lo *ius superveniens*: in questo senso, v. R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311. Nell'ordinamento positivo vigente unitariamente considerato, la giurisprudenza non è una fonte del diritto. I mutamenti di giurisprudenza, pertanto, hanno per oggetto le disposizioni innovativamente interpretate, dalle quali soltanto proviene la forza cogente. Una risposta agli effetti, a volte devastanti, degli improvvisi e ripetuti mutamenti di giurisprudenza, va ricercata altrove, soprattutto evitando che si ripetano. La strada percorribile non appare quella di legittimarli.



ammettevano la nuova domanda ed altre la ritenevano inammissibile. Ma il contrasto era fittizio: per i crediti di valore non anche per quelli di valuta, la domanda era ritenuta ammissibile, perché l'azione di condanna relativa ai primi comprende anche gli accessori, ma la distinzione era scomparsa dalle massime⁴².

La facilità con la quale, oggi, sono reperibili i testi integrali delle sentenze limita i casi di travisamento delle decisioni ad opera delle massime, ma l'onda lunga della falsa rappresentazione della realtà manifesta talvolta ancora i suoi effetti⁴³.

L'*obiter dictum* contenuto in una recente sentenza delle sezioni unite⁴⁴ ha realizzato effetti devastanti. Sulla scia di una risalente decisione⁴⁵, nonostante le critiche della dottrina, la giurisprudenza era nel senso che, se l'opponente a decreto ingiuntivo avesse fissato termini di comparizione inferiori a quelli legali, doveva costituirsi, a pena di improcedibilità ai sensi dell'art. 645 c.p.c., nei termini dimezzati: la questione riguardava, quindi, la dimidiazione dei termini di costituzione nel caso di abbreviazione dei termini di comparizione. Nel caso oggetto di decisione, l'opponente aveva fissato termini di comparizione inferiori a quelli legali. L'orientamento della giurisprudenza è stato confermato, ma, nella motivazione, si afferma anche che «esigenze sistematiche» inducono a ritenere che la dimidiazione dei termini dovrebbe operare sempre e comunque. L'estemporanea affermazione ha suscitato un intenso

⁴² V. Cass. 11 marzo 1996, n. 1935, con nota di G. COSTANTINO, *Limiti alla applicabilità dell'art. 345 co. 1° c.p.c.*, in *Corriere giur.*, 1996, 909; la questione era anche estranea alla materia del contendere, perché si discuteva del prezzo di un contratto preliminare, al quale, pacificamente, l'art. 1499 cod. civ. non è applicabile. V. anche, in un contesto normativo diverso dall'attuale, nel senso che le nuove eccezioni, allora ammissibili in appello, dovevano essere proposte con l'atto introduttivo e che, se proposte dall'appellato, implicavano la proposizione di appello incidentale, Cass. 27 gennaio 1978, n. 386, e Cass. 23 settembre 1977, n. 4058, con nota di G. COSTANTINO, *Le nuove eccezioni nel giudizio di secondo grado*, in *Foro it.*, 1978, I, 1472; l'orientamento anteriore, tuttavia, era nel senso che, quando le nuove eccezioni si traducono, in concreto, in motivi di appello dovevano essere proposte con l'atto di impugnazione; questa precisazione era scomparsa dalle massime; anche in quella ipotesi, il contrasto non era reale.

⁴³ V. Cass. 5 aprile 2007, n. 8521, con nota di R. POLI, *Sul potere del giudice d'appello di determinare gli accessori dei crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 2009, I, 3478.

⁴⁴ Cass. 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, 2010, I, 3014, con nota di richiami di A.D. DE SANTIS e con commento di C.M. BARONE, R. CAPONI, G. COSTANTINO, D. DALFINO, A. PROTO PISANI E G. SCARSELLI, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*.

⁴⁵ Cass. 12 ottobre 1955, n. 3053, in *Foro it.*, 1955, I, 1454, e in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 1454.



contenzioso, prese di posizione e, addirittura, la presentazione di proposte di legge⁴⁶. Si è, quindi, giustamente affermato che «proprio perché il giudice è soggetto solo alla legge (e non alla Corte di cassazione) il rimedio alle decisioni sbagliate dei giudici di legittimità — la cui funzione nomofilattica si esercita soltanto con l'autorevolezza, non certo *ex auctoritate* — è ben più elementare: basta non tenerne conto»⁴⁷.

Analoghi effetti potrebbero realizzare le decisioni, non il mero *obiter dictum*, con le quali si è affermato che la data certa del credito è un fatto costitutivo, che il creditore che chiede l'ammissione al passivo delle procedure concorsuali deve allegare e provare e la cui mancanza è rilevabile d'ufficio⁴⁸; la soluzione, che sovverte un orientamento consolidato senza investire le sezioni unite ai sensi dell'art. 374, co. 3°, c.p.c., si fonda sull'esigenza di consentire il rilievo d'ufficio, escluso dalla qualificazione della mancanza della data certa quale eccezione in senso stretto; ma non è stata considerata la possibilità che essa fosse un'eccezione in senso lato, comunque rilevabile *ex officio*.

Ha destato scalpore l'improvviso *revirement* sulla interpretazione dell'art. 37 c.p.c., per il quale «il difetto di giurisdizione ... è rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo»: si è affermato che, se il giudice di primo grado ha deciso la causa nel merito e la questione di giurisdizione non ha formato motivo di appello, su di essa si forma il giudicato implicito, cosicché il motivo di ricorso ad essa relativo è inammissibile⁴⁹. La rilettura della disposizione è stata fondata, tra l'altro, sul principio della ragionevole durata del processo.

⁴⁶ V. il d.d.l. n. 1830/S/XVI e il d.d.l. n. 1836/S/XVI. V. anche, per l'indicazione delle diverse reazioni, la nota di richiami di A.D. DE SANTIS, cit.

⁴⁷ Così App. Roma, 17 novembre 2010, in *Foro it.*, 2010, I.

⁴⁸ Cass. 8 novembre 2010, n. 22711 e Cass. 14 ottobre 2010, n. 21251, in *Foro it.*, 2010, I, con osservazioni di M. FABIANI e nota di G. COSTANTINO, *La data certa del credito nell'accertamento del passivo: «della Corte il fin è la meraviglia»*.

⁴⁹ V. Cass. 30 ottobre 2008, n. 26019 e Cass. 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di G.G. POLI, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071, con note di E.F. RICCI e di V. PETRELLA, in *Corriere giur.*, 2009, 372, con note di R. CAPONI e di F. CUOMO ULLOA, in *Giur. it.*, 2009, 406, con nota di R. VACCARELLA, *ibidem*, 1459, con nota di A. CARRATTA, in *Giusto processo civ.*, 2009, 263, con nota di G. BASILICO.



Quest'ultimo costituisce ormai un *leit motiv* delle pronunce di inammissibilità o di rigetto della Corte⁵⁰. Il riferimento al principio della ragionevole durata del processo, tuttavia, sovente non costituisce l'effettiva *ratio decidendi* della pronuncia ovvero non costituisce la *ratio decidendi* esclusiva. Se lo fosse, le decisioni avrebbero una portata eversiva del sistema, perché il principio di ragionevole durata è uno dei principi del giusto processo e non può essere ritenuto prevalente sugli altri⁵¹.

Pronunciandosi, infine, nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., la Corte ha affermato che, nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale, questo ha giurisdizione anche qualora siano coinvolti diritti fondamentali, quale, appunto, il diritto alla salute⁵². Sennonché, era considerato, principio pacifico quello per il quale «l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute ... o l'integrità personale»⁵³. Cosicché, qualche mese dopo, la stessa Corte ha ribadito il principio in relazione alla immunità di stati stranieri nelle controversie concernenti diritti fondamentali e la dignità umana⁵⁴. Ma, sulla scia del *revirement* del 2007, l'art. 4 d.l. 23 maggio 2008, n. 90, conv. in l. 14 luglio 2008, n. 123, ha devoluto al giudice speciale tutte le controversie attinenti alla gestione dei rifiuti in Campania, comprese quelle «relative a diritti costituzionalmente tutelati»; analoghe previsioni sono contenute nel codice del processo amministrativo, di cui al d.leg. 2 luglio 2010, n. 104⁵⁵.

⁵⁰ V. la Relazione n. 35/2009 dell'Ufficio del Massimario, *La presenza dello jus constitutionis nella giurisprudenza della Corte di cassazione: gli approdi alla luce dell'art. 111 cost.; qualche profilo di criticità*, in www.cortedicassazione.it.

⁵¹ V., in base al menzionato principio, nel senso che è insindacabile il provvedimento con il quale è negata l'autorizzazione a chiamare un terzo in causa, Cass. 23 febbraio 2010, n. 3209, in *Riv. dir. proc.*, 2010, con nota di E.F. Ricci, *Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia bisognosa di attuazione a killer di garanzie)*, e in *Foro it.*, 2010, con nota di G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*.

⁵² Cass. 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, 766, in *Giur. it.*, 2008, 2055, e in *Giust. civ.*, 2008, I, 1437. La decisione richiama, in motivazione Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140 (in *Foro it.*, 2008, I, 436), ma il richiamo non si manifesta pertinente, perché il giudice delle leggi si era occupato della tutela risarcitoria chiesta per la violazione di diritti fondamentali, non anche della giurisdizione esclusiva per la loro diretta tutela.

⁵³ Così Cass., ss.uu., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1259.

⁵⁴ Cass., ss.uu., 29 maggio 2008, n. 14201, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2255.

⁵⁵ Sul tema, il 29 ottobre 2010, si è svolto un incontro presso la Corte di Cassazione «*Diritti fondamentali e tecniche di tutela tra giudice ordinario e giudice amministrativo*»; in www.cortedicassazione.it, il Report a cura di A. LAMORGESE.



Attualmente la Corte appare orientata nel senso di rendere pubbliche nel sito della medesima le ordinanze di rimessione delle sezioni semplici alle sezioni unite, al fine di provocare un dibattito sui possibili mutamenti di giurisprudenza, di utilizzare a questo scopo l'art. 363 c.p.c., di rivedere le tecniche di massimazione e di concordare un «protocollo» sulle tecniche di motivazione, anche al fine di evitare gli *obiter dicta*.

Queste lodevoli iniziative annunciate confermano i rilievi appena svolti sulla nozione di «precedente», sulle massime, sugli *obiter dicta* e sul «principio enunciato nell'interesse della legge».

Affinché il primo possa determinare la *governance* della giustizia, occorre che persuada; la persuasione deriva dal consenso e questo può essere più facilmente conseguito attraverso il confronto. D'altro canto, gli improvvisi mutamenti di giurisprudenza generano sconcerto e rendono più difficile la realizzazione del consenso, perché, indipendentemente dalla possibilità di condividere la soluzione accolta, possono essere considerati come manifestazioni di arbitrio. L'annuncio dell'*overruling*, comunque frutto di dibattito, invece, può consentire l'individuazione di argomenti che rendano la nuova soluzione compatibile con il principio di legalità.

In attesa della realizzazione di questi buoni propositi, occorre ribadire che, sul piano formale, nell'ordinamento positivo vigente, non esistono strumenti che vincolino alla osservanza dei precedenti, degli *obiter dicta* o dei principii pur enunciati «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 c.p.c.

La regola è nel senso che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

8.- La portata precettiva dell'art. 101, co. 2° Cost. è tradizionalmente determinata in negativo: si ritiene che il principio sancisca l'insindacabilità, fuori del processo, dei provvedimenti giurisdizionali.

Ne sono, quindi, considerate applicazioni l'art. 2, l. 13 aprile 1988, n. 117, e l'art. 2 d.leg. 23 febbraio 2006, n. 109, per i quali non è fonte di responsabilità civile o disciplinare «l'attività



di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»⁵⁶. La *ratio* di tali previsioni è individuata nell'esigenza di garantire che il controllo sui provvedimenti giurisdizionali sia compiuto esclusivamente nell'ambito del processo, mediante i rimedi da questo previsti, cosicché ogni tentativo di portare fuori del processo il controllo sui provvedimenti giurisdizionali, suscita apprensione per la sopravvivenza dello Stato di diritto e del principio di legalità.

Ma il principio per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» ha anche, ovviamente, un significato positivo: i giudici sono tenuti ad osservare la legge; esso corrisponde al primo dei requisiti del «giusto processo», che, ai sensi dell'art. 111 Cost., deve essere «regolato dalla legge».

La «legge» non è soltanto quella sostanziale; comprende anche la disciplina del processo.

Da questo punto di vista, queste regole costituiscono il punto di arrivo della evoluzione successiva al superamento dell'*ordo iudicarius*.

In diritto comune, infatti, la disciplina processuale era il frutto della elaborazione, stratificata nel tempo, da parte degli stessi giudici; era considerata una materia pratica, estranea alla formazione del giurista, la cui conoscenza era acquisita con la frequentazione delle corti. La cristallizzazione delle disposizioni regolatrici del processo riflette l'esigenza del potere statale di controllare l'operato dei giudici⁵⁷. La *governance* della giustizia affidata a norme

⁵⁶ La responsabilità civile presuppone l'«ignoranza», il «travisamento dei fatti» o la «negligenza inescusabile». La responsabilità disciplinare è subordinata alla verifica della sussistenza del dolo o della colpa grave; questa consiste nella «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile», nella «affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento», nella «negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento», ovvero nella «emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione». In questo senso era anche pacificamente interpretato l'art. 18, r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511.

⁵⁷ V., anche per ulteriori indicazioni, N. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*, I, *Ordonnance civili*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano 1996, IX; A. GIULIANI e N. PICARDI (a cura di), *Modelli storici della procedura continentale*, Tomo II, *Dall'ordo iudicarius al codice di procedura civile in L'educazione giuridica*, VI, Napoli 1994; nonché N. PICARDI, voce *Processo civile (dir. moderno)* in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 113; ID., voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Digesto*⁴, II, Torino, 1989, §§ 5 ss.; ID., *Giurisdizione e sovranità - Alle origini*



generali ed astratte contenute in disposizioni statuali è, storicamente, un fenomeno relativamente recente.

Dal punto di vista scientifico, l'oggetto del diritto processuale sono, in primo luogo, le tecniche di accertamento del fatto, la disciplina delle prove⁵⁸, mentre la «procedura» è talvolta ancora considerata un fenomeno eminentemente pratico⁵⁹.

Nell'ambito delle disposizioni processuali, alcune implicano un potere-dovere del giudice, cosicché la violazione determina l'invalidità del provvedimento, sindacabile in sede di impugnazione; altre implicano un potere discrezionale, l'esercizio del quale è sindacabile con esclusivo riferimento alla motivazione; altre ancora regolano l'esercizio di poteri meramente ordinatori e sono affatto insindacabili.

Basti pensare, quali esempi del primo tipo, al potere-dovere di rilevare il difetto di giurisdizione, l'incompetenza, la regolarità delle notificazioni e della costituzione delle parti, e, in genere, l'osservanza del principio del contraddittorio. Nei casi, ad esempio, di litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c., il giudice di primo grado «deve» ordinare l'integrazione del contraddittorio; se non lo fa, la sentenza sarà nulla e la nullità potrà essere rilevata dai giudici delle impugnazioni, i quali, a loro volta, «devono» rimettere la causa, ai sensi degli artt. 354, co. 1° e 383, co. 3°, c.p.c.

Si considerino, quali esempi del secondo tipo, i provvedimenti sulla rilevanza dei mezzi di prova e sulla valutazione dei medesimi, ai sensi dell'art. 116, co. 1°, c.p.c.; nonché i provvedimenti cautelari, presupposto comune dei quali è la sussistenza di un «pregiudizio» ovvero di un *periculum in mora*: nella valutazione di esso, il giudice dispone di margini di discrezionalità; questa, però, è sindacabile in sede di reclamo, ai sensi dell'art. 669 *terdecies*

della giurisdizione statale, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 685, anche in *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

⁵⁸ Cfr., da ultimi, anche per indicazioni, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1; M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, *ibidem*.

⁵⁹ «Il mio scopo principale si è di giovare con quest'opera a due sorte di persone; cioè a quegli Officiali di Corti inferiori, che n'avranno bisogno, ed a' giovani, i quali uscendo dalla Scuola degl'istituti legali, sono in procinto d'andare nel Foro»: così D. MORO, *Pratica civile, Proemio*, Napoli, 1774.



c.p.c., cosicché è ampio ed approfondito il dibattito sulla nozione di esso⁶⁰. La mancata previsione di rimedi nei confronti di alcuni provvedimenti di sospensione della esecuzione, invece, rende vane le discussioni sui presupposti di essi: il giudice, infatti, può sospendere l'esecuzione per «gravi motivi», ai sensi degli artt. 283, 431, co. 6°, 615, co. 1°, 624, 649 c.p.c., 830, co. 4°, c.p.c., 22, co. 7°, l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 24, co. 6° e 7°, e 29, co. 1°, d.P.R. 26 febbraio 1999, n. 46, 152, co. 5°, d.leg. 30 giugno 2003, n. 196; può sospenderla per «gravi ragioni», ai sensi degli artt. 65, co. 3°, r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, e 57, co. 3°, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, per «gravi e fondati motivi» ai sensi degli artt. 64 r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, e 56 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736; per scongiurare un «gravissimo danno», ai sensi degli artt. 431, co. 3°, 447 *bis*, co. 4°, c.p.c., ovvero un «grave ed irreparabile danno», ai sensi dell'art. 373 (richiamato dagli artt. 410 e 407 c.p.c.), o un «danno grave ed irreparabile», ai sensi dell'art. 47, co. 1°, d.leg. 31 dicembre 1992, n. 546; la reclamabilità di quelli emessi dal giudice della esecuzione ha reso evidente la contraddizione già presente nel sistema⁶¹.

La prevalente attenzione scientifica, nei limiti appena indicati, è orientata, non solo in Italia, sui provvedimenti del primo e del secondo tipo⁶².

Quelli del terzo tipo sono generalmente negletti⁶³.

Eppure il funzionamento del processo civile, l'effettiva *governance* della giustizia dipende proprio da questi ultimi⁶⁴.

⁶⁰ Nel senso che alla discrezionalità del primo giudice si sovrappone quella del giudice del reclamo, v. *Appunti sulle proposte di riforma urgente del processo civile in Studi in memoria di Augusto Cerino Canova*, Padova, 1992, II, 667 ss..

⁶¹ Cfr., per indicazioni, G. COSTANTINO, *La tutela giurisdizionale dei diritti al trattamento dei dati personali (Note a prima lettura dell'art. 152 d.leg. 30 giugno 2003, n. 196)*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2004, 1221. Nell'ambito di quel modello processuale, il giudice, *in limine litis*, può concedere provvedimenti cautelari e può sospendere i provvedimenti del Garante che siano stati impugnati: nell'un caso, l'ordinanza è reclamabile, nell'altro no.

⁶² Anche per indicazioni, si rinvia a G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1012.

⁶³ Cfr., peraltro, A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1927, I, e Padova, 1935, II; R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996. V. anche A. PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, *Foro it.*, 2002, V. 65.

⁶⁴ Cfr. G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.



Basti pensare, ad esempio, alla possibilità di rinviare la prima udienza di trattazione ai sensi dell'art. 168 *bis*, co. 5° c.p.c., per il quale «il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni. In tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova data della prima udienza». L'applicazione o la disapplicazione di questa disposizione incide sul funzionamento del processo: se i flussi di ingresso sono rilevanti, può apparire conveniente frazionare il numero di cause da portare all'udienza, al fine di provvedere consapevolmente su ciascuna di esse, anche se ciò comporta un differimento dei tempi di comparizione ed un maggior lavoro per la cancelleria; il formale rispetto dei tempi indicati nell'atto di citazione e l'esigenza di non gravare la cancelleria di oneri ulteriori, infatti, determina un affollamento dell'udienza, alla assegnazione automatica dei termini di cui all'art. 183, co. 6°, c.p.c., in assenza di ogni verifica sulla specifiche esigenze di ciascuna causa.

I provvedimenti di questo tipo non solo non costituiscono oggetto di analisi scientifica, ma la predeterminazione dei criteri applicativi si presta ad essere considerata un attentato alla autonomia ed alla indipendenza del giudice⁶⁵.

La mera circostanza che possa essere – e sia formalmente stato - avanzato un dubbio del genere indica i limiti della *governance* della giustizia: l'andamento del processo, il suo effettivo

⁶⁵ Un magistrato, ha, infatti, formulato uno specifico quesito per sapere dal C.S.M. «se l'indicazione delle udienze civili contenuta nella tabella dell'ufficio giudiziario di appartenenza sia o meno vincolante, atteso il principio dell'autonomia del giudice civile nella direzione del processo, evincibile dagli artt. 175 e 168 *bis*, comma 5, c.p.c. nonché 81 e 81 *bis* disp. att. c.p.c.». La VII Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, con Deliberazione del 19 ottobre 2010, ha risposto «nel senso che la previsione nella tabella dell'ufficio giudiziario dell'indicazione dei giorni di udienza di ciascun magistrato risponde alla necessità che le tabelle costituiscono "essenziale atto organizzativo degli uffici giurisdizionali"; i presidenti degli uffici giudiziari devono fondare, a norma di circolare, il proprio progetto tabellare - dunque la previsione del numero delle udienze – sull'analisi dei flussi e delle pendenze, in maniera da poter elaborare compiuti programmi di definizione dei procedimenti, tesi a garantire la ragionevole durata dei processi; al giudice civile è riconosciuta dalle norme processuali autonomia nell'organizzazione e nella gestione delle udienze secondo le previsioni contenute negli artt. 175 e 168 *bis*, comma 5, c.p.c. nonché 81 e 81 *bis* disp. att. c.p.c.; le competenze del giudice civile nella gestione dell'attività d'udienza devono collocarsi sistematicamente e razionalmente nella su indicata cornice organizzativa, nell'ambito della quale egli si trova ad operare, sicché, approvato il progetto tabellare, il giudice civile è tenuto a celebrare le udienze individuate nel progetto tabellare salve motivate e specifiche esigenze da comunicare tempestivamente al magistrato».



funzionamento, dal punto di vista meramente formale, sono affidati all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice ai sensi dell'art. 175 c.p.c.⁶⁶.

Il che determina prassi diverse da ufficio ad ufficio e, spesso, anche da stanza a stanza del medesimo ufficio. E suscita scandalo negli studiosi della organizzazione: «a fronte di un'unica legge processuale, certa e uguale per tutti, i giudici specializzati nella trattazione dei procedimenti di lavoro, assistenza e previdenza, traducono in pratica le medesime disposizioni normative in maniera spesso profondamente differente»⁶⁷.

Ma ciò che sorprende lo studioso dell'organizzazione, appare assolutamente fisiologico per il giurista: «*they wanted lawyers who went into any federal courts (...) to know what to expect and not to have to undergo a initiation period or to rely on the wisdom of local practitioners*»⁶⁸.

I limiti della *governance* della giustizia fin qui messi in evidenza indicano banalmente il quadro istituzionale delle fonti della disciplina processuale, ma non escludono che l'andamento del processo possa essere altrimenti regolato.

9.- Quanto affermato da David Shapiro nella frase appena riportata, infatti, ha messo in moto, ormai da circa venti anni, un movimento diretto ad attuare una effettiva *governance* della giustizia.

Di quanto è stato fatto e di quanto si potrebbe ancora fare, appare opportuno limitarsi a dare conto, prescindendo dalle numerose questioni che queste esperienze hanno contribuito a risolvere e da quelle ancora aperte.

⁶⁶ Il che, ad esempio, escluderebbe anche la mera possibilità di un dibattito sulla gestione del ruolo del giudice «in parallelo» o «in sequenziale». Ma v. da ultimo, in riferimento alla ricerca di P. ICHINO, D. COVIELLO e N. PERSICO sulla gestione delle controversie di lavoro nei tribunali di Milano e di Torino, l'Incontro della formazione decentrata del C.S.M. di Milano, «Da giudici in affanno a giudici in recupero. I giudici civili tra nuovi modelli organizzativi, valutazioni di professionalità e responsabilità disciplinare».

⁶⁷ Così L. VERZELLONI, *Stanza che vai, prassi che trovi. Riflessioni organizzative sulla giustizia del lavoro* (18 giugno 2010), in http://www.nelmerito.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1092&Itemid=1.

⁶⁸ D. SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in 137 U. Pa. L. Rev., 1989, p. 1974.



Bari, Bologna e Salerno sono state le sedi dei primi confronti tra operatori della giustizia, avvocati, magistrati, funzionari di cancelleria, professori, in funzione della realizzazione di un progetto comune, nella consapevolezza che la cattedrale della giustizia è, appunto, un edificio comune, alla manutenzione del quale tutti possono e debbono cooperare.

In queste sedi, la riforma del processo civile del 1990 – 1995 ha orientato l'attenzione sui provvedimenti ordinatorii, tradizionalmente ignorati dal punto di vista scientifico perché assolutamente insindacabili.

Già l'introduzione del procedimento cautelare uniforme, nel febbraio del 1993, peraltro, aveva aperto un dibattito sulla organizzazione dell'ufficio giudiziario: sui criteri di designazione dei magistrati e sulla formazione dei collegi per i reclami. Aveva richiamato l'attenzione sulla fondamentale esigenza della circolazione delle informazioni all'interno dell'ufficio giudiziario; sulla prevedibilità dell'esito come prevalente strumento deflattivo. Nel sistema anteriore, infatti, i provvedimenti cautelari erano emanati dal presidente o da un suo delegato e da pochissimi altri magistrati in ciascun ufficio, cosicché sui sequestri e sui provvedimenti d'urgenza erano maturate competenze specifiche ed esclusive. Il dibattito generale sui poteri dei capi degli uffici e sulla competenza «tabellare», allora ancora di là da venire, venne orientato sul potere cautelare, diffuso dagli art. 669 *bis* ss. c.p.c. tra tutti i magistrati, anche in relazione alla formazione dei collegi per i reclami.

Sulla rilevanza degli aspetti organizzativi in funzione della efficienza della giustizia civile è stata svolta una ricerca, finanziata dal C.N.R.⁶⁹ sul *case management* negli Stati Uniti e sugli sviluppi del processo federale⁷⁰. Grazie ad un successivo finanziamento⁷¹, studiosi americani hanno tenuto lezioni e conferenze in Italia.

A queste ricerche ed alle prime esperienze informali sui procedimenti cautelari, la riforma del processo ordinario, prima, e la istituzione del giudice unico, poi, hanno dato un forte impulso: i *Quaderni di «Prassi comune»* di Bologna ed i *Quaderni baresi* raccolsero le

⁶⁹ Contratto n. 92.01647.

⁷⁰ I risultati sono, in parte, illustrati in G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, cit.

⁷¹ Contratto n. 93.01541.



prime esperienze applicative sulla riforma, posero in risalto la rilevanza dei provvedimenti ordinatorii; questi, poi, hanno cominciato a trovare spazio anche nelle tradizionali riviste giuridiche, che li avevano, fino ad allora, ignorati.

La prima occasione di confronto tra le prassi applicative sul nuovo processo fu a Bari il 30 ed il 31 maggio 1997, nel convegno, organizzato dall'Osservatorio barese, «Un progetto per la giustizia civile». Lo stesso anno, dal 14 al 16 febbraio, l'Osservatorio barese aveva organizzato un convegno sulle «Misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa», mettendo a confronto le esperienze degli operatori del settore penale con quelli della materia fallimentare, di coloro che consideravano prevalentemente l'aspetto sanzionatorio e di coloro che si occupavano della gestione e della liquidazione di patrimoni⁷².

Quella occasione ha costituito un passaggio fondamentale dal punto di vista teorico e della maturazione della consapevolezza degli Osservatori, perché riunì esperienze e prospettive totalmente diverse ed estranee tra loro e consentì di cogliere i nessi tra i diversi aspetti organizzativi.

Un secondo progetto di ricerca sulle esperienze maturate nel primo periodo di applicazione della riforma non fu approvato dal Consiglio Nazionale delle Ricerche. Molto più tardi, quando le esperienze degli Osservatori sulla giustizia civile erano ormai diffuse, fu possibile realizzare un PRIN (Progetto di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale⁷³), i risultati del quale furono illustrati nell'Assemblea Nazionale di Firenze del 17 – 18 giugno 2006.

L'11 ed il 12 dicembre 1999, all'indomani della istituzione del giudice unico, ancora a Bari, il tema del confronto fu «Il giudice unico e la giustizia civile. Dalle riforme dei processi alla riforma della organizzazione»⁷⁴.

⁷² Soltanto gli Atti di questo secondo convegno furono pubblicati, Bari, 1998.

⁷³ Prot. 2005125451.

⁷⁴ Il manifesto del convegno riproduceva la locandina di un famoso film, nel quale Totò e Peppino de Filippo chiedevano ad un vigile milanese «*Noio volevon savuar l'indiriss ...*» della giustizia»: Totò e Peppino, infatti, tentavano di usare un linguaggio diverso dal proprio per comunicare con l'istituzione, ma il vigile rispondeva in dialetto milanese; si esprimeva in modo incomprensibile per il cittadino che gli aveva chiesto aiuto. Quel dibattito fu appunto diretto ad individuare i modelli organizzativi idonei ad essere compresi dagli utenti, affinché l'istituzione giudiziaria fosse al servizio del cittadino.



Ormai le esperienze degli Osservatorii sulla giustizia civile si andavano diffondendo.

L'8 ed il 9 giugno 2001, a Vietri sul Mare, per iniziativa dell'Osservatorio di Salerno si discusse di «Quale giustizia per il giusto processo» e della formazione comune di avvocati e magistrati. Fu l'ultima occasione di confronto con un magistrato che era stato l'anima ed il promotore di ogni iniziativa: Carlo Verardi.

Il 15 ed il 16 novembre 2002, a Reggio Calabria, gli Osservatorii si confrontarono su «Giustizia civile tra legalità ed efficienza»: l'attenzione fu orientata sull'applicazione dell'art. 47 *quater* dell'ordinamento giudiziario, ai sensi del quale «il presidente di sezione, oltre a svolgere il lavoro giudiziario, dirige la sezione cui è assegnato e, in particolare, ... distribuisce il lavoro tra i giudici e vigila sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione».

Il 12 ed il 13 dicembre 2003, a Roma, si tenne una «assemblea aperta» sulle prassi applicative.

Il 30 ottobre 2004, ad Alghero, gli Osservatorii sulla giustizia civile si riunirono per discutere per confrontare i protocolli di udienza, ormai elaborati in molti uffici giudiziari; in quella occasione venne anche presentato un progetto di riforma del processo civile, che costituisce la base della Novella del 2009.

Quando i protocolli d'udienza costituivano, ormai, un modello diffuso in molti tribunali, il 17 maggio 2005, l'Osservatorio barese tentò di rilanciare l'esperienza con un incontro intitolato «Ricomincio da tre», nel quale fu presentata una terza versione del protocollo, elaborato una prima volta quasi dieci anni prima. Ma l'iniziativa non ebbe seguito.

Dopo l'assemblea aperta di Roma del 2003 e la parentesi di Alghero del 2004, da quella di Firenze del 2006 su «Prassi e norma tra cultura e diritto», l'Assemblea Nazionale degli Osservatorii sulla giustizia civile è diventata un appuntamento annuale: a Verona il 2-3 giugno 2007 «Dialogo processuale e buone relazioni tra giudici ed avvocati», a Salerno l'1-2 giugno 2008 «Percorsi comuni tra diritto e processo», a Reggio Calabria il 29-30 maggio 2009 «Un



ufficio modello: un modello di ufficio giudiziario», a Bologna, il 29-30 maggio 2010 «I tribunali al tempo della crisi».

La struttura delle assemblee annuali è ormai determinata; gli Osservatorii sulla giustizia civile, dove sono operativi, sono diventati laboratori di ricerca su settori specifici: le tecniche di redazione degli atti e dei provvedimenti, le controversie risarcitorie, il contenzioso familiare, i processi esecutivi; alla occasione di confronto comune si affiancano i gruppi di lavoro⁷⁵.

La progressiva specializzazione degli Osservatorii ovvero la concentrazione dell'attenzione su settori specifici del contenzioso costituisce una evoluzione delle esperienze.

Queste sono inevitabilmente differenziate sul territorio nazionale. Dipendono dall'impegno dei protagonisti della vicenda processuale: poiché si fondano sul consenso e sulla capacità di persuasione, non è difficile che entrino in crisi se questi mancano. A tal fine ruoli determinanti giocano le capacità dei dirigenti degli uffici e la motivazione degli operatori, come risulta dalla profonda differenza dei dati statistici provenienti dai diversi uffici giudiziari. Per questa ragione, non sono attuabili negli uffici troppo grandi, nei quali è difficile, se non impossibile uno scambio di esperienze; né nei luoghi dove è più frequente il *turn-over* dei magistrati e del personale di cancelleria. L'esperienza più significativa, che, per la sua stabilità e per la sua durata, prescinde da fattori personali, è, probabilmente, quella veneta, dove, soprattutto grazie alle sinergie realizzate tra ordini degli avvocati (uniti nella Unione Triveneta⁷⁶), uffici giudiziari, associazioni degli industriali e istituzioni pubbliche, è più facile realizzare il consenso sulle prassi più efficienti.

La effettiva *governance* della giustizia civile attraverso il *court* e il *case management* è ormai una realtà⁷⁷, i dibattiti sui modelli organizzativi e sulla professionalità sono frequenti e,

⁷⁵ Gli atti dei primi convegni, i resoconti delle assemblee annuali, i documenti degli Osservatorii della giustizia sono tutti pubblicati nel sito http://it.groups.yahoo.com/group/osservatori_justiziacivile/files/. Qui è anche una rassegna dei Protocolli, curata da G. BERTI ARNOALDI VELI, presentata a Firenze nel 2006 e successivamente aggiornata.

⁷⁶ Cfr. <http://www.avvocatitriveneto.it/>.

⁷⁷ Anche per indicazioni, tra gli ultimi, v. M. DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 282; C. GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, in *Questione giustizia*, 2010, 107.



nonostante quanto previsto dall'art. 175 c.p.c., sono considerati un fenomeno assolutamente fisiologico.

Indubbiamente, come è avvenuto in alcune sedi, queste esperienze possono esaurirsi, ma possono anche crescere e diffondersi, superando gli ulteriori ostacoli: lo dimostrano anche le iniziative recentemente annunciate dalla Corte di cassazione⁷⁸.

La diffusione delle *best practices*, infatti, costituisce l'obiettivo della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ)⁷⁹.

Esse possono trovare uno strumento acceleratorio nella informatizzazione della giustizia⁸⁰.

La realizzazione di un *ordo iudicarius* moderno, nell'ambito del quale la *governance* del processo civile sia effettiva, perché condivisa, e, quindi, uniforme e nota agli operatori appare un obiettivo che merita di essere testardamente perseguito⁸¹, sebbene la cultura giuridica, pur riconoscendo l'importanza e la rilevanza dei profili organizzativi, tenda a considerarli altro da sé⁸².

⁷⁸ Cfr. sopra.

⁷⁹ Cfr. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp.

⁸⁰ Il processo civile telematico (PCT), già operante in alcune sedi, recentemente ha superato, in altre, la fase di sperimentazione ed è passato a quella operativa: l'elenco degli uffici nei quali sono attivi i servizi telematici è in <http://www.processotelematico.giustizia.it/pdapublic/index.jsp?sid=1&id=10&pid=10>. V. anche V. DI CERBO, *Moduli organizzativi e strumenti informatici per l'attuazione della riforma del giudizio di cassazione*, in G. IANNIRUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*², cit., 323. Ma è stata annunciata la cessazione dell'assistenza applicativa ai computer degli uffici giudiziari dal 1° gennaio 2011. Queste esperienze possono esaurirsi con spreco delle risorse e delle energie finora impiegate per attuarle.

⁸¹ E' un percorso irto di ostacoli, come lo è stato lo sviluppo del *court* e del *case management* negli Stati Uniti e, poi, nel Regno Unito: v. per indicazioni, G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, cit.; Id., *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, cit. Sulle esperienze recentemente realizzate dall'altra parte del mondo, nel Nuovo Galles del Sud, v. A. MARFORDING, A. EYLAND, *Civil Litigation in New South Wales: Empirical and Analytical Comparisons with Germany* (July 2010). University of New South Wales Faculty of Law Research Series. University of New South Wales Faculty of Law Research Series 2010. Working Paper 28. □ <http://law.bepress.com/unswwps/flrps10/art28>.

⁸² In una recente opera istituzionale di diritto processuale civile (N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano 2006), infatti, si contrappone il «metodo dogmatico-sistematico», che avrebbe «portato ad un crescente grado di astrazione (...) determinando così uno stacco tra teoria processuale, estremamente raffinata e pratica processuale, disastrosa e, comunque, non in linea con gli standards europei» al «diverso orientamento», per il quale «il punto centrale della ricerca viene spostato sul funzionamento dell'apparato giudiziario»; tale metodo è qualificato «sociologia della giustizia». Si indica, tuttavia, un percorso di sintesi nella «logica argomentativa».



Abraham Chayes ricordava che «*Holmes admonished us in one of his most quoted aphorism to focus our attention on “what the courts will do in fact, and nothing more pretentious”*»⁸³. Virgilio Andrioli scriveva che «la lunga notte della giustizia minaccia di procrastinarsi a date indefinite; più precisamente, le speranze dell’aurora sono affidate alla volontà interpretativa di singoli operatori pratici (magistrati e difensori), solleciti di preservare il *minimum* di valori, riuscito indenne dalla edace opera dei controriformatori e, ancora più a monte, all’insegnamento di quei docenti, che ravvisano lo scopo del processo civile nella risoluzione dei casi concreti e non nella prospettazione e nello scioglimento di questioni di diritto, tanto eleganti quanto astratte, e credono nella collaborazione fra giudici e parti nella gestione della giustizia»⁸⁴.

In quest’ultima risiede la effettiva *governance* del processo civile, come indicano anche, dopo l’ultima ventata riformatrice, le iniziative annunciate dalla Corte di cassazione, affinché l’esercizio della nomofilachia sia il frutto del consenso e non dell’arbitrio e, quindi, la giurisprudenza possa essere considerata a pieno titolo tra le fonti del diritto e della *governance* della giustizia.

Per queste ragioni, «anelare ed attendere non basta e ci comporteremo in altra maniera: ci metteremo al nostro lavoro ed adempiremo al “compito quotidiano” nella nostra qualità di uomini e nella nostra attività professionale»⁸⁵, tentando di far fruttare i talenti che a ciascuno sono stati affidati, perché il «servo inutile sarà gettato nelle tenebre dove è pianto e stridor di denti»⁸⁶.

⁸³ *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, 1271.

⁸⁴ *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 23.

⁸⁵ Così M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, tr. it. Torino, 1967, p. 43.

⁸⁶ Mt, 25, 30.



La declaración jurisdiccional de nulidad en el proceso civil:

Cinco tópicos fundamentales

(The jurisdictional declaration of nullity in civil procedure:
five fundamental topics)

Renzo I. Cavani Brain

Lawyer in Peru. General Coordinator of the Journal “La Ley” (Perú)

Resumen: El artículo busca delimitar algunas cuestiones de gran importancia del fenómeno de la ineficacia procesal, tales como la relación entre vicio y nulidad, la situación de ineficacia, la pervivencia de los actos anulados y la nulidad en el marco del proceso cooperativo.

Abstract: The article intends to delimit some important matters about the phenomenon of the procedure inefficacy, such as the relationship between vice and nullity, the situation of inefficacy, the survival of the overturned acts and the nullity in the framework of the cooperative process.

Palabras-clave: Nulidad, vicio, ineficacia, proceso cooperativo

Keywords: Nullity, vice, inefficacy, cooperative process

I. Introducción

La nulidad procesal es uno de los fenómenos más complejos que presenta no solo la realidad que se vive en la práctica judicial, sino también y principalmente, en el plano de la dogmática procesal. En lo particular, el impacto que produce una declaración jurisdiccional de la nulidad demuestra que la dogmática no puede estar divorciada de su fuente, el mundo de los hechos, ni tampoco este de aquella, pues a partir de ella se provee de una justificación razonable. Bajo esa consigna, en el presente ensayo ofrecemos cinco reflexiones que giran en



torno a la declaración de nulidad procesal pronunciada por el juez que buscan apenas enunciar la complejidad que esta figura presenta en sus múltiples aristas¹.

II. Declaración jurisdiccional de nulidad y deconstitución de los efectos jurídicos. La *situación de ineficacia*

El acto viciado y acto nulo no pueden ser confundidos: ambos tienen diferente origen y forma de producción. El acto viciado surge en el mismo instante en que la forma del acto es inobservada. Por el contrario, el acto nulo, se da solo con un pronunciamiento de invalidez. Es esta última idea la que desarrollaremos en el presente ítem.

Un acto nulo es un acto que ya ha sido anulado, y la única forma que se dé tal situación es a través de un proveimiento del juez. Las partes son incapaces de determinar la nulidad de un acto; podrán hacer cesar los efectos de ciertos actos, pero jamás por causa de algún defecto estructural. En efecto, la nulidad inserta en el marco de un proceso (y más precisamente en la rama del Derecho Público) siempre debe ser declarada, no existe nulidad *ipso iure* o de pleno derecho² –es decir, una situación de ineficacia estructural– sin que medie pronunciamiento alguno. Las razones que motivan este aserto son principalmente dos: i) por consistir en normas

¹ Es necesario advertir que uno de los tópicos fundamentales de la nulidad procesal es su esencia jurídica, cuestión que se reduce básicamente a determinar si esta figura responde al concepto de sanción. Ahora bien, ello no fue abordado aquí porque le dedicamos todo un artículo al tema: Renzo I. CAVANI BRAIN, “Nulidad procesal: ¿es realmente una sanción?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 146, Lima: Gaceta Jurídica, noviembre, 2010, pp. 193-198. Asimismo, sirva esta ocasión para mejorar sustancial y cualitativamente nuestra opinión contenida en un ensayo de largo aliento publicado hace un tiempo: “Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: CAVANI BRAIN, Renzo (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima: Normas Legales, 2010, pp. 11-158.

² Es por ello que, correctamente, Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed. revisada y actualizada, v. II, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 605, dice que “no existe nulidad de pleno derecho en el sistema procesal, dada la calificación de este como rama del derecho público. La relación entre Estado e individuo, ejerciendo aquel el poder y estando este en estado de sujeción, impide que la persona haga su propio juicio sobre la regularidad del acto y concluya por mostrarse indiferente a este. Tal decisión, como también ocurre en relación a los actos administrativos nulos, compete siempre a un órgano estatal (Súmula n. 473 STF)”. Es así que el hecho de que no exista nulidad de pleno derecho en disciplinas jurídicas pertenecientes al Derecho Público se debe a que un órgano competente debe declarar la nulidad y, principalmente, que aun un acto afectado del más grave vicio posible también produce efectos (es decir, es eficaz porque tiene aptitud de producirlos y de hecho los produce). Si ello es cierto, la categoría de la nulidad de pleno derecho es una contradicción y no tiene cabida en una teoría de las nulidades.



de interés público, las partes no pueden dilucidar si un acto ha sido anulado o no, siendo preciso que la autoridad señale los efectos de la declaración de ineficacia estructural; ii) el acto viciado produce plenos efectos y es preciso que estos sean suprimidos (*deconstituidos*) por una decisión judicial del juez competente para ello.

Aquí nos encontramos frente a la *situación de ineficacia*. Esta figura describe perfectamente lo que produce la nulidad: un fenómeno en donde los actos procesales eficaces –y que, inclusive, ya produjeron efectos– devienen en ineficaces, en tanto que estos últimos son suprimidos. Esta situación de ineficacia tiene su particularidad en que se produce por la trascendencia de un defecto estructural en uno o más actos procesales (vicio).

Basta imaginar qué ocurriría si las partes o alguna de ellas pudieran determinar por sí solas la nulidad de un acto, o convenir cuándo un acto es nulo (ineficacia estructural). Ello difiere mucho de que las partes puedan denunciar un cierto tipo de vicio y propiciar la nulidad a través del pronunciamiento del juez, lo cual es perfectamente posible pues el ordenamiento jurídico le da oportunidad a la parte legitimada a producir o impedir una nulidad. Sin embargo, la solución en donde la situación de invalidez de un acto o del procedimiento puede ser decidida por las partes o alguna de ellas contraviene el formalismo procesal que debe garantizar seguridad y efectividad, sin tener en cuenta que sustraería al juez de su deber de lograr los objetivos del proceso.

No debe olvidarse que la funcionalidad de la nulidad en el proceso es el reencaminar el procedimiento mal hecho, a fin de que se retorne al cauce previsto legalmente, el cual busca garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de las partes. La nulidad, como técnica procesal que es, sirve para alcanzar los fines del proceso y se encuentra a disposición del juez, quien deberá usarla siempre teniendo a estos como norte. Estas consideraciones, aunadas a la excepcionalidad y absoluta residualidad inherente a la nulidad, justifica que su producción sea dada solo por un juez (en el ámbito de un proceso jurisdiccional, claro está).

El juez, al anular un acto, lo que hace no es tan solo declarar la nulidad, sino *eliminar la eficacia y los efectos del acto viciado que ha sido anulado*. No se trata, por lo tanto, de un proveimiento meramente declarativo: mediante la nulidad los efectos que han sido



constituidos desde la creación del acto viciado, se deconstituyen. Esta es la razón por la que buena parte de la doctrina brasileña habla, con razón, no de *declaração*, sino de *decretação*. Por más grave que sea el vicio que aqueje al acto procesal, siempre producirá efectos; de ahí se entiende la necesidad de suprimirlos a través de un pronunciamiento, que no es otro que la nulidad. Si esta fuera una declaración, se estaría reconociendo tácitamente que el acto a ser anulado no produce efectos, por lo cual solo habría que declarar esta situación de ineficacia; sin embargo, ello no así: es imprescindible destruir o deconstituir los efectos producidos por el acto viciado, ergo, *es necesario generar la situación de ineficacia y no simplemente constatarla*³.

Es el juez el único legitimado para decidir cuándo un acto viciado deviene en nulo y cuándo no. Como veremos más adelante, se trata de un verdadero poder-deber (una potestad), pero que está muy parametrado por las exigencias legales y, sobre todo, las constitucionales. La nulidad, por lo tanto, únicamente se manifiesta a través de una declaración jurisdiccional. Solo a través de un pronunciamiento expreso del juez puede un acto ser anulado, invalidado o, más apropiadamente, declarado ineficaz por defectos de su estructura. Antes de la decisión del juez no existe nulidad alguna, tan solo un acto viciado.

III. Pervivencia de los actos invalidados e importancia de la inserción de la nulidad procesal en la ineficacia estructural

Un punto muy sensible es determinar qué sucede con el acto viciado que fue objeto de invalidez. Conforme a lo que venimos sosteniendo, es equivocado afirmar que los actos

³ Este es un pensamiento asentado en la doctrina brasileña, tal como reconoce Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”, En: CAVANI BRAIN, Renzo I. (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, cit., p. 444 (este artículo es, fundamentalmente, el capítulo sobre invalidez procesal en su *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. I, 12^a ed., Salvador: Jus Podivm, 2010, pp. 269-289). Asimismo, por todos, cfr. José Maria TESHEINER, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 24 y 25: “No se declaran nulidades, se decretan nulidades. La nulificación no es un juicio descriptivo (declaratorio del defecto); se trata de una decisión en que se aplica la sanción de invalidez, en razón del reconocimiento de la relevancia del defecto del acto jurídico (...)”. Sin embargo, a pesar de estar totalmente de acuerdo con la terminología, nos hemos referido –y seguiremos haciéndolo– a ‘declaración’ para no tener que usar el neologismo ‘decretación’. Por su parte, como se ha visto en el texto, sí consideramos apropiado el uso del neologismo ‘deconstitución’, pues expresa exactamente lo que queremos decir: deconstrucción de los efectos jurídicos producidos por un acto procesal”.



invalidados nunca existieron o que devienen en inexistentes, como podría pensarse. Para que los actos sean viciados deben existir, adecuándose al modelo legal y cumplir con los presupuestos de existencia. Si los actos existen jurídicamente, entonces no hay nada que pueda sustraerles dicha condición. Por tal razón, una situación de ineficacia estructural en ningún caso afecta la existencia del acto, y sí su validez. Es así que vale preguntar lo siguiente: ¿qué significa realmente la invalidación de un acto?

Pensamos que tal afirmación (“actos invalidados”) no es del todo exacta, pues le hace falta una precisión muy importante: que la nulidad opera sobre los efectos del acto, deconstituyéndolos, pero de ninguna manera hace desaparecer, como por arte de magia, el acto viciado que existió y produjo plenos efectos jurídicos. Siendo la nulidad una manifestación de la ineficacia en el proceso, su verdadera funcionalidad práctica reside en eliminar la eficacia y los efectos de los actos que padecen un vicio. Pero adviértase que estos ya gozan de existencia jurídica, y la nulidad no es una declaración de inexistencia, sino de ineficacia estructural. Entonces, los actos viciados *perviven*; lo que se elimina son sus efectos. Por ello, el acto invalidado es un acto existente⁴ pero inválido, lo que a su vez significa que ha sido declarado ineficaz a causa de un defecto estructural (vicio). Los actos objeto de una declaración de nulidad permanecen pero ya no son aptos de producir efectos (salvo que se revoque definitivamente la decisión que los deconstituyó), en tanto que los efectos que produjo se suprimen.

Esta explicación, a nuestro entender, satisface el verdadero fenómeno de la nulidad procesal y, asimismo, justifica plenamente la opción por catalogar a esta categoría como una manifestación de la ineficacia estructural. La nulidad es, por consiguiente, una *declaración de ineficacia* y todo gira en torno a la situación de ineficacia que se genera. Siempre que se habla de invalidez se debe entender que, a fin de cuentas, se habla de una ineficacia que adquiere particularidad porque proviene de un vicio, es decir de un defecto en la conformación del acto procesal.

⁴ De la misma opinión es Julio B. J. MAIER, *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 141.



IV. Eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad

No deben confundirse los efectos de la declaración de nulidad con los efectos del acto viciado. Este último es plenamente eficaz y, de hecho, produce efectos con prescindencia de la gravedad del defecto que lo aqueja. Por su parte, los efectos de la declaración de nulidad aluden a que, una vez emitida la resolución de invalidez, la deconstitución de los efectos del acto viciado se retrotrae al momento de realización de este, suprimiendo aquellos otros actos que también fueron afectados por el vicio.

La eficacia –como aptitud de generación de efectos– y los efectos propios de la declaración jurisdiccional de nulidad son *ex tunc*. Creemos que este punto es muy claro: la nulidad deconstituye los efectos del acto viciado hacia atrás, en el momento donde se originó el vicio, que siempre ocurre en un tiempo anterior a la declaración de nulidad. No obstante, ello no quiere decir que todos los actos acaecidos desde la creación del acto viciado sean suprimidos, ni tampoco que el íntegro del acto también lo sea.

V. La potestad de anular por parte del juez

El término *potestad nulificante* alude a un poder-deber de nulificar, lo cual se corresponde perfectamente con el hecho que es el juez el único legitimado para deconstituir los efectos de un acto viciado estructuralmente. La potestad nulificante tiene dos elementos intrínsecamente vinculados, que precisamente son el poder y el deber. Ambos apuntan a lo mismo, y hablaremos sobre la forma en que, a nuestro parecer, deben ser conjugados. Comencemos por el último.

i) El juez tiene el deber de declarar la nulidad para que el procedimiento desviado regrese a su curso. Como director del proceso y representante del Estado, es el principal responsable que el proceso cumpla con las finalidades propuestas y de otorgar la técnica procesal más adecuada en la forma más adecuada. Así, la idónea prestación jurisdiccional efectiva está en juego cuando un juez decide si declara o no la nulidad de un acto viciado. Del análisis de cada caso concreto según los parámetros valorativos y normativos que el



ordenamiento jurídico ofrece, el juez debe decidir cuál es la mejor forma de cumplir con su deber.

ii) El juez tiene el poder de declarar la nulidad porque nadie más lo puede hacer por él⁵. Sin embargo, su poder está muy limitado no solo a su propio deber, sino también a la propia funcionalidad de la nulidad tal como está prevista en el ordenamiento jurídico. Un juez que declara una nulidad porque puede y no porque debe, está excediéndose en sus poderes. Ello quiere decir que al momento de decidir si declara o no la nulidad de un acto viciado, el juez solo puede hacerlo si es que realmente debe; y para determinar si debe, ahí están los principios y valores constitucionales y la normativa infraconstitucional que orientará su decisión.

De esta manera, la potestad nulificante alude a un poder-deber de declarar la nulidad por parte del órgano jurisdiccional, el cual se encuentra debidamente parametrado por el ordenamiento jurídico. El juez no puede excederse en su poder, ni tampoco incumplir con su deber. Poder y deber tienen que apuntar hacia una misma dirección.

VI. El formalismo procesal y la declaración de nulidad desde la perspectiva del proceso cooperativo

Desde sus orígenes, en todo proceso –y especialmente el proceso civil– ha existido un factor de suma importancia absolutamente indesligable de aquel, pues es parte de su propia esencia: nos estamos refiriendo al formalismo.

Con mucha frecuencia este término es identificado como algo negativo o perverso, como ritos sagrados desprovistos de utilidad, que solo entorpecen la obtención de la finalidad, cualquiera que esta sea. No obstante, esta idea es altamente equívoca⁶. El formalismo por sí mismo no es algo nocivo; por el contrario, consiste en una garantía indispensable de cualquier

⁵ Quizá no haga falta decir que se incluye algún otro órgano jurisdiccional que interviene en el proceso en su discurrir a través de los mecanismos y procedimientos de la impugnación.

⁶ Ya dijo CALAMANDREI que las formas son una *preziosa garanzia dei diritti e delle libertà individuali*. Asimismo, como relata CHIOVENDA, *Ensayos de derecho procesal civil*, II, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos aires: EJE, 1949, p. 125, “pertenece a la historia la rectificación de Montesquieu, que un día atacó vivamente las formalidades judiciales y más tarde se inclinó a reconocer en ellas el precio que cada ciudadano paga por su libertad”.



procedimiento, pues presupone las reglas de juego impuestas al juez, a los sujetos procesales y a los terceros. Sin embargo, el formalismo adquiere una relevancia singular en el proceso jurisdiccional, pues aquí se discuten los derechos y valores más relevantes de la sociedad, siendo el espacio donde los ciudadanos resuelven sus disputas en forma definitiva; por ello, ante semejantes situaciones, está claro que deben encontrarse debidamente limitados los poderes del juez, las facultades de las partes, los derechos y garantías de estas. Así, el formalismo delimita el cauce y el discurrir del proceso, con el exclusivo propósito que los fines de este sean concretados por una vía ordenada y con la garantía que todos deben someterse a aquella. En consecuencia, el formalismo no viene a ser otra cosa que un medio, un instrumento del proceso que, a su vez, también es un instrumento⁷.

De ello se desprende, en primer lugar, que el formalismo sirve como garantía de libertad de las partes, frente al arbitrio en que pudieran incurrir los órganos que ejercen el poder estatal. En segundo lugar, el formalismo sirve para controlar y proteger a una parte de los eventuales excesos de la otra y viceversa; en efecto, al determinar las reglas de juego a las que las partes deben adecuarse, si aquellas no son trasgredidas se garantiza el correcto y leal desenvolvimiento del procedimiento. Además, es importante advertir que el formalismo viene a ser un mecanismo igualador de ambas partes, a través de una equilibrada distribución de poderes entre las partes (en plano normativo) y asegurando que el ejercicio de los poderes de una parte no perjudique el ejercicio de los poderes de la otra (plano fáctico)⁸.

⁷ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Palestra, 2007, pp. 30-31, define el formalismo de la siguiente manera: “El formalismo, o forma en sentido amplio, sin embargo, se muestra más extenso e inclusive indispensable, al implicar la totalidad formal del proceso, comprendiendo no solo la forma, o las formalidades, sino especialmente la delimitación de los poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso, con miras a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales. La forma en sentido amplio se encomienda, así, a la tarea de indicar las fronteras para el comienzo y el fin del proceso, circunscribir el material a ser formado, y establecer dentro de qué límites deben cooperar y actuar las personas obrantes en el proceso para su desarrollo”. Ver también, Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, trad. Renzo Cavani Brain. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 113, Normas Legales, Lima, julio 2010, p. 202. En este último trabajo, el autor busca refinar las ideas plasmadas en *Del formalismo*, dándoles mayor objetividad y practicidad, y también desarrolla con mayor amplitud los conceptos allí lanzados.

⁸ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil*, cit., pp. 31-35.



El formalismo está intrínsecamente vinculado con las garantías constitucionales y al forjamiento en un Estado Democrático de Derecho. Así, como bien se ha resaltado, “el principio del debido proceso legal representa la expresión constitucional del formalismo procesal; la informalidad excesiva (donde las partes corren el peligro exponerse al arbitrio y al poder del Estado) y el exceso de formalismo (donde el contenido –el derecho material y la justicia– corre el riesgo de extinguirse por razones de forma) establecen sus límites extremos”⁹. De ahí que para arribar a una decisión justa en respeto de los derechos fundamentales, el formalismo de hoy en día no puede promover ningún tipo de arbitrariedad, ni tampoco permitir que la forma se sobreponga al contenido. Esto último tiene vital importancia para nosotros: la aplicación de las reglas consagradas por el formalismo no debe obstruir el camino a la obtención de la tutela efectiva del derecho material, que se verificará mediando siempre una decisión justa.

El formalismo-valorativo, como paradigma que busca reflejar la importancia del formalismo procesal en su conjugación con los valores axiológicos, sociales y culturales y, sobre todo, los valores constitucionales de un pueblo en un contexto histórico determinado, exige un modelo de proceso informado por la cooperación, influenciado por el nuevo papel que le tocó asumir al Estado con el advenimiento de la importancia de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Así, bajo la premisa de valores como la dignidad, la participación, la solidaridad, la justicia, se reivindica el papel de los ciudadanos en la construcción –junto al Estado– de una sociedad más democrática, justa y solidaria. Esto se ve directamente reflejado en el proceso, en donde el rol del juez sufre un importante cambio: se vuelve isonómico en el diálogo y asimétrico en la decisión. En otras palabras, se rescata el valor de la dialéctica entre los partícipes del proceso para el desarrollo de la causa y la formación de la decisión (que vuelve a ser iudicium), propiciándose la participación democrática de quienes se verán afectados por lo que el juez resuelva, pero se mantiene la asimetría de este al momento de imponer su decisión para así lograr los valores pretendidos por el Estado Constitucional¹⁰.

⁹ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil*, cit., p. 183.

¹⁰ Daniel MITIDIERO, *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Communitas, 2009, p. 95 y ss.



El modelo cooperativo propugna una auténtica comunidad de trabajo, en donde el diálogo fluya de manera tal que de los aportes de los partícipes se adopte una solución justa y legítima. Y como es evidente, la colaboración producto de este diálogo tan fructífero solo es posible conseguirlo a través del contradictorio que –como manifestación del derecho al proceso justo– adquiere relevancia constitucional, y que rige a lo largo de todo el procedimiento. Asimismo, en el plano de la ética, es insoslayable la concreción de una lealtad mutua entre las partes y el juez, lo cual se manifiesta no solo en la exigencia de la buena fe subjetiva, sino también de la buena fe objetiva.

El principio de cooperación o colaboración (que se desprende del derecho fundamental de participación) cobija en su seno ciertos deberes que le son impuestos al juez. Tales deberes son cuatro: esclarecimiento, prevención, consulta y auxilio¹¹.

Mediante el deber de esclarecimiento, el juez debe absolver, conjuntamente con las partes, las dudas que surjan a partir de los diversos actos realizados por estas. Así, “si el magistrado estuviera en duda sobre el cumplimiento de un requisito procesal de validez, deberá providenciar el esclarecimiento de la parte envuelta, y no determinar inmediatamente la consecuencia prevista en la ley para ese ilícito procesal (extinción del proceso, por ejemplo)”¹².

El deber de prevención exige al juez que advierta a las partes, en la medida de lo posible, los defectos en la realización de sus actos, a fin de que sean suplidos. Asimismo, el juez debe “prevenir a las partes del peligro que el éxito de sus pedidos ‘sea frustrado por el uso inadecuado del proceso’”¹³. De esta manera, se justifica que los errores que determinan una posibilidad de subsanación en cualquier acto sean encausados como inadmisibilidad y no como el rechazo que implica la improcedencia.

¹¹ Daniel MITIDIERO, *Colaboración*, cit., p. 99; Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales”, cit., pp. 460-462, aunque este no considera al deber de auxilio como uno separado.

¹² Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales”, cit., p. 460.

¹³ Miguel Texeira de SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, citado por Daniel MITIDIERO, *Colaboración*, cit., p. 99.



Por su parte, el deber de consulta es utilizado por el juez para permitir a las partes influir en la toma de decisiones, promoviendo la efectiva participación e ellas. Esto se manifiesta en que “el magistrado no puede decir con base en una cuestión de hecho o de derecho, inclusive que pueda ser conocida ex officio, sin que sobre estas sean las partes intimadas a manifestarse. El juez debe consultar a las partes sobre esta cuestión no propuesta en el proceso, y por ello no puesta en contradictorio, antes de decidir”¹⁴.

Por último, tenemos el deber de auxilio que impone al juez el deber de ayudar a las partes “en la superación de eventuales dificultades que comprometan el ejercicio de derechos o facultades o el cumplimiento de cargas o deberes procesales”¹⁵.

Los cuatro deberes son la exigencia práctica mediante los cuales se concreta, efectivamente, el principio de cooperación. No obstante, para la reflexión contenida en el presente ítem es particularmente precioso el deber de consulta. Aplicado directamente en la teoría de la ineficacia procesal (estructural), este deber impide al juez declarar la nulidad sin promover previamente el contradictorio, a fin de dar una oportunidad a las partes de pronunciarse sobre la decisión que deberá adoptar. Siendo que al igual que el Estado, las partes también tienen un interés primordial en la forma como se resolverá la controversia, y más aún las vicisitudes por las que puede pasar el proceso donde se discuten sus derechos. No olvidemos las implicancias que tiene el contradictorio en el procedimiento y en la legitimidad de la decisión final, ni tampoco el gran aporte que significan los puntos de vista de las partes para que el juez resuelva en un sentido u otro, adoptando la solución más justa para el caso concreto.

Ahora bien, es importante advertir que la verificación del vicio que antecede a la declaración de nulidad se aplica, inclusive, para los vicios insubsanables a lo largo del proceso,

¹⁴ Fredie DIDIER Jr., “La invalidación de los actos procesales”, *cit.*, p. 461. Es preciso advertir que, en una obra posterior, *Fundamentos del principio de cooperación en el derecho procesal civil portugués*, trad. Christian Delgado Suárez, Lima: Communitas, 2010, p. 106, el autor indica que el deber de consulta viene a ser parte del deber de esclarecimiento: “El *deber de consulta*, también identificado como contenido del principio de cooperación, es una variante procesal del *deber de informar*, aspecto del *deber de esclarecimiento*, comprendido en sentido amplio”.

¹⁵ Miguel Texeira de SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, citado por Daniel MITIDIERO, *Colaboración*, *cit.*, p. 99.



cuya declaración está a cargo del juez *ex officio*. Creemos que no es necesaria la intervención de las partes para la verificación de este tipo de vicio –pues el juez tiene el deber de sacarlo a la luz–, pero la participación de aquellas sí es imprescindible para la producción de la nulidad, en virtud de la cooperación que debe existir.

Finalmente, teniendo en cuenta que el formalismo-valorativo privilegia el diálogo paritario entre el juez y las partes, y le impone a este que consagre el derecho fundamental de participación de aquellas, no tenemos mayores reparos en afirmar que la ineficacia procesal es un terreno fructífero para los postulados de esta forma de ver el proceso¹⁶.

Referencias bibliográficas

1. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Palestra, 2007.
2. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, “El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo”, trad. Renzo Cavani Brain. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 113, Normas Legales, Lima, julio 2010, pp. 291-310.
3. CAVANI BRAIN, Renzo I., “Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: CAVANI BRAIN, Renzo (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima: Normas Legales, 2010, pp. 11-158.
4. CAVANI BRAIN, Renzo I., “Nulidad procesal: ¿es realmente una sanción?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 146, Lima: Gaceta Jurídica, noviembre, 2010, pp. 193-198.

¹⁶ Daniel MITIDIERO, *Colaboración, cit.*, pp. 158-159, enseña la siguiente lección: “El análisis del alcance de la finalidad y de la ausencia de perjuicio, en el marco teórico del formalismo-valorativo, en un proceso caracterizado por la colaboración, tiene que ser lo más dialogado posible. (...) Dentro de esta perspectiva, antes que se decrete cualquier invalidez procesal, el órgano jurisdiccional tiene que tomar la impresión de las partes a propósito de la relevancia de la infracción en la forma apuntada en el proceso. Debe posibilitar que las partes influyan con su valoración del vicio del acto procesal. Se trata de un evidente deber de consulta del juez para con las partes. Semejante postura evita la sorpresa, reforzando la confianza de las partes en el Estado-juez, y estimula una decisión más atenta respecto de los variados aspectos que eventualmente puede asumir el problema debatido en juicio. Postura, además, que denota una efectiva paridad en la conducción del proceso por parte del órgano jurisdiccional antes que la asimétrica imposición de la decisión, Cualquier sanción de invalidez sin el previo diálogo con las partes es ineficaz dentro de un proceso civil de estructura cooperativa”.



5. CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, II, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1949.
6. DIDIER Jr., Fredie, *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. I, 12ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010.
7. DIDIER Jr., Fredie, *Fundamentos del principio de cooperación en el derecho procesal civil portugués*, trad. Christian Delgado Suárez, Lima: Communitas, 2010.
8. DIDIER Jr., Fredie, “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”, En: CAVANI BRAIN, Renzo I. (coord.), *Estudios sobre la nulidad procesal*, Lima: Normas Legales, 2010, pp. 437-472.
9. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed. revisada y actualizada, v. II, Malheiros, São Paulo, 2009.
10. MAIER, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 141.
11. MITIDIERO, Daniel, *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios, Lima: Communitas, 2009.
12. TESHEINER, José Maria, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2000.