



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.3 – N°1 – jan./apr. 2012



Summary

Vol.3 – N°1 – jan./apr. 2012

INMEDIACIÓN” Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA: EL RETORNO DE LA IRRACIONALIDAD

(Immediacy and evidence evaluation: the return of the irrational)

JORDI NIEVA FENOLL p.3

RECENT DEVELOPEMENTS IN ITALIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

MICHELE ANGELO LUPOI..... p.25

LOIS MODÈLES ET TRADITIONS NATIONALES - LEYES MODELOS Y TRADICIONES NACIONALES (Model Laws and National Traditions)

ROBERTO OMAR BERIZONCE AND FRÉDÉRIQUE FERRAND p.52

DO CÓDIGO BUZAID AO PROJETO PARA UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA AVALIAÇÃO DO ITINERÁRIO DE CONSTRUÇÕES/ALTERAÇÕES E DAS PERSPECTIVAS DO ATUAL MOVIMENTO DE RETIFICAÇÃO (From code Buzaid to the project for a new civil procedure code: an evaluation of the path of constructions / changes and prospects of the current rectification movement)

FERNANDO RUBIN p.208

LEGISLAÇÕES ESTADUAIS SOBRE AS CLASS ACTIONS NORTE-AMERICANAS: UM ESTUDO PANORÂMICO (State’s statutes on class actions in the U.S.A.: a panoramic study)

ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE p.240

EL DERECHO A LA EJECUCIÓN PLENA DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LOS MEDIOS COMPULSORIOS PROCESALES (The right to a full execution of judicial decisions and the procedural means to enforce them)

ADRIÁN SIMONS PINO p.296



Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad

(Immediacy and evidence evaluation: the return of the irrational)

Jordi Nieva Fenoll

Ph.D. Professor at the University of Barcelona, Spain

Abstract: The article deals with the assumption that the judge that personally and directly conducts the taking of the evidence in court is the adequate person to decide the case. By criticizing the traditional approach, the text offers a different view on the subject.

Keywords: Evidence. Evaluation. Irrationality

1. Introducción. 2 Contenido de la valoración de la prueba. a. Enfoques desde lo que estudiar la valoración de la prueba. b. Aplicación de los saberes científicos precisos a la valoración de cada medio de prueba. 3. Requisitos imprescindibles para una adecuada valoración probatoria. 4. Crítica al pretexto de la “inmediación”.



1. Introducción

Ha costado muchos siglos conseguir que los jueces estuvieran presentes en la práctica de la prueba, obteniendo por fin la ansiada “inmediación”¹. En España sólo se logró ese objetivo tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pero esa inmediación no siempre tiene lugar, todavía, durante la instrucción penal en la práctica. En otros Estados sigue sin practicarse en absoluto.

Sin embargo, creo que nadie pudo llegar a pensar jamás que esa deseada inmediación acabara sirviendo para que los jueces eludieran la valoración de la prueba, porque se pretendía justamente lo contrario. De hecho, la debida valoración de la prueba es precisamente lo que siempre han deseado los legisladores de muchos lugares desde muy antiguo², demostrando un especial empeño en esta materia, luchando contra la arbitrariedad judicial. Por ejemplo, las primeras “protonormas” de prueba legal, que aconsejaban el valor tasado de la prueba documental³, o un cierto número de testigos para tener por acreditado un hecho⁴, son un fiel testimonio de la preocupación legislativa sobre el tema. A partir de ahí, el ulterior desarrollo de

¹Se está luchando por ella al menos desde 1.500. Vid. NR, Libro XII, Título XXXII, Ley X. Hablando de de las pruebas de declaración de personas, obliga a su práctica “*sin cometerlas en ningún caso á los Escribanos ni á otra persona alguna*”.

²Como veremos después, ya desde el Código de Hammurabi. LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid 1997, §§ 10, 11, 13, 150, 182 y 183.

³Siempre del código de Hammurabi: §150: *Si el marido donó a su esposa campo, huerta o casa, y le escribió un documento al respecto, después de la muerte del marido sus hijos no podrán reclamarle nada; la madre dejará en herencia esos bienes al hijo que prefiera, pero no a un extraño.*

§182 *Si un padre tiene una hija que sea sacerdotisa de Marduk de Babilonia y no la dotó escribiéndole un documento sellado, a la muerte del padre le corresponderá un tercio de la herencia, que podrá dejar en sucesión a quien prefiera.*

§183: *Si un padre tiene una hija concubina, y le da dote, le concede marido y le otorga documento sellado al respecto, a la muerte de su padre no heredará ningún bien.*

⁴También de las leyes de Hammurabi: §10 *Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.*

§11 *Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que presten testimonio sobre dicho objeto, es un farsante, y puesto que denunció falsamente, será castigado con la muerte.*

§13 *Si los testigos del anterior denunciante no estuviesen localizables, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al término del mismo no presenta sus testigos, será considerado un farsante y sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.*



esas normas conoció diferentes épocas⁵, llegándose a reflejar, por ejemplo, exclusiones de algunos testigos que no eran sino reflejo de poco más que caprichos, antojos, algunas excentricidades y otros desatinos que no eran más que ridículas aversiones propias de cada época⁶.

Llegó un momento en el que cualquier observador percibió que los jueces sometidos a esas normas no declaraban la realidad de los hechos⁷, sino que realizaban una aplicación mecánica de dichas reglas para eludir la valoración de la prueba. Pero costó muchísimo darse cuenta de ello⁸, y aún hoy en día se encuentran restos de pruebas legales en muchas leyes procesales civiles. Sin embargo, como ha ocurrido en otros ámbitos, finalmente la tendencia que condujo a superar esas auténticas arbitrariedades –por cierto, estrictamente legales–, vino de la impronta de la racionalidad, en este caso en los juicios jurisdiccionales.

No obstante, la introducción del sistema de valoración libre supuso una vez más, en muchos casos, una nueva puerta abierta a la irracionalidad más flagrante. Los jueces, hurtados de las normas de prueba legal, dejaron de motivar sus conclusiones sobre la prueba, pretextando que su “íntima convicción” era por supuesto racional, pero no motivable, al estar

⁵Codex, Libro IV, título XX, nº 9, §1: *Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiaturs admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiaturs, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.*

⁶Un buen ejemplo de ello lo constituye la Ley Partida III, tít. XVI, que impidió el testimonio de los siguientes sujetos: personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahures, lesbianas transvestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes (Ley 8), presos, toreros, prostitutas, libertos en pleito de su antiguo señor (Ley 10), siervos (salvo excepciones y bajo tormento, Leyes 12 y 13), así como en pleitos hereditarios, a mujeres y hermafroditas que “tirassen mas a varon que a muger” (Ley 17). Toda una crónica social de la época.

⁷Hay varios antecedentes, incluso entre la literatura (RABELAIS, François, *Faits et dits du Géant Gargantua et de son fils Pantagruel*, 1732, cap. 37, p. 252 y ss.). Vid. también TARUFFO, Michele, *Liberò convincimento del giudice. (Il Diritto processuale civile)*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, Roma 1990, p. 1.

⁸El primero que lo hizo con especial vehemencia y con trascendencia para la doctrina posterior fue BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, pp. 9 y ss: p. 9. “...on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets.”



basada en su propio leal saber y entender que, en esencia y siempre según esa antigua orientación, sería difícilmente explicable con precisión⁹.

Con todo, hubo intentos de reconducir la situación. El concepto de “máxima de experiencia”¹⁰ y la mayor exigencia de motivación de las resoluciones judiciales¹¹, que en muchos lugares había quedado en el olvido o había sido suprimida por razones profundamente cuestionables¹², trataron de conferir una serie de caminos racionales por los que pudiera discurrir la actividad probatoria, y se realizara finalmente la deseada valoración de la prueba con la debida seriedad. Aunque el éxito, por desgracia, fue escaso en demasiadas ocasiones, para lamento de los litigantes y sus abogados.

Desde luego, echando una mirada a la historia parece como si existiera un especial empeño en evitar la valoración de la prueba, porque a la vista está que no han faltado históricamente subterfugios para ese fin. El último y más escandaloso, y que está actualmente vigente, es precisamente la indebida utilización del concepto de “inmediación”¹³, como vamos a ver¹⁴.

⁹JARKE, *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen*, Neues Archiv des Criminalrechts, 1826, pp. 102-103. MITTERMEIER, *Die Lehre vom Beweiseim deutschen Strafprozesse*, Darmstadt 1834, p. 66. Y muy concretamente VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse*, Goldammers Archiv, 1858, pp. 469 y ss.

¹⁰STEIN, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, p. 15.

¹¹A partir del siglo XIX, aunque la exigencia es indudablemente anterior. Vid. ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Salamanca 2010, pp. 111 y ss. Tesis doctoral inédita.

¹²Como ocurrió en Cataluña, Mallorca y otros territorios del este peninsular a partir de 1778. Vid. Nov. Recop. Libr. XI, tít. XV Ley VIII. De hecho, en cataluña se disponía desde antiguo el deber de motivar las sentencias: “*sien tenguts de exprimir en las ditas sententias diffinitivas los motius quels hauran moguts per axi declarar, e diffinitivament sententiar*”. CYADC, I, 7, 3, 2 (1510, p. 363).

¹³Vid. STC 2/2010, 11-1-2010, FJ 4: “*En el presente supuesto la Audiencia Provincial de La Coruña directamente consideró que con el visionado de la grabación audiovisual del juicio oral ante el Juez de lo Penal resultaba suficiente para revalorar las pruebas de carácter personal practicadas en aquel juicio, determinantes de la culpabilidad, declarando además en la Sentencia núm. 250/2006 recurrida, que el Juez de lo Penal de Santiago de Compostela había incurrido en error de calificación, fijando por ello un nuevo relato de hechos probados que desembocaba en la condena de quien había sido inicialmente absuelto. Al actuar así, y sin esgrimir una causa que impidiera la nueva comparecencia de los acusados y testigos (pruebas personales), olvidó -por más que se le había solicitado por la contraparte de apelación- que privaba al recurrente del derecho constitucional a la inmediación, y que se inhabilitaba para revalorar la credibilidad de dichas pruebas personales en segunda instancia sin nueva vista. Por ello, en aplicación de la referida doctrina, cabe estimar vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.*” Vid. también STEDH 22-11-2011, as. Lacadena Calero c. España.

¹⁴Vid. una muy acertada crítica en IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)*, La Ley, nº 6812, 2-11-2007.



En todo lo anterior entiendo que existe una errónea noción sobre el contenido de la valoración de la prueba y lo que realmente implica. Por ello, comenzaré este estudio con la exposición de ese contenido y de sus necesarios presupuestos. Tras ello quedará el análisis de la excusa de la “inmediación”, que se revelará absurda después de la debida comprensión de lo que implica la valoración de la prueba.

2. Contenido de la valoración de la prueba

Valorar la prueba supone percibir los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso¹⁵. Puede extrañar esta definición, que se refiere únicamente a la “percepción” de esos resultados, porque puede echarse de menos el “análisis” que encierra toda actividad valorativa.

Sin embargo, lo anterior se comprende mucho mejor si se capta que para percibir es necesario haber interpretado al mismo tiempo. Es decir, aquello que no se interpreta, simplemente no se ve, es decir, pasa *desapercibido*. En cambio, aquello que ha sido objeto de percepción se sabe lo que es, justamente porque se ha interpretado e identificado. Por tanto, con la valoración de la prueba lo único que es necesario es que el Juez perciba los resultados que arroje cada medio de prueba. Si es capaz de hacerlo, habrá entendido lo que implicaba la práctica de dichos medios y estará en condiciones de dictar sentencia. Es también por ello por lo que ciertamente es precisa la inmediación, aunque no en la absurda medida que se está afirmando últimamente.

¹⁵ Así lo definí en NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, p. 34.



a. Enfoques desde los que estudiar la valoración de la prueba

La actividad valorativa se ha intentado explicar por la Ciencia desde cinco diferentes puntos de vista. En primer lugar, se trató de darle a la valoración de la prueba un contenido jurídico describiendo los sistemas de prueba legal y prueba libre. Pero ese análisis no explica la esencia de la actividad, sino que solamente constata la existencia de esos sistemas en las leyes, sin ir más allá.

Por ello la doctrina intentó un enfoque epistemológico o gnoseológico que ha tenido bastante éxito entre los autores¹⁶, aunque no realmente entre la judicatura. Consiste, fundamentalmente, en describir los tipos de hechos que existen y cómo procede el juez, desde la lógica, a su averiguación. Existen muy diferentes tendencias en esta materia, pero finalmente de lo que se trata es de establecer una especie de probabilidad epistemológica de que un hecho haya sucedido. En realidad, se utilizan diferentes variantes del antiguo sistema silogístico, analizando la elección de las premisas y la regularidad en la obtención de los resultados aplicando el método científico. Finalmente se concluye que sólo es “probable” aquello que sea “demostrable”, descartándose hipótesis alternativas de lo sucedido que sean refutables, pudiendo llegar a mesurarse numéricamente, por cada juez, la probabilidad que atribuye a cada hecho a la vista de las pruebas practicadas.

Este enfoque es utilísimo para la construcción de la motivación¹⁷. Se obliga al Juez a exponer sus inferencias con claridad, de manera que si no puede exponer esa inferencia, sino que tiene que recurrir a una hipótesis no demostrada para dar por probado un hecho, su conclusión será errónea y, por tanto, será desterrada del razonamiento probatorio. Ello constituye una victoria clara para los litigantes, que pueden seguir el esquema lógico del juez y criticarlo en los recursos, pero también es una victoria de la razón sobre la intuición, porque

¹⁶A modo de ejemplo, por todos, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán de “la prova dei fatti giuridici, milano 1992, Madrid 2002. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona 2004. FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007.

¹⁷Sobre la misma y todos los aspectos que se relacionan con ella, vid. ampliamente ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid 2011.



mientras la primera puede explicitarse, la segunda solamente con grandes dificultades puede reflejarse por escrito.

Sin embargo, la solución epistemológica es deficitaria en dos puntos principales. Siguiendo el método silogístico para mayor claridad en esta explicación, cabría decir que el enfoque epistemológico no explica suficientemente cómo se escogen, de entre todo el acervo probatorio del proceso, las premisas menores, es decir, los hechos a demostrar, dependiendo ello de la “experiencia” del juez, lo que supone acercarse peligrosamente a la intuición. Y en segundo lugar, tampoco se argumenta con precisión cómo se construyen las “premisas mayores”, es decir, las llamadas “máximas de experiencia”, lo cual supone que con demasiada frecuencia dichas máximas, en su imprecisión, dependan de lo mismo. Nuevamente de la intuición.

Es por ello por lo que cabe intentar una aproximación psicológica a la mente judicial para resolver esos problemas. Y en dicha aproximación se descubre que el Juez, a la hora de escoger los hechos, obra inducido por el “modelo mental”¹⁸ que se haya formado a la hora de elucubrar cómo ha sucedido una historia. Un “modelo mental” no es más que una hipótesis que le parece plausible al juez en virtud de su propia experiencia. En caso de que no halle otros modelos mentales razonables para explicar la ocurrencia de esos mismos hechos, considerará, sin duda, la hipótesis como probada. Y desde luego, la hipótesis será juzgada como menos probable cuantos más modelos mentales alternativos aparezcan. El peligro evidente de este modo de trabajar es que el juez se quede con el primer modelo mental que le venga a la mente, y no sea capaz de contemplar ninguno alternativo. O bien que un exceso de imaginación le lleve a concebir excesivos modelos mentales que parezcan plausibles pero que, en realidad, no lo sean.

Pero el problema es que el esquema de los modelos mentales nos conduce de nuevo a la “experiencia” del juez, sin explicarnos cómo se genera la misma. Pero eso justamente es lo que consiguieron explicar TVERSKY y KAHNEMAN con sus trabajos sobre los llamados

¹⁸En expresión de JOHNSON-LAIRD, P. N., *Mental Models and Probabilistic Thinking*, Cognition, 1994, 50, pp. 189 y ss.



“heurísticos”¹⁹, que aún sin tener una finalidad de Derecho probatorio, sino más bien económica, explican bastante bien cómo toman los seres humanos sus decisiones, también las que suponen formulación de hipótesis, como sucede en el razonamiento probatorio.

En este sentido, los dos autores citados llegaron a la conclusión de que el proceso humano de toma de decisiones es más bien sencillo, y se construye, en muchas ocasiones, con unos pocos principios generales basados en el recuerdo que más fácilmente pudiera evocar el ser humano en cada momento. Y así enseñaron que un individuo decide siguiendo la “representatividad” cuando ha observado que esa misma decisión que va a tomar ha sido exitosa para otras personas en contextos similares. O bien utiliza la “accesibilidad”, tomando una determinada decisión en coherencia con un recuerdo muy vivo de un acontecimiento similar que le haya sucedido, con independencia de si ese acontecimiento ha sido poco reiterado. Si está impresionado, tomará la decisión de manera coherente con ese recuerdo. Aunque existen más heurísticos, cabe detener la explicación en el llamado “anclaje y ajuste”, que es una forma de proceder según la cual el ser humano que se hace una idea de cómo sucedió algo, tras ello, por muchos datos que le vengan en sentido contradictorio, será incapaz de salir de esa representación que se hizo en un principio. De hecho, lo que hará será “anclar y ajustar” a su hipótesis inicial los nuevos datos que le vayan surgiendo, para intentar hacer esa hipótesis, falsamente, más plausible.

Como es obvio, todos esos heurísticos conducen a veces a decisiones erróneas, pero también es cierto que en muchas ocasiones, muy probablemente la mayoría, son correctas las decisiones que se toman siguiendo sus directrices. Basta revisar nuestras propias decisiones del día a día para comprobar que ello es sustancialmente cierto y que, además, esos atajos del pensamiento acostumbran a funcionar. Pero como ya se ha dicho, también inducen a errores.

Sin embargo, todo lo anterior tiene la enorme ventaja de que por fin se describe aquello que sea la “experiencia”, o incluso nuestra “intuición”. Y como se ve, se trata de algo bastante más simple de lo que jamás pudimos llegar a pensar. En todo caso, para el razonamiento

¹⁹Que pueden hallarse en KAHNEMAN, Daniel / SLOVIC, Paul / TVERSKY, Amos, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982.



probatorio todo lo explicado tiene una importancia enorme, pues permite acercarse mucho más, y más fácilmente, al grado de corroboración de las hipótesis con el cálculo de los modelos mentales. Y además, se descubren por fin las razones que suelen mover a un juez a tener por probado un hecho en un sentido u otro. No es posible hacer predicciones absolutamente ajustadas de lo que acabará haciendo un juez, pero sin duda sí podemos acercarnos a cuáles hayan podido ser sus posibles defectos, lo que es de utilidad para recurrir sus juicios. Pero para el propio juez también es muy importante, porque solamente si es consciente de sus propios defectos y limitaciones antes de que tengan una incidencia, le es posible evitar los errores. Y después veremos cómo, aunque ya avanzo que la forma de prevenir esos errores es acudiendo a las ciencias que han estudiado cada hecho concreto objeto de prueba. Es decir, acudiendo a las conclusiones basadas en la realidad empírica, esto es, utilizando el método científico.

Los dos últimos enfoques que se han utilizado en esta materia han sido el matemático y el sociológico. En cuanto al primero, simplemente referir que no pocos juristas estadounidenses²⁰ creyeron encontrar en un teorema estadístico del siglo XVIII, el “teorema de Bayes”²¹, la piedra filosofal de la prueba de todos los juicios jurisdiccionales. Sin embargo, el teorema de Bayes ha demostrado, en realidad y muy reiteradamente, que acostumbra a no funcionar porque en casi cualquier juicio jurisdiccional desconocemos una de las variables fundamentales del teorema: la llamada *prior probability*, o probabilidad abstracta de que haya sucedido un determinado hecho, justo el que se está enjuiciando. Aunque quizás el principal error ha consistido en utilizar una fórmula estadística para medir un resultado aleatorio, sin darse cuenta de que el juicio jurisdiccional en absoluto es un acontecimiento aleatorio.

Por último, el enfoque sociológico²² trata de estudiar, sobre todo, la influencia de la ideología del juez en la valoración de la prueba. Ha sido una orientación muy poco seguida en

²⁰FINKELSTEIN, Michael O. /FAIRLEY, William B., *A Bayesian Approach to identification evidence*, Harvard Law Review, vol. 83, 1970, pp. 489 y ss. FINKELSTEIN, Michael O., *Basic concepts of probability and statistics in the Law*, New York 2009.

²¹
$$P(H | I) = \frac{P(H)P(I|H)}{P(H)P(I|H)+P(noH)P(I|noH)}$$

²²Entre otros, STAHLMANN, Günther, *Sozialwissenschaftliche Überlegungen zur zivilprozessualen Beweislehre*, JA 1978, pp. 270 y ss. DWORKIN, Ronald, *Can rights be controversial?* en: “Taking rights seriously”, London 1977, pp.



materia probatoria, pero que está en la mente de todos cuando enjuiciamos la conducta de un juez, o sobre todo de un jurado, en un asunto que pudo verse influido por la ideología. Esa influencia es fundamentalmente inaceptable, y hasta debería ser causa de recusación si el juez ha hecho pública su ideología sobre un determinado asunto, de manera que pueda influir en un caso concreto sometido a su juicio jurisdiccional. De hecho, la mayoría de jurados que son excluidos en el proceso de selección de los mismos, lo suelen ser por motivos puramente ideológicos.

En todo caso, como se ve, con todos los enfoques anteriores no se consigue resolver, en el fondo, la problemática central de la valoración de la prueba. Pero si se echa la vista atrás nada más que 100 años, se comprobará como se han dado pasos de gigante en las últimas décadas en esa materia, gracias fundamentalmente a todos esos estudios, especialmente a los epistemológicos, y muy probablemente en un futuro no lejano gracias a los psicológicos. Los jueces poseen actualmente pautas claras de motivación, con independencia de que, por desgracia, por diferentes factores a veces ajenos a ellos, no las sigan siempre. Y además conocemos cada vez mejor los entresijos de la “experiencia”, lo que nos permite darle por fin contenido a ese concepto tan oscuro, pero tan idealizado, de “máxima de experiencia”, avanzando en el camino de excluir completamente la intuición de los juicios jurisdiccionales, situando ya definitivamente a los mismos al margen de la filosofía, o de la psicología más básica, e incluyéndolos por completo en los parámetros del método científico, que es de lo que se trata.

b. Aplicación de los saberes científicos precisos a la valoración de cada medio de prueba

La correcta valoración de la prueba pasa precisamente por la utilización de ese método científico hasta las últimas consecuencias, acercándonos, para ello, a las ciencias que estudian cada medio de prueba. De lo contrario, la actividad probatoria vendrá guiada simplemente por

279 y ss. SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, *An enquiry into judicial decisions*, en: “Redondo / Garrido / Pérez / Barberet, *Advances in Psychology and Law*, Berlin-New York 1997, pp. 227 y ss.



(pre-)juicios, como digo, intuitivos, olvidando que existen ciencias que ofrecen todo un acervo extraordinario de conocimientos para que el juez tome sus conclusiones de la manera más satisfactoria.

En este sentido, en todas las pruebas que suponen una declaración de personas (partes, testigos o peritos), es de inevitable consulta la psicología del testimonio²³, que nos instruye acerca de los fallos de la memoria en los que incurre cualquier declarante en diferentes circunstancias. Pero además nos enseña que para valorar la credibilidad de una declaración, es muy útil acudir principalmente a cuatro puntos: la coherencia del relato, la contextualización de la declaración, la existencia de corroboraciones periféricas y la aparición de detalles oportunistas en la declaración. Desde luego, una declaración resulta mucho más creíble si es coherente internamente y si, además, el declarante es capaz de describir con precisión el contexto en el que sucedieron los hechos, de manera que podamos acreditar que verdaderamente estuvo allí. Si, además, otros medios de prueba corroboran lo que dice el declarante y, por último, dicho declarante no desliza comentarios que no añaden información alguna, sino que solamente intentan condicionar psicológicamente al oyente sobre la veracidad de la declaración, sin duda esa declaración, en la mayoría de las ocasiones, va a merecer credibilidad.

Pero téngase muy en cuenta que no se puede tomar lo anterior al pie de la letra, sino que hay que adaptar el análisis de esos cuatro puntos a cada declarante²⁴. Por ejemplo, es muy frecuente que un perito haga comentarios oportunistas sobre la regularidad y brillantez de su trabajo, y no por ello resulta menos creíble. O es natural, por ejemplo, que la víctima de un delito tenga dificultades en su contextualización, porque estaba impresionada por los hechos delictivos que sucedieron en su propia persona. Sin embargo, ni siquiera lo anterior es siempre y sistemáticamente así, sino que hay que analizar cada caso concreto, con la asistencia de esas herramientas que van a poder ayudar al juez a convencerse de un hecho y, *a posteriori*, a motivar por qué cree que dicho hecho ha sucedido, siguiendo los criterios propuestos y

²³Entre otros, MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000.

²⁴Realizo esa labor con detalle en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit. pp. 236 y ss.



excluyendo por completo la intuición. Y descartando, por fin, que la “inmediación” sea una especie de experiencia que permita al juez, en primer lugar, no equivocarse en sus percepciones y, en segundo lugar, desestimando que a través de la misma desarrolle una especie de intuición infalible e inmotivable que no pueda ser revisada a través de los recursos²⁵. Al contrario, si el juez explica, con claridad, qué le ha llevado a entender creíble a un declarante siguiendo, al menos, las pautas propuestas, quedará expuesta claramente la fundamentación, o bien la inconsistencia de sus conclusiones. Lo contrario sólo hará del juez una especie de oráculo insondable que aleje a la Justicia de la racionalidad, practicándose impunemente la arbitrariedad y convirtiendo los juicios en algo, desde luego, mucho más evolucionado y racional que las ordalías, pero con idéntica perplejidad ante los resultados a los que se llegue, sobre todo por la inaceptable inexplicabilidad de lo concluido.

Lo mismo sucede con la prueba pericial. Se llama a un perito al proceso porque el juez no puede poseer absolutamente todos los conocimientos científicos necesarios para juzgar un determinado caso concreto. Pues bien, es muy difícil que el juzgador pueda valorar si las conclusiones del perito son correctas. Pero antes de aceptarlas acríticamente, es decir, sin más, puede analizar algo que sí que está en perfectas condiciones de examinar: la cualificación profesional del perito, la calidad expositiva de su dictamen, así como los indicios objetivos de

²⁵Al respecto es imprescindible la lectura de IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)*, La Ley, 2-11-2007. Sin embargo, la jurisprudencia española actual, siguiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, está en contra de este pensamiento, y a favor de una sobrevaloración de la intermediación. Vid. STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3: “cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59. (...) Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio.”



calidad de la labor realizada. En cuanto a lo primero simplemente hay que mirar la formación y trayectoria del perito, valorando su experiencia y preparación para realizar el dictamen de que se trate. Con respecto a lo segundo, el perito deberá haber hecho un considerable esfuerzo en darse cuenta de que su exposición está hecha para un jurista, es decir, para un no especialista en la materia, por lo que tiene que ser lo más simple y clara posible para que pueda ser utilizada en el juicio jurisdiccional. Y en cuanto a lo tercero, los indicios de calidad del dictamen, el perito tendrá que justificar que ha seguido en su examen los procedimientos aceptados por la comunidad científica en su conjunto, utilizando el instrumental apropiado y aportando estadísticas independientes del caso concreto que corroboren sus conclusiones, acreditando todo ello con publicaciones científicas que den fe de la corrección de su dictamen²⁶. Y todo ello, en su conjunto, sí que es controlable por el juez, interrogando al perito, y teniendo al menos una mínima idea de las ciencias implicadas en los dictámenes más frecuentes, de la manera que se expondrá después.

En relación con la prueba documental existe el tópico de pensar que un jurista, familiarizado sobre todo con los discursos escritos, entenderá sin problema y sin ulterior ayuda cualquier documento que se le presente. Ello es falso. Los documentos están contextualizados en una determinada realidad que no tiene por qué ser conocida para el juez. Si ello ocurre, el documento, simplemente, será leído por el juez, pero no será entendido realmente. Y por otra parte, existen estilos de redacción, también según el contexto, pero no solamente, que descubren las intenciones del autor del documento, lo cual es esencial para su correcta interpretación.

Del estudio de todo ello se encarga la llamada “semiótica textual”²⁷, que puede hacer entender a un juez anciano que, por ejemplo, en una conversación de chat entre dos jóvenes que se le reproduzca en juicio, los insultos no son normalmente injurias, y las abreviaturas o la incorrecta ortografía empleada tampoco son necesariamente expresivos de un bajo nivel

²⁶TARUFFO, Michele, *Prova scientifica (Dritto processuale civile)*, Annali II, t. I p. 975. NIEVA FENOLL, Jordi / VIVES REGO, Josep / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente*, en: “Jurisdicción y proceso”, Madrid 2009, p. 412.

²⁷Vid. CASSANY, op. cit., LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, Madrid 2007.



cultural de los interlocutores. O bien podría descubrirle a un juez joven que una cierta elegancia y recargo en las formas en la redacción de una persona anciana, no debe llevar en absoluto a entender que dicha persona sintiera afecto, o hasta respeto, por el destinatario de una carta, sino que simplemente esa manera de expresarse es constitutiva de una determinada formación escolar, propia de otras épocas, en la redacción de misivas. Todo ello ayuda sobremanera en la extracción de conclusiones de los más diversos escritos.

Por último, con respecto al reconocimiento judicial o inspección ocular, pese a que se había dicho con reiteración que dicha prueba no estaba sometida a los sistemas de valoración²⁸, cabe plantear una hipótesis alternativa²⁹. Este medio de prueba utiliza exactamente los mismos conocimientos que ya han sido descritos para el resto de medios de prueba, y lo único que tiene que hacer el juez es aplicarlos adaptándose en cada caso a aquello que sea lo observado. Es muy frecuente en este contexto hacerse asistir por una prueba pericial, pero sobre todo, de lo que tiene que cuidar el juez es de que sus sentidos no le engañen, es decir, que no crea ver lo que en realidad solamente está intuyendo, como le sucedería, por ejemplo, si tuviera que valorar la estabilidad de un edificio en ruinas. Problemente concluiría que debe ser inmediatamente demolido porque el inmueble está destrozado. Y sin embargo, la ayuda de un perito le haría ver que la estructura está perfectamente conservada y que, por tanto, el edificio puede ser regenerado, ahorrando los costes derivados de la demolición y la reconstrucción de la estructura que, pese a las apariencias, estaba en perfectas condiciones.

Todo lo anterior ha sido muy poco utilizado hasta el momento en los procesos. Aunque parezca mentira, se le ha dado la espalda a toda esa realidad. Se ha valorado y se valora, salvo excepciones, la credibilidad de un declarante a través de la simple intuición del juez, normalmente inmotivada. Se han dado por buenas sin más trámites las conclusiones de un perito, sin mucho más esfuerzo, dado que se ha pensado sistemáticamente que, en realidad,

²⁸Por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Reconocimiento judicial*, en: "Estudios de Derecho probatorio", Lima 2009, p. 559. JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca 1978, p. 348.

²⁹LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid 2005, p. 286.



era imposible entender por qué concluyó lo que concluyó ese perito, al desconocer su ciencia. Y por supuesto, también se han pasado por alto importantes aspectos de muchos documentos cuyas conclusiones hubieran sido otras muy distintas de las que, probablemente, se acabaron reflejando en la sentencia.

Esta situación debe cambiar. Y si cambia se acabarán las excusas para eludir la valoración de la prueba, tanto las excusas que históricamente han existido como la actual de la inmediación. El juez debe tomar consciencia de la ciencia que le rodea, comprobando que, en buena medida, le es más accesible de lo que en un principio le pudo llegar a parecer. Con esta nueva consciencia, evidentemente, no se evitarán algunos juicios erróneos, pero sí que será más sencillo identificarlos. Y sobre todo, será mucho más fácil descubrir que las conclusiones probatorias de un juez no estaban sustentadas, en realidad, en datos sólidos, lo que permitirá su impugnación a través de los recursos, que ahora, gracias a la peculiar interpretación de lo que implica la “inmediación”, ha devenido prácticamente imposible. Sin duda, ello necesariamente conducirá a una mejor Justicia.

3. Requisitos imprescindibles para una adecuada valoración probatoria

Sin embargo, todo lo anterior no puede ser llevado a cabo sin una serie de premisas que cambien, al menos en parte, algunas de las características que actualmente solemos atribuir a un juez.

En primer lugar, es urgente e imprescindible mejorar la formación del juez en materia probatoria. El juzgador, antes de serlo, debe seguir un programa de aprendizaje en el que aprenda los hechos que más típicamente se va a encontrar en su labor cotidiana, para que sepa identificarlos rápidamente como indicios³⁰, lo que evitará que adquiera este conocimiento a través de una siempre desigual “experiencia”, que es lo que ocurre hoy en día. Paralelamente

³⁰Siguiendo un método similar al que utilizó MUÑOZ SABATÉ en sus obras, la última: *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Madrid 2008.



debe ser formado en las técnicas de obtención de vestigios, sobre todo en el proceso penal, que se utilizan normalmente en los procesos, a fin de que los procedimientos de los distintos exámenes no le sean desconocidos. Entre esas técnicas es imprescindible que aprenda psicología del testimonio y semiótica textual, al menos a un nivel elemental. Por último, el juez debe ser instruido en los dictámenes periciales que se practican más frecuentemente en los procesos. No se trata de que conozca en detalle la ciencia implicada en los mismos, sino de que tenga unas nociones mínimas de vocabulario especializado y de cómo funcionan los aspectos principales de cada dictamen.

Al mismo tiempo, es necesario enseñar al juez a motivar sus sentencias, siguiendo sobre todo las directrices de la epistemología, aunque también de la ciencia de la argumentación jurídica³¹. Sólo de ese modo será capaz de realizar correctamente la exposición de resultados obtenidos de forma deductiva –no inductiva– durante la práctica de la prueba. No se trata solamente de que exponga ordenadamente su juicio, sino de que describa sus inferencias relacionándolas con cada medio de prueba, de manera que se conozcan con precisión los antecedentes de su juicio.

Pero además, el juez debe utilizar aprender también a recopilar la prueba, perdiendo el miedo a implicarse en esta actividad que, al fin y al cabo, está dirigida a él. Pero enseñándole a actuar con la más absoluta imparcialidad, es decir, trabajando para la averiguación de todos los hechos, y no solamente de algunos que inductivamente pudieran interesarle, habiendo sido víctima probablemente de algún “modelo mental” o, peor aún, de alguna intuición errónea que luego le introduzca en los peligros del “anclaje y ajuste” que antes fueron analizados.

No parece adecuado pensar que si el juez se implica en esta actividad de recogida de vestigios, perderá su imparcialidad. Desde luego, no debe implicarse hasta el punto de anular la actividad de las partes o convertirse en un inquisidor. Simplemente tiene que llevar a cabo exactamente la misma actividad que ejecuta en fase de admisión de medios de prueba. En ese

³¹Entre otros, MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid 1989. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona 2006.



momento de la admisión, precisamente, también puede discriminar vestigios que pueden ser útiles para el proceso, y sin embargo no se ponen demasiados inconvenientes a que ello sea así.

Lo que propongo es que, siguiendo esa misma orientación, la labor del juez no solamente consista en restar elementos de juicio inadmitiendo medios de prueba, sino que también contribuya a sumar evidencias en el proceso que conduzcan a la averiguación de la realidad de los hechos, y no solamente al sustento de la versión que desea cada parte. Insisto en que ello no va a conducir al juez a llevar a cabo una actividad inquisitiva, sino simplemente a no adoptar la actitud casi exclusivamente pasiva que le guía en muchos lugares en el momento actual. El proceso es un mecanismo de resolución de controversias que intenta otorgar la paz a los litigantes a través del descubrimiento, lo más preciso posible, de la realidad de los hechos y de la determinación correcta del derecho aplicable al caso concreto. Desde luego, en absoluto es una herramienta para un litigante obtenga una victoria sustentada en la picardía o en la pura retórica de sus declaraciones, y hasta de sus acciones. El Juez no puede permanecer pasivo y silente ante la lucha de los litigantes, sino que tiene que dialogar con los mismos, averiguando, a través de esa implicación, las posibles sombras en los hechos, que deberán ser objeto de prueba. De ahí, sobre todo, la importancia de la “inmediación”, como veremos seguidamente.

Pero para conseguir que un juez se comporte de esta forma sin extralimitarse³², debe ser formado para que, en primer lugar, en la valoración de la prueba siga esquemas deductivos y no inductivos, y para que, como dije, no pierda su imparcialidad. En cuanto a lo primero, el juez no tiene que centrarse en confirmar una hipótesis preconcebida, como si fuera un mal policía, sino en extraer de los medios de prueba todos los datos que tengan que ver con un caso concreto, reconstruyendo, tras esa fase, el rompecabezas probatorio hasta obtener un resultado. Imaginar *a priori* el resultado no es más que intentar hacer las cosas más fáciles falseando la realidad, lo que al final se traduce en el riesgo de una resolución injusta.

³²Que es el principal temor de parte de la doctrina. Vid. CIPRIANI, Franco, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, Rivista di Diritto processuale civile, 2003, pp. 455 y ss. VERDE, Giovanni, *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, en: AAVV (coord. Montero), “Proceso civil e ideología”, pp. 67 y ss. MONTELEONE, Girolamo, *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, Rivista di Diritto processuale civile, 2009, pp. 1 y ss.



En cuanto a lo segundo, el mantenimiento de su imparcialidad, la misma no tiene que sustentarse solamente en las consabidas, y muy conocidas, causas de abstención y recusación, que le llevan, en general, a excluirse o ser excluido por el afecto o el odio que sienta hacia las partes o hacia el objeto del proceso. Además, tiene que ser consciente de los posibles fallos más comunes del pensamiento humano, en el sentido antes expresado, a fin de que conozca las tendencias al error más frecuentes, pudiendo evitarlas. En este sentido, no bastará con que conozca los heurísticos antes citados, sino también los llamados “sesgos”, que son los errores normalmente consecuencia de esos heurísticos. Algunos tan comunes como el *sesgo de confirmación*, que es el error más frecuente fruto del “anclaje y ajuste” antes visto, y que consiste en creer confirmada una hipótesis pese a la concurrencia de datos que la descartan. O bien el *sesgo egocéntrico*, que lleva al ser humano a creer que todos piensan como él en un determinado tema. Y otros sesgos que ahora sería farrogoso enumerar y explicar aquí³³, pero que deben ser aprendidos por los jueces para evitar su incidencia, que sin duda rompe la imparcialidad de su juicio.

Con todo ello, nuevamente, es necesario advertir de que no se va a conseguir un juez perfecto, pero sí un juzgador más consciente de los peligros y dificultades de su actuación en el proceso, y también mejor formado en cuanto a la *materia iudicandi*. Hasta ahora la formación de un juez ha sido, en general, casi exclusivamente jurídica. Hora es ya de darse cuenta de que un juez juzga la realidad, y que por tanto debe conocer esa realidad y la ciencia que la disciplina, al menos en la medida en que pueda serle abarcable, aunque sin pretender jamás llegar a la imposible omniscencia.

³³Nuevamente, KAHNEMAN / SLOVIC / TVERSKY, *Judgment under Uncertainty*, op. cit..



4. Crítica al pretexto de la “inmediación”

Tras todo lo anterior se descubre la complejidad de aquello que encubren las rúbricas “valoración libre”³⁴, “íntima convicción”³⁵, “según su conciencia”³⁶, “más allá de toda duda razonable”³⁷, “mínima actividad probatoria”³⁸, “sana crítica”³⁹ y otros rótulos sumamente indefinidos que no aciertan a identificar con precisión el detalle de la actividad valorativa.

Sin embargo, la explicación anterior revela algo mucho más útil: que la actividad valorativa se puede subsumir en esquemas auténticamente racionales, huyendo de la intuición. Y que justamente por ello esos esquemas racionales son revisables, lo que equivale a decir que son rebatibles y, por tanto, impugnables a través de un recurso. Nada hay en ellos que impida a un juez diferente al que realizó la valoración en primera instancia, revisar la lógica del razonamiento judicial empleado en esa primera instancia. Ni tampoco debe haber nada en ese razonamiento que no pueda ser explicado en la motivación, por lo que ninguna parte de dicho razonamiento puede escapar al control de una ulterior instancia. De hecho, si el juez de primera instancia tuviera que expresar una conclusión probatoria que no fuera explicable, es decir, motivable, dicha conclusión debe ser expulsada de la sentencia, simplemente porque no es racional.

En especial, con respecto a las pruebas de declaración de personas, que son las que suscitan más problemas⁴⁰, no se puede decir que la valoración de las mismas dependa

³⁴§ 286 ZPO alemana.

³⁵Ley francesa de 16-21 de septiembre de 1791.

³⁶Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁷Vid. Vid. WHITMAN, James Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London 2005.

³⁸Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, FJ 3º.

³⁹La referencia más antigua a este concepto que he podido localizar en España se halla en el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30-12-1846 (Gaceta de Madrid 21-01-1847, nº 4512, p. 1).

⁴⁰La más moderna resolución del TEDH sobre la materia va justamente en esta errónea dirección. Vid. STEDH 22-11-2011, as. Lacadena Calero c. España: “46. *En somme, la Cour est d’avis que le Tribunal suprême, pour arriver à une nouvelle qualification juridique du comportement de l’accusé, s’est prononcé sur des circonstances subjectives de ce dernier, à savoir qu’il était conscient de l’illégalité des documents qu’il autorisa et qu’il avait une volonté frauduleuse (dol éventuel) vis-à-vis des personnes concernées. Or le Tribunal suprême a conclu sur l’existence de cette volonté, élément décisif pour la culpabilité de l’accusé, sans une appréciation directe de son témoignage et en*



exclusivamente de la intermediación del juez de primera instancia, simplemente porque no es cierto. El juez debe estar presente porque de esa forma podrá preguntar a partes y testigos sobre los puntos que le resulten dudosos, pero ahí acabará la eficacia y utilidad de la intermediación. Y es que la intermediación, ciertamente, permite al juez observar al declarante y ver sus reacciones, sobre todo las gestuales. Ahora bien, resulta simplemente absurdo sostener que de ahí surge una especie de misteriosa intuición, por supuesto inmotivable y no sometida a crítica, en virtud de la cual el juez sabe perfectamente si el declarante miente o dice la verdad. Ello es simplemente falso. Es sencillamente absurdo afirmar que porque un testigo sea vehemente, o parezca muy seguro de lo que dice, esté diciendo la verdad, o que esté mintiendo porque titubea, se pone la mano en la cara, suda, se encoje de hombros, desvía la mirada o arquea las cejas.

Todo ello son intuiciones inveteradas, que todos poseemos y que se han ido construyendo a lo largo de los siglos, y que por eso nos parece que se puede confiar en ellas, como lo hacemos –también indebidamente– en la vida cotidiana. Sin embargo, hace ya tiempo que la ciencia ha demostrado su falta de ajuste a la realidad⁴¹, porque no puede afirmarse en absoluto que la mentira genere en las personas reacciones físicas. En consecuencia, lo único que puede y debe analizarse no son esas reacciones físicas del declarante, sino la propia

contradiction avec les conclusions du tribunal d'instance, lequel avait eu l'opportunité d'entendre l'accusé et d'autres témoins. 47. Aux yeux de la Cour, le Tribunal suprême s'est écarté du jugement d'instance après s'être prononcé sur des éléments de fait et de droit qui lui ont permis de déterminer la culpabilité de l'accusé. A cet égard, force est de constater que, lorsque l'inférence d'un tribunal a trait à des éléments subjectifs (tel qu'en l'espèce l'existence de dol éventuel), il n'est pas possible de procéder à l'appréciation juridique du comportement de l'accusé sans avoir au préalable essayé de prouver la réalité de ce comportement, ce qui implique nécessairement la vérification de l'intention de l'accusé par rapport aux faits qui lui sont imputés. 48. Certes, le Tribunal suprême parvint à son appréciation sur l'intention de l'accusé sur la base d'une inférence à partir des faits prouvés par l'instance inférieure (dont les documents du dossier). Cependant, afin de parvenir à cette inférence le Tribunal suprême n'a pas entendu l'accusé, qui n'a pas eu l'opportunité (inexistante dans la procédure en cassation) de faire valoir devant le Tribunal les raisons pour lesquelles il niait tant être conscient de l'illégalité de son comportement que d'avoir une volonté frauduleuse. 49. A la lumière de ce qui précède, la Cour considère que les questions devant être examinées par le Tribunal Suprême nécessitaient l'appréciation directe du témoignage de l'accusé, ou encore des autres témoins (voir Botten c. Norvège, 19 février 1996, § 52, Recueil 1996-I ; Ekbatani c. Suède précité et les affaires espagnoles susmentionnées au § 36)."

⁴¹Vid. por todos MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, pp. 189 y ss. Vid. no obstante MASIP, Jaume / GERNÁN, Alonso / HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, en: "AAVV (coord. Garrido / Masip / Herrero), *Psicología jurídica*", Madrid 2008, pp. 475 y ss.



declaración prestada por el sujeto, que constará en el proceso por escrito o incluso filmada, junto con las preguntas que se le hayan formulado. Esa declaración es la que debe ser examinada en el marco de un recurso, en caso de ser impugnada su valoración. Y dicha valoración no depende de variables intuitivas sino, como ya se vió, de criterios bastante precisos, que son objetivables y que, por consiguiente, es necesario tener en cuenta.

En consecuencia, la psicología del testimonio es un saber que cualquier juez debería poseer si se desea que practique las pruebas de declaraciones de personas debidamente, sin recurrir solamente a su mera intuición –que es lo que acostumbra a suceder–, y mucho menos escudándose en ese irracional pretexto moderno que es la “inmediación” del juez de primera instancia, y que sólo encubre una valoración realizada al margen por completo del método científico, es decir, siguiendo la pura intuición o la tradición. Y ello, aunque duela decirlo y cueste mucho más reconocerlo, convierte la resolución judicial en manifiestamente arbitraria, lo que es especialmente evidente si ni siquiera existe motivación sobre la valoración de la prueba, como sucede en demasiadas ocasiones. En el fondo, aunque pueda ser difícil asumirlo, no es nada diferente a lo que ocurría a principios del siglo XIX con la absurda y fetichista aplicación práctica de las normas de prueba legal, que vimos al principio, y que propiciaron en aquel momento durísimas quejas de BENTHAM⁴² que acabaron cambiando, muy lentamente, los sistemas probatorios de medio mundo. En el fondo, lo que buscaban los jueces con aquella aplicación absurda de las normas de prueba legal era exactamente lo mismo que persiguen ahora con la “inmediación”: eludir la motivación. Y entonces, aunque cueste creerlo, igual que ahora, existían numerosos defensores de esa conducta judicial⁴³, que actualmente están completamente desautorizados. Del mismo modo que en el futuro quedarán también desautorizados los que defienden que con respecto a las pruebas que supuestamente dependan de la “inmediación” del juez de instancia, ningún juicio de valoración probatoria es impugnable. Ojalá existiera ese juicio, pero es que en ocasiones no existe más que el vacío, y lo que debe sancionarse en esos casos es la ausencia de motivación.

⁴²Ya reproducidas también al principio, aunque merece muchísimo la pena la lectura detenida de las primeras páginas de su obra.

⁴³Vid. por todos ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Práctica general forense*, Madrid 1856, T. II, pp. 271 y ss.



Bien al contrario, toda valoración probatoria es impugnabile. No es ninguna actividad soberana del juez de primera instancia ni nada que se le parezca. Las declaraciones de personas que sean tenidas por creibles sin ser coherentes, por ejemplo, pueden ser revisadas en el marco de un recurso. Del mismo modo que si sucede que, siendo coherentes o contextualizadas, se ha prescindido de ellas sin motivo ni razón. O bien si existen otras pruebas que descartan lo dicho por el declarante, y el juez no explica suficientemente por qué decide atribuir más que credibilidad al declarante que a esas otras pruebas. Todo ello, y mucho más, es claramente debatible negro sobre blanco, y así debe ser llevado a cabo en el marco de un recurso, especialmente y particularmente en el recurso de apelación.

Con el resto de pruebas sucede exactamente lo mismo. También se podrá discutir la valoración de un documento o de un dictamen pericial, siguiendo los criterios, también objetivables, vistos en el epígrafe 2.b. No puede consentirse por más tiempo que la valoración de la prueba siga siendo la actividad que los jueces dejan de lado en su motivación, acudiendo a la “valoración conjunta”, a la “inmediación”, a la “íntima convicción”, o a cualquier otra expresión elegante que no sea más que un telón falaz para cubrir la ausencia de valoración de la prueba.



Recent developments in italian Civil Procedure Law

Michele Angelo Lupoi

Professor at the University of Bologna, Italy

Abstract: The article offers and overview of the latest reforms and tendencies in italian Civil Procedure.

Keywords: Civil Procedure. Italy. Latest developments

1. Introduction

In the last 20 years, a wave of reforms has changed the face of Italian civil procedural law. The code of civil procedure of 1940 was actually never completely revised but, reform after reform, most of its original provisions have been (more or less) extensively modified and new rules have entered it. Moreover, many new statutes have been enacted alongside the code, in the context of the so-called de-codification process.

In the most recent efforts at reforming the Italian procedural system, the lawmaker has not appeared to follow a strategic plan, preferring a “patchwork approach”, touching several different institutions and parts of the code.

The main motivator for the last waves of procedural reforms has been the need to reduce the exceedingly long duration of civil proceedings in Italy. The Italian lawmaker has approached this most important problem with the incantation that the time required to obtain a judgment in Italy could be reduced by simply intervening on the procedural mechanisms



rather than through a radical reform at the structural and managerial level. Crucially, no new investments have been made in the judicial service, preferring “zero-budget” reforms of procedural provisions.

At least in the short term, these latest reforms do not appear to have effectively tackled the problems faced by Italian civil justice. As a matter of fact, changing the procedural mechanisms is not enough to reduce the delay in the adjudication of cases and the courts backlog, especially since, at the decision stage, disputes still have to be solved on an individual basis and the time a judge needs to render his decision may not be reduced by statute.

Some of the new provisions, however, in the medium term, may arguably bring a change to the way civil proceedings are conducted in Italy and to the interplay between their main actors, namely the plaintiff, the defendant and the judge, at least if they will be effectively applied by the courts. In other words, from at least some of these innovations, the face of civil justice could effectively be reformed.

In this paper, I will thus examine some of these innovative provisions.

2. The “non contestation” principle

The first of the new features which may change the approach of the parties to civil proceedings in Italy may be found in the new formulation of Art. 115(1) c.p.c., concerning the defendant’s duty to deliver a specific contestation against the facts on which the plaintiff’s claim is based.

Traditionally, in Italian civil procedure, no duty existed for the defendant to present a defense in court containing a specific rebuttal of the plaintiff’s allegations.

First of all, when a defendant does not file a defense and is held in default of appearance, such behavior is qualified as a *ficta contestatio*: in other words, a defendant in default is presumed to contest the plaintiff’s claim, thus obliging the latter to fulfill his



evidentiary burden in order to have his claim allowed by the court. Such traditional approach is still followed today so that it may even be argued that, sometimes, for a defendant it is more convenient to keep a passive profile rather than file a defense and stand his chance in court.

When a defendant does indeed present a defense, however, he is supposed to contest the facts on which the plaintiff's claim is based, if the former wants to compel the latter to satisfy his burden of the proof and offer evidence as to the existence of those contested facts: as a matter of fact, these dynamics might eventually lead to a victory by default for the defendant, should the plaintiff not meet this onus. On the other hand, non-contested facts are considered as admitted by the defendant and should not be proved.¹

The court's traditional approach, however, was very strict as concerned considering a fact alleged by the plaintiff as admitted by the defendant. Apart from the rather unusual cases where a defendant explicitly admits the existence of at least some of the circumstances described in the counterpart's claim, for a very long time, case law ruled that it was enough for a defendant to simply state that he "opposed" the facts alleged by the plaintiff to come to the conclusion that he had "contested" the plaintiff's claim.

Things, however, gradually evolved: first, with the statute on labor proceedings of 1973, which imposed on the defendant the duty to "take position" on the facts alleged by the plaintiff, with the consequence that facts which were not specifically contested by the defendant were considered as admitted, so that the plaintiff no longer was under the burden to prove them. In ordinary civil proceedings, it took longer for the Supreme Court (*Cassazione*)⁽²⁾ to rule that facts only generically contested had to be considered as admitted. There were contradicting decisions on this point, however, and courts were generally not ready to consider "silence" on the part of the defendant as a form of tacit (implicit) admission of a fact alleged by the plaintiff.

¹ See A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile* (Milan, Giuffrè, 1995).

² See Cass. SU 23 January 2002, n. 761.



Finally, the lawmaker, with law no. 60 of 2009, changed the situation, by adding a few words to art. 115(1) c.p.c. ⁽³⁾ As a matter of fact, in compliance with the new version of such provision, the defendant now has a burden to specifically contest facts which she alleges not to be true. If such burden is not duly complied with, the judge will consider those facts as uncontested (and therefore relieve the plaintiff from the burden of proving them). ⁽⁴⁾

Today, therefore, when a defendant does not clarify his position (or keeps silent...) *vis à vis* a certain set of facts or situations, he will be deemed to have accepted those facts as true.

The standards which the defendant must meet in his denial of the facts alleged by the plaintiff are not yet set. It is felt that she should specifically point out the circumstances, in the plaintiff's petition, that she considers to be untrue, but some argue that the new provision might effectively require the defendant to present her own version of the relevant facts on which the plaintiff's claim is based. As an example, in a recent decision, a court of first instance held that, in a dispute concerning the conditions of an immovable located in Italy, it was not enough for the defendants to simply reply that they were not in the conditions to appreciate the plaintiffs' allegations since they were domiciled in France.⁵

This burden of the defendant to specifically contest the alleged facts, however, is only effective in relation to rights of which a party may freely dispose of. The principle of specific contestation, moreover, does not operate as concerns legal qualifications of facts or evaluations which may derived from facts. Even if a fact is not contested, wanting formal requirements of an juridical act are still not cured: for instance, it was found that, when a contract requires to be stipulated in writing, the inexistence of the written document may not superseded by non-contestation from the counterpart ⁽⁶⁾. Moreover, even when a fact is not contested by the counterpart but its existence is positively denied by the evidentiary materials gathered in the course of the proceedings, it will not be taken into consideration by the judge.

³ Del Core, 'Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi', GC, 2009, II, 275; A. Tedoldi, 'La non contestazione nel nuovo art. 115 c. p. c.', Riv. dir. proc., 2011, 76.

⁴ B. Sassani, 'L'onere della contestazione', <www.judicium.it>.

⁵ Trib. Cuneo 5 October 2010, Giur. mer., 2011, 1041.

⁶ Trib. Rovigo-Adria 10 Septembr 2009; Trib. Piacenza 2 February 2010, <www.ilcaso.it>.



It is also not yet clear the final moment, in the course of the proceedings, when the parties waive their right to contest the facts on which the counterpart's claims or defenses are based. Most commentators, however, believe that parties should contest the facts on which the other parties rely, at the latest, in the first (or in the second) written brief filed after the first hearing (⁷).

Commentators agree that non contestation of a fact is irreversible: in other words, a party may not deny a fact which she has previously either explicitly or implicitly admitted.

Clearly, the principle of specific contestation introduced in Art. 115 c.p.c. imposes a more active role on the side of both the parties and the lawyers and more intense communications between them. As a matter of fact, in order to effectively reply to another party's brief, a lawyer now has to analyze its content alongside his client, who should be aware of the consequences possibly deriving from a lax response. Commentators agree that the new provision might make lawyers liable for failure to efficiently inform their clients about the factual contents of another party's brief.

This new provision has now been effective for two years but it is still too early to appreciate its effects on the conduct of civil proceedings in Italy. Judges, however, appear to be ready to consider alleged facts as not contested in the face of weak or generic denials on the side of the other parties. Moreover, case-law will likely sanction a party who denies facts which are subsequently ascertained to be true with extra costs (see *infra*). Arguably, this should lead parties to be more cautious in their defenses and avoid unsustainable denials of alleged facts, in order to concentrate the evidence gathering phase of the proceedings only on factual issues which are really in dispute.

⁷) A. Briguglio, 'Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile', Giust. civ, 2009, II, 264.



3. The prohibition of “surprise” decisions from the court.

Law no. 69 of 2009 introduced another important innovation concerning the relationship between the parties and the judge.

Italy adopts an adversarial model of civil procedure, inspired by the principle “audiatur et altera pars” (i.e., let the other party be heard too). The right of the parties to be “heard” must be implemented and protected throughout the proceedings, at all levels and in every circumstance, since any step of the procedure must be taken after all the interested parties have had a chance to express their own point of view.

The contemporary approach to the right to be heard extends its application not only to the relations between the parties (as it was originally conceived) but also as concerns the relationship between the parties and the judge.

The new formulation of Art. 101 c.p.c., as revised in 2009, enshrines this new approach into the law, making it clear that the parties have a right not to be subject to “surprise” decisions from the judges: it is indeed surprising for the litigants (and a violation of their right to be heard) when the final judgment is taken on grounds and issues which were neither raised nor debated among them in the course of the proceedings. Such situation might take place in relation to the legal qualification of the relevant facts (as a matter of fact, the judge is always free to apply the legal provisions she deems more appropriate for the given case, irrespective of the qualifications given by the parties) or to procedural or substantial issues which the law allows the judge to raise of her own motion.

The new text of Art. 101(2) c.p.c., therefore, now forbids such “surprise” decisions, in so much as it requires the judge, when she decides to raise an issue of her own motion, to always give the parties a time-limit to file a brief and a reply on such matters, before she is entitled to



render her judgment. The rationale of this new provision is that the parties should always be enabled to try and “change the mind” of the judge before the latter gives her decision.⁸

4. Innovations concerning the costs of the proceedings

The procedural reforms of 2009 also introduced rather effective new provisions concerning legal costs, in order to sanction vexatious litigation and encourage settlement.

As a general rule, in Italy, the losing party also pays for the winner’s legal costs, in compliance with existing professional fees.⁹ The losing party will also normally pay the costs of any party or court-appointed expert.

The code of civil procedure, moreover, sanctions vexatious litigation with aggravated costs. Vexatious litigation may be defined as the situation where the losing party is found to have either sued or defended herself in bad faith or inexcusable fault.

Traditionally, on the counterpart’s request, the court may order the losing party to pay both legal costs and any damages she proves to have suffered (Art. 96 c.p.c.). In practice, this sanction is not often allowed by Italian courts, since it is rather hard for the winning party to prove that she suffered some extra damages as a consequence of the dispute she had to bring or resist to.

Law no. 69 of 2009, however, added a new paragraph to Art. 96 c.p.c., stating that, in any case, in granting orders for costs, the judge may, even on his own motion, sentence the losing party to pay, to the counterpart, a sum of money equitatively awarded. This new provision is much more effective than the traditional one: here, there is no need to prove that the losing party has caused any actual damage to the counterpart: the mere fact that she was

⁸ Buoncristiani, ‘Il nuovo art. 101, comma 2°, c. p. c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, Riv. dir. proc., 2010, 399; Giadi, ‘Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”’, Riv. dir. proc., 2010, 826; A. Proto Pisani, ‘Appunti su questioni rilevabili d’ufficio e principio del contraddittorio’, Foro ti., 2010, V, 301.

⁹ Art. 91 c. p. c.



found to have sued or resisted in bad faith is deemed enough to sentence her to pay for these extra costs ⁽¹⁰⁾. Moreover, the law does not fix any limits to the amount of money which the judge may award in this context: in other words, the court now enjoys complete discretion in sanctioning vexatious litigation. Case law refers to this new sanction as a form of punitive award ⁽¹¹⁾, to safeguard both private and public interests ⁽¹²⁾.

Case law shows that judges are applying this new provision rather extensively, as a reaction to clearly abusive practices ⁽¹³⁾, i.e. procedural behaviors in bad faith or with the intent to disrupt or interfere with the fast and efficient dispatching of the case ⁽¹⁴⁾. As a way of example, a judge held a plaintiff to be liable for these extra costs since she had petitioned for seizure against the defendant's properties without filing a document in her possession which clearly showed that her case was unfounded. It is believed that, in the medium term, the application of the new Art. 96(3) c.p.c. may help effectively curtailing vexatious litigation in Italy. On the other hand, the advisability of granting the court such wide discretionary powers is questioned, since it may infringe upon the parties' right of action or defense when the judge adopts low standards of culpability ⁽¹⁵⁾.

In an attempt to encourage parties to reach an amicable agreement in the course of the proceedings, moreover, in 2009, Art. 91(1) c.p.c. was redrafted¹⁶: the new formulation specifies that, if the judge allows the claim in an amount which is not more than the one which was offered by the other party in a proposal to settle the dispute and which the winning party refused without good reason, the latter will have to pay the legal costs which the former

¹⁰ A. Briguglio, 'Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile', *Gisut. civ.*, 2009, II, 270; *Trib. Piacenza* 7 December 2010, <www.ilcaso.it>.

¹¹ *Trib. Varese* 23 January 2010, *ord.*, <www.ilcaso.it>

¹² *Trib. Piacenza* 7 December 2010, <www.ilcaso.it>

¹³ See, e.g., *Trib. Salerno* 27 May 2010, <www.ilcaso.it> and *Trib. Varese* 23 January 2010, *cit.* which refer to an abuse of the right of action.

¹⁴ For instance, many decisions mention the serious culpableness or malice of one of the parties: see *Trib. Salerno* 27 May 2010, *cit.*; *Trib. Padua* 10 November 2009, *ord.*, *Giur. mer.*, 2010, 1858; *Trib. Piacenza* 7 December 2010, *cit.*; *Trib. Verona* 1 July 2010, *ord.*, *Guida dir.*, 2010, No. 49-50, 24; *Trib. Modena* 22 September 2010, n. 1208, <www.giuraemilia.it>.

¹⁵ See for instance *Trib. Terni* 17 May 2010, *GM*, 2010, 1834, stating that Art. 96(3) CPC may sanction also common culpability (*colpa comune*).

¹⁶ See A. Doronzo, *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, 767 ff.



sustained after making such proposal. In other words, when an offer to settle is made during the procedure, the other party now has to balance that offer against the plausible outcome of the dispute, in order not to have to sustain part of the costs of his counterpart. The new provision also encourages defendants to balance their options in the proceedings and come up with reasonable settlement proposals before the case goes on to the deliberation phase. It also raises some procedural doubts, however. For instance, the law does not clarify the requirements the mentioned “proposal” should comply with. Commentators agree on the fact that such proposal should be in written form and that it should be formally brought to the attention of the judge. For instance, it may be formulated by the party in the course of a hearing or written down in one of the briefs filed in court. Possibly, even a proposal made by the party before the start of litigation could be taken into consideration, for example when it was sent in a written communication to the would-be plaintiff.

5. Restricting access to the Supreme Court

The reform of 2009 also tried to restrict access to the Italian supreme Court (*Cassazione*).

The enormous caseload of the *Cassazione* (and the related delays in the dispatching of cases) is one of the main problems of the Italian system of appeals. One of the sources of such problem, rather paradoxically, lies in the Constitution, which grants the parties the right to file a petition (*ricorso straordinario*) to the *Corte di cassazione* against any judgment (*rectius*, decision) which, in the civil field, adjudicates upon a subjective right and is not subject to any other form of review: Art. 111(7).¹⁷ This provision not only brings before the *Cassazione* a large number of extraordinary petitions, but also represents a major obstacle to any attempt of keeping cases out of the Supreme Court, e.g., by adopting a system based on leave to appeal.

¹⁷ Art. 111(7) Const.



In an attempt at making it harder to bring cases before the Court, in 2006, a new formal requirement of the petition before the *Cassazione* was introduced: as a matter of fact, a *ricorso* was required to present specific legal questions (*quesito di diritto*), in order to enable the Court to rule corresponding legal principles (*principio di diritto*). Allegedly, this new requirement was meant to put an emphasis on the role of the *Cassazione* as a court strictly concerned with the interpretation of the rule of law. However, it also worked as an effective workload-reducing factor for the Court, since, according to Art. 366*bis* c.p.c., whenever the legal question was omitted or not properly formulated, the petition was struck out. The case law of the *Cassazione* showed that the Court was ready to give a very strict and formalistic notion of *quesito di diritto*, therefore making a large number of petitions inadmissible on purely procedural grounds. This position was unsatisfactory and in 2009, Art. 366*bis* c.p.c. was quickly repealed. No formulation of legal questions in the *ricorso* is therefore required today.

Law no. 69 of 2009, however, introduced a new form of “filter” for petitions to the Supreme Court (¹⁸), in order to try and make access to the *Cassazione* harder for *prima facie* frivolous or unfounded appeals, thus reducing the Court’s workload.

According to the new Art. 360*bis* c.p.c., a *ricorso* will be deemed inadmissible if the decision appealed against has solved the relevant legal issues in compliance with the case law of the *Cassazione* and the claimant does not show good reason to revert those precedents or if the complaint concerning the violation of fair trial principles appears to be manifestly unfounded.

Reference to the application of the *Cassazione* precedents by the lower courts should not be interpreted as a form of *stare decisis*. Rather, the new provision tries both to encourage lower courts to follow the Supreme Court case law, therefore making the outcome of decisions more predictable; and to compel the petitioner to consider the advisability of filing a *ricorso* against a decision which most likely will be confirmed by the Supreme Court. However, if good

¹⁸ A. Briguglio, ‘Chi ha paura del “filtro”?’, <www.judicium.it>; *Il nuovo giudizio di Cassazione*, G. Ianniruberto, U. Morcavallo (eds.) (Milan, Giuffrè, 2010), p. 137 ff.



reasons are shown, the *Cassazione* may always decide to reverse its own case law and follow a new interpretative track.

6. The introduction of an *astreinte* into the Italian legal order

In Italy there is no proper doctrine of contempt of the court and there is no general automatic sanction for debtors who do not voluntarily comply with a court order.

At certain conditions, however fraudulent non-compliance with a court decision can be punished as criminal felony (Art. 650 c.p.).

In recent years, several sectorial new provisions have introduced remedies to try and coerce a reluctant debtor to “voluntarily” comply with an order given by the judge. By way of example, mention may be made of Art. 140 (7) of *DLGS* No. 206 of 6 September 2005 (the so-called Consumer Code) which states that, in decisions aimed at safeguarding the collective interests of consumers, the judge may establish a deadline for complying with any order given therein and also fix a pecuniary penalty (from 516,00 to 1.032,00 euros), for each repeated failure to comply or for each day of non-compliance, according to the seriousness of the situation. A similar fine was introduced by Art. 6 of *DLGS* No. 231 of 9 October 2002, n. 231, on combating late payment in commercial transactions.

Finally, in 2009, law no. 69 brought in the code of civil procedure Art. 614*bis*, introducing a general *astreinte* to sanction noncompliance or violations of judicial decisions to perform or not to perform an action¹⁹). In other words, the court is now empowered to grant orders to induce a debtor to voluntarily comply with a judicial decision, under threat of

¹⁹ C. Asprella, ‘L’attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare’, *Giur. mer.*, 2011, 117; Lombardi, ‘Il nuovo art. 614-bis c. p. c.: l’*astreinte* quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c. p. c.’, *Giur. mer.*, 2010, 401; E. Merlin, ‘Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l’attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009’, *Riv. dir. proc.*, 2009, 1548; R. Caponi, ‘Italian civil justice reform 2009’, *cit.*; G. Miccolis, *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1047.



(mounting) pecuniary sanctions in case of failure to do so, basically making it more convenient for the obliged party to comply with the order rather than not.

Upon the party's application²⁰, when releasing a decision to perform or to restrain from performing an action, the judge, according to the circumstances of the case, may determine a sum of money which the party receiving the order will be bound to pay should she fail or be late to comply with it, unless such remedy appears to be manifestly unfair. In case of failure to comply or repeated infringement, the creditor will thus have a title to enforce against the debtor's asset. It will then be debtor's burden to raise an opposition against the enforcement, should he contest failure to comply with the judge's order. The distribution of the burden of the proof will shift from the creditor to the debtor, depending on whether repeated violation or failure to comply is alleged (²¹).

This new remedy has still a limited scope of application (e.g., it cannot be obtained to enforce an order to deliver an asset or release an immoveable property nor in the context of labor relationships)²², but it is now being used rather effectively, e.g., in the context of *interim* provisions or provisional orders ²³. This remedy is expected to make the creditors' position stronger. However, in order to really have an impact, the existing provision should be extended to a wider variety of obligations.

7. The introduction of summary proceedings (*processo sommario di cognizione*)

The lawmaker, in a rather spasmodic attempt to improve the parties' procedural armoury, with law no. 69 of 2009 also brought a new procedural model into the Italian legal order: as a matter of fact, Arts. 702*bis* ff. were inserted in the c.p.c., introducing the

²⁰ See Tribunale Terni 4 August 2009.

²¹ M. Bove, 'La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c. p. c.', <www.judicium.it>, 8; E. Merlin, *op. cit.*, 1552.

²² See E. Silvestri, 'The devil is in the details: remarks on Italian enforcement procedures', in C. H. Van Rhee, A. Uzekac (eds.), *Enforcement and enforceability. Tradition and reform* (Antwerp, Intersentia, 2010), 213.

²³ *Trib.* Terni 4 September 2009, *ord.*, *Foro it.*, 2009, No. 9, *Anticip. e novità*, 9; *Trib.* Cagliari 19 October 2009, *Giur. mer.*, 2010, 394; *Trib.* Verona 9 March 2010, *ord.*, *Giur. mer.*, 2010, 1857.



procedimento sommario di cognizione, a notion which may roughly be translated as summary proceedings.²⁴

Actually this new procedural remedy comes to enrich a list which is already very long, since, in the Italian legal order, more than 30 different procedural models may be identified.

The term “summary” is used here in a rather different connotation than in other forms of summary proceedings already existing in Italy. As a matter of fact, in Italian civil procedure, the term “summary” has various meanings and implications. Roughly speaking, the judge’s ascertainment is “summary” when it is not exhaustive, or it is based on a lower standard of persuasion (e.g.: the likelihood of the existence of a right) or on certain types of evidence only.

The new summary proceedings, however, are a functional equivalent of ordinary ascertainment proceedings: as a matter of fact, the judge’s final decision is given the same authority and effects of an ordinary judgment. This means that the word “summary” here does not refer to an investigation which is not complete or not exhaustive as to the existence of the relevant facts, but rather to a simple and fast evidence gathering phase, for cases which may be decided on the basis of the relevant documents or of just using a limited amount of oral evidence.²⁵ In other words, these new proceedings are destined to be used in simple cases²⁶, where the facts are not contested or may be easily ascertained²⁷, so that the trial may be being quickly disposed of. As a matter of fact, the first published decisions appear to have been granted in just a few months, within a delay which is not even comparable to that of ordinary proceedings. For this reason, many commentators promote the use of this procedural model, even though court’s practices sometimes express suspicions, if not open hostility towards it.

²⁴ R. Caponi, *Italian civil justice reform 2009, cit.*; Guaglione, NLCC, 2010, 1118; M. A. Lupoi, ‘Sommario (ma non troppo)’, Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, 1225.

²⁵ Trib. Varese 18 November 2009, *ord.*; R. Caponi, in G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini, *La riforma della giustizia civile* (Turin, Giappichelli, 2010), p. 206.

²⁶ Trib. Varese 18 November 2009, *ord.*; M. Bove, ‘Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c. p. c.’, <www.judicium.it>, 6.

²⁷ Trib. Varese 18 November 2009, *ord.*; B. Capponi, ‘Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c. p. c.)’, <www.judicium.it>, 3.



Summary proceedings are an alternative to ordinary ascertainment proceedings.²⁸ In other words, the plaintiff is free to choose among these two procedural models. However, if a plaintiff chooses to file a petition for summary proceedings, he cannot be sure that the judge will uphold such choice. As a matter of fact, at the first hearing, the judge will review the case and the parties' defences and decide whether to move the case to the tracks of ordinary proceedings or to keep it as a *procedimento sommario*. The defendant, on the other hand, might want to induce the judge to move to the ordinary track, by bringing new claims, defences and evidentiary requests, in order to make the case more complex.

Summary proceedings are admissible only for disputes within the competence of the *Tribunale* at first instance, where the case falls to be decided by a single judge. Summary proceedings may not therefore be tried before either the *Giudice di pace*²⁹ or the Court of Appeal³⁰.

Any type of claim within this scope of application may be tried with summary proceedings.³¹ Moreover, it must be possible to decide the case after a summary evidence gathering phase (i.e. through simple and fast evidentiary activities, performed in an informal setting, without strict application of the legal rules).³²

It is up for the judge at the first hearing to decide on how to let the case proceed. There are no fixed guidelines nor clear-cut standards for the judge's decision. Ideally, in order to be "simple", the evidence gathering phase should be confined to just one hearing (³³), but even a series of hearing is considered to be compatible with this procedural model, as well as the need

²⁸ A. Briguglio, 'Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile', *Giust. civ.*, 2009, II, 260; L. Dittrich, 'Il nuovo procedimento sommario di cognizione', *Riv. dir. proc.*, 2009, 1582.

²⁹ *Trib. Modena* 18 January 2010, *ord.*; L. Dittrich, *op. cit.*, 1585.

³⁰ *Trib. Modena* 18 January 2010, *ord.*

³¹ F. P. Luiso, 'Il procedimento sommario di cognizione' <www.judicium.it>, 1; S. Menchini, 'L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione', *Corriere giuridico*, 2009, 1026; *Trib. Modena* 18 January 2010, *ord.*; M. Bove, 'Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c. p. c.', <www.judicium.it>, 1; L. Dittrich, *op. cit.*, 1586.

³² F. P. Luiso, *op. cit.*

³³ R. Giordano, 'Il procedimento sommario di cognizione', *Giur. mer.*, 2009; *Trib. Taranto* 2 March 2010, *ord.*, <www.ilcaso.it>.



to gather oral or expert evidence (³⁴). When complex and articulated evidence gathering must take place, however, the case should be moved to the ordinary track.

In these summary proceedings the court enjoys wide discretionary powers and the rules on the gathering of evidence may be applied in rather flexible ways. In order to try and provide some operative guidelines, some *Tribunali* have even released Protocols to govern for their own local practices.

As a matter of fact, at the first hearing, the judge decides the track the proceedings will take: as it was pointed out earlier, if the judge comes to the conclusion that no evidence needs been gathered or that a fast and informal evidence gathering place may be enough to ascertain the relevant facts, then the case will go on as summary proceedings. Otherwise, the ordinary track will be taken and the judge will fix a hearing to perform the activities listed in Art. 183 c.p.c. Once such course of action is taken, it is not possible to bring the case back on the summary track.³⁵ The relevant decision, moreover, may not be appealed against. In other words, the judge enjoys an uncontrolled discretion in deciding which track to follow. Rather often, summary cases are moved to the ordinary track simply because the judges' backlog is so congested that they are not in the position to devote to summary proceedings the immediate attention they deserve.

When the case proceeds on the summary track, any relevant and admissible evidence is collected irrespective of formalities, under the judge's direction. The notion of informal evidence gathering must not be taken to mean that the burden of the proof is superseded or that a lower evidentiary standard needs be reached in order to allow the claim on the alleged facts. Rather, the judge will be in the position not to strictly follow the rules of the code concerning the way evidence is gathered in the course of the proceedings. For example, some

³⁴ G. F. Ricci, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69* (Turin, Giappichelli, 2009), p. 110; *Trib. Taranto* 2 March 2010, *ord.*, <www.ilcaso.it>; *Trib. Brescia* 10 february 2010, *ord.*, <www.ilcaso.it>.

³⁵ S. Menchini, *op. cit.*, 1030.



commentators believe that, in this context, witnesses may be heard with no need to previously set out the questions they will be asked.³⁶

In this procedural model, concentration and orality govern the operations of both the parties and the judge. This means that as soon as the evidence is collected, the judge may require the parties to orally discuss the case.

When oral arguments have been heard, the decision is taken in the forms of an *ordinanza*, at the end of the very same hearing. In practice, however, the judge may also give the parties the possibility to file written briefs, and reserve to release his decision outside of the hearing.³⁷

The *ordinanza* which is granted at the end of summary proceedings at first instance is in reality the functional equivalent of a full judgment. As a matter of fact, it may be appealed against like it was a judgment, before the Court of Appeal. If not timely appealed, the *ordinanza* becomes *res judicata* and enjoys the same authority granted by Art. 2909 c.c. to judgments.

8. Mediation and conciliation

Twenty years of procedural reforms have apparently failed to make Italian civil justice more efficient and faster. The new remedies and provisions instituted in 2009 may have some beneficial effects in the medium term, but they appear unlikely to cure the structural crisis of the Italian machinery of justice.

As some sort of last resort, in 2010, the lawmaker looked at ADR as a tool to try and reduce the court's caseload.

As a matter of fact, Italy was under the duty to implement in national legislation the principles set forth by the European Directive no. 52 of 21 May 2008, on certain aspects of

³⁶ G. F. Ricci, *op. cit.*, p. 110; L. Dittrich, *op. cit.*, 1595; *Trib. Varese* 18 November 2009, *ord.*

³⁷ L. Dittrich, *op. cit.*, 1596.



mediation in civil and commercial matters. Art. 60 of Law no. 69 of 2009, therefore, granted the Government the power to issue a *decreto legislativo* on mediation, following certain guidelines (which were themselves based on the standards set by the Directive). On 4 March 2010, *DLGS* No. 28 was thus enacted (³⁸), introducing for the first time in Italy a general discipline on mediation.

The main flaw of this important reform is that it seems to consider mediation more as a tool to reduce the courts' caseload than as the expression of a new cultural approach to litigation. In particular, it appears rather suspicious of the role of lawyers and Italian lawyers, in turn, have expressed very hard opinions on the new *decreto legislativo*, especially in so much as it makes a preliminary attempt at mediation as a mandatory precondition for certain types of disputes.

In this new piece of legislation, "mediation" is intended as the activity of a third and impartial person (the mediator), aimed both at assisting two or more parties in searching an amicable agreement to solve a dispute between them and at making a proposal to solve such dispute. As for the mediator, the law specifies that he has no power at all to adjudicate the dispute or render binding decisions for the parties. In other words, in the provisions of *DLGS* no. 28, two different models of mediation are mixed: on the one hand, the so-called facilitative

³⁸ See R. Caponi, 'Italian civil justice reform 2009', *ZZPint*, 2009; D. Noviello, 'Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010', <www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it>; Amerio, Appiano, Boggio, Comba, Saffirio, *La mediazione nelle liti civile e commerciali. Metodo e regole* (Milan, Giuffrè, 2011); Armone, Porreca, 'La mediazione tra processo e conflitto', *Foro it.*, 2010, V, 95; M. Bove, 'La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo', <www.judicium.it>; A. Carratta, 'La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali"', in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (eds.), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde* (Naples, Jovene, 2010), p. 141; S. Chiarloni, 'Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione delle delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009', <www.ilcaso.it>; F. Cuomo Ulloa, 'Novità in materia di conciliazione e mediazione', *Contr.*, 2009, 640; D. Dalfino, 'Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo', *Foro it.*, 2010, V, 101; F. P. Luiso, 'La delega in materia di mediazione e conciliazione', *Riv. dir. proc.*, 2009, 1257; C. Punzi, 'Mediazione e conciliazione', *Riv. dir. proc.*, 2009, 845; G. Raiti, 'La delega in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali ex art. 60 Legge n. 69 del 2009', in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde, cit.*, p. 657; G. F. Ricci, *Il procedimento di mediazione di cui al D.LGS. 4 marzo 2010, n. 28* (Turin, Giappichelli, 2010); R. Tiscini, 'Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto', *Giust. civ.*, 2010, II, 489; R. Tiscini, 'Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali', <www.judicium.it>; E. Zucconi Galli Fonseca, 'La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura', *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 653.



mediation (where the mediator only helps the parties in reaching an agreement on their own terms), and, on the other, the so-called adjudicative mediation (where the mediator, if the parties fail to reach an agreement of their own, finally presents them with a proposal to solve their dispute, which the parties are then free to accept or refuse within 7 days, even though their refusal to do so might have some negative consequences on the costs of future litigation). As a general rule, such proposal may not refer to any declaration made by the parties nor to any information acquired in the course of mediation (Art. 11).

On the other hand, “conciliation” is defined as the positive result of mediation, i.e. the agreement which eventually settles the dispute between the parties. In other words, following the guidelines of the EU Directive, mediation and conciliation are considered not as two different types of ADR., but rather as, respectively, the proceedings which the parties go through in order to solve their dispute, and the result of such proceedings.

DLGS no. 28 of 2010 refers to four different “models” of mediation:

- voluntary mediation: here, the parties mutually agree (without being obliged to do so) to try and mediate a dispute between them, before going to Court;

- court-proposed mediation: Art. 5 (2) empowers the judge, in any stage of the proceedings (and even at the appeal level) to propose to the parties to try to mediate the dispute; if the parties agree to do so, the case is postponed and the parties are remanded before a mediator;

- contractual mandatory mediation: here the parties are bound by a contractual clause to try and mediate the dispute before going to court;

- finally, and most controversially, mandatory mediation: Art. 5(1); as a matter of fact, from 21 March 2011, the lawmaker has made it mandatory to preliminary try and mediate several types of disputes, before enabling the plaintiff to bring a case before the court. In particular, this mandatory attempt is required in disputes concerning rights *in rem*, division of common properties, wills and successions, family agreements (*patti di famiglia*), lease contracts, free-loan contracts, medical liability, libel, insurance, banking and financial contracts.



From March 2012, pre-trial mediation should become mandatory also in relation to condominium disputes and to claims for damages deriving from road or maritime collisions.

In other words, the lawmaker has introduced a restriction to the right of access to justice. This mandatory attempt to mediate, however, is not unconstitutional as concerns the delay it causes to the start of the action in court, since mediation proceedings may not last longer than 4 months and such time-limit is likely to be considered by the Constitutional Court as not excessive. The real problems lies with the costs of this preliminary mediation, which may be rather high when the value of the case is not small and when the parties to the dispute are many. It is submitted that the Constitutional Court might find this “economic factor” in violation of some Constitutional fundamental rights, such as the right of access to justice and the principle of equality.³⁹

The basic idea behind mandatory mediation is that a plaintiff, before being entitled to serve his originating claim, should file an application with one of the mediation institutions approved by the Ministry of Justice, to try and mediate the case. If such preliminary mandatory mediation is not duly attempted, at the first hearing, either upon the defendant’s objection or even *ex officio*, the judge will remand the parties to mediation, fixing the following hearing after a delay of 4 months. It is not clear, however, how should the judge react upon being informed, at that second hearing, that none of the parties has filed an application for mediation in the time given for that purpose. While some commentators argue that the judge should just let the proceedings move forward, there are reasons to believe that the law imposes a stricter solution, i.e. the discontinuance of the proceedings.

The mediation institution, upon receiving the plaintiff’s application, will appoint a mediator and invite the other parties to take part in the mediation proceedings. If this is case, the mediator will try to help the parties reach an agreement and conciliate their dispute. When this attempt is successful, the parties agreement will be made enforceable by the competent

³⁹ See N. Trocker, ‘Civil procedure as a part of the Constitutional project: the fundamental guarantees of the parties’, in M. De Cristofaro, N. Trocker (eds.), *Civil justic in Italy* (Tokyo, Jigakusha, 2010), p. 57.



Tribunale. If the attempt fails (or if four months pass without the parties reaching an agreement), mediation ends and the parties are free to bring their dispute before the courts.

Art. 11(1) of *DLGS* 28 of 2010, however, enables the mediator, even on his own initiative (if the institutions regulations so allow), to formulate a mediation proposal to the parties: in other words, it is up to the mediator to propose a solution to the dispute. The parties are of course free to accept that proposal or not. However, if the case goes on before the judge, the fact that the winning party refused a mediator's proposal which was substantially confirmed by the final judgment will have an influence on the costs of the proceedings.

The lawmaker clearly considered that making it mandatory to at least try to mediate a dispute before starting litigation should reduce the courts' workload. The experience with previous similar systems in more limited contexts (e.g.: labor proceedings), however, is not very promising. In order to achieve the aimed goal, the lawmaker has tried to lead even reluctant litigants to participate in such attempt: as a matter of fact, Art. 8(5) of *DLGS* No. 28 expressly states that, if a party refuses to take part in the mediation proceedings without "good reason", the judge will evaluate such behavior as an evidentiary argument in the course of the subsequent judicial litigation. It is still too early to say whether the courts will adopt stricter or laxer standards, as concerns the notion of "good reason" in this context.

Not every kind of dispute may be mediated. Following the guidelines of the EU Directive, Art. 2 of *DLGS* No. 2 specifies that only disputes in civil and commercial matters concerning rights of which the parties may freely dispose of (*diritti disponibili*) may be subject to mediation.

Interestingly, the Italian implementation of the Directive does not limit mediation to transnational disputes, but extends this form of ADR also to purely domestic cases.

DLGS no. 28 of 2010 does not regulate mediation proceedings in every detail. On the contrary, it specifies - Art. 3(1) – that the proceedings are governed by the regulation of the institution chosen by the plaintiff. Such regulation however must satisfy certain minimum standards, namely confidentiality of the proceedings (see also Art. 9) and impartiality of the



mediator, who should also be adequate in granting fair and speedy progress of the mediation sessions. Art. 3(3) also specifies that the acts of the mediation proceedings should not be subject to formal requirements. In other words, a deformed procedure is provided, mostly based on orality and with minimum exchange of written materials.

Some procedural guidelines, however, are fixed by statute.

First of all, Art. 4 makes clear that, in order to start the mediation, the interested party has to file an application in an institution of his choice. No rules concerning venue are given, and the applicant enjoys complete freedom of selection. Upon receiving the application, the institution appoints a mediator and sets the first hearing with the parties within 15 days of the moment the application was filed.

Upon being appointed, a mediator is required to sign a declaration of impartiality; he should also make a disclosure about facts or circumstances that could make him biased. The law forbids him from receiving any compensation directly from the parties (Art. 14).

The institution sends a copy of the application and communicates the date set for the meeting to the other parties (Art. 8). The actual progress of mediation is then left to the regulations approved by the institutions. The law just states that the mediator should make an effort in order to lead the parties to amicably settling their dispute. If the case may be, the mediator may also be assisted by “experts”.

If the case is settled, a written report is written and duly signed by the parties and the mediator (Art. 11). It will be made enforceable by the *Tribunale*, upon the party’s application for *exequatur*, unless it is deemed to be in violation of public policy or mandatory provisions.

If, on the other hand, the parties do not reach an agreement, each of them has the prerogative to bring the case before the competent court. In the course of the proceedings, however, the judge may take into consideration the fact that the winning party refused a mediator’s proposal which was substantially confirmed by the judgment, at the time of issue his final decisions on costs. The judge may also consider the fact that a party refused to take part in the mediation in order to reinforce his opinion on the merits of the case.



Apart from this, however, there is an absolute prohibition for the parties to reveal anything that was said or done in the course of mediation, unless all the parties agree to release to the judge these pieces of information. The mediator has a confidentiality obligation and has a privilege against being heard as a witness in the course of the proceedings (Arts. 9 and 10).

9. Class actions

Finally, in this survey of the most recent procedural reforms in Italy, mention must be made of the introduction of class-actions in the Italian legal system.

Some forms of proceedings for the protection of collective or superindividual interests have existed in Italy for a few years, with rather limited scope of applications and without a clear reform project ⁴⁰ (e.g., in labor law, concerning the repression of anti-union conducts, actions for environmental protection and measures against the use of vexatious clauses in consumer contracts under Art. 140 of the Consumer Code).

In recent years, however, the need was felt to introduce a new general collective remedy to safeguard situations where individual action could not be effective or where there are several subject potentially involved in a juridical relationship. The c.p.c. regulates proceedings where more than two parties are involved or where third parties join or are joined in. Such ordinary rules however may not handle in an effective way proceedings where tens, if not hundreds or thousands of parties are involved.

After long scientific discussions and political debate, a brand new “action for collective redress” was introduced by Law No. 244 of 24 December 2007 in Art. 140*bis* of the Consumer

⁴⁰ M. Taruffo, ‘La tutela collettiva nell’ordinamento italiano: lineamenti generali’, Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 103 ff.



Code.⁴¹ This original remedy basically gave Associations and Committees, included in a special registry held by the Government, standing to bring collective proceedings for the protection of consumers' rights. The original version of Art. 140*bis* was supposed to enter into force a few months after the approval of Law No. 244. However, mounting political and economic opposition to the new remedy led to an initial postponement of its entry into force. As a matter of fact, big firms, banks and insurance companies were particularly worried about the consequences that this collective redress could have on their business. In the end, the original version of Art. 140*bis* never entered into force. Under a new Government, a completely new version of Art. 140*bis* was drafted and introduced in the Consumer Code by law No. 99 of 23 July 2009.⁴²

The new provision finally entered into force on 1st January 2010: the remedy provided for therein is no longer an action for collective redress, governed by Associations and Committees, but a class action in the proper sense, which may be promoted by individual consumers. The new remedy aims at protecting homogeneous individual rights of consumers and users, as an alternative and non-mandatory procedural device which may be used by individual members of the class, even through associations or committees he may be part of, in order to ascertain liabilities and obtain a judicial award for damages suffered and restitutions. In other words, in the Italian class action, only individual rights having a homogeneous nature for all the members of a class of consumers or users may be protected, leaving collective or superindividual interests outside of the scope of application of Art. 140*bis*. Moreover, it is believed that the new provision does not create new rights but only provides a new remedy to protect existing rights and claims.

⁴¹ See R. Caponi, 'The collective redress action in the Italian legal system', *ZZPInt*, 2009; G. Costantino, 'La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'art. 140-bis del codice del consumo (2008)', in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile (1995-2010)* (Turin, Giappichelli, 2011), p. 729.

⁴² See C. Punzi, 'L'"azione di classe" a tutela dei consumatori e degli utenti', *Riv. dir. proc.*, 2010, 253 ff; G. Costantino, 'La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope', *Foro it.*, 2009, V, 388 ff.; M. Bove, 'La trattazione nel processo di classe', <www.judicium.it>; G. Costantino, 'L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità', in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile (1995-2010)* (Turin, Giappichelli, 2011), p. 743; S. Menchini, 'I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo', <www.judicium.it>, S. Menchini, A. Motto, *Art. 140 bis*, <www.judicium.it>.



More specifically, Art. 140*bis* applies to:

- contractual rights of a plurality of consumers and users who find themselves in an identical situation *vis à vis* the same enterprise, including rights deriving from mass contracts and contracts based on forms drafted by one of the parties only;
- identical rights vested on final consumers of a specified product, *vis à vis* the same producer, even when no direct contractual relation exists;
- identical rights to restore damages deriving to the same consumers and users from unfair business practices and anti-competition behaviors.

In order for a class action to start, an individual consumer, eventually supported by an Association or a committee, needs to file an application to the competent *Tribunale* to have such action certified and opened to other members of the class.

Only the proposing plaintiff becomes a party of the proceedings in the proper sense of the terms. Individual members of the class who join after the action is certified are not considered parties and do not enjoy procedural powers, nor may they appeal the final decision: however, once they have joined in, they are bound by the outcome of the proceedings.

The *Tribunale* always tries and decides a class-action with a panel of three judges.

The claim is proposed with a *citazione*, which must be served not only on the defendant enterprise but also on the public prosecutor (*pubblico ministero*), who may take part in the preliminary phase of the proceedings, until the court decides whether to certify the class action or not.

As a matter of fact, the proceedings are divided in two stages. At the first hearing, the court is called upon to decide on the issue of certification. If an affirmative decision is taken, the case goes on as a certified class action. Otherwise, the claim is dismissed. In other words, at the certification stage, the court verifies the “seriousness” of the grounds on which the plaintiff



wishes to propose his class action⁴³ as well as well as the adequacy of the plaintiff as a representative of the class.

Para. 6 of Art. 140*bis* sets the factors which the court is requested to check at this stage:

- whether the claim is manifestly ungrounded,
- whether there is a conflict of interests between the plaintiff and the class,
- whether the individual rights are not homogeneous,
- whether the plaintiff is not in the position to adequately protect the interest of the class.

Of course, the court must also check whether the claim is brought effectively by a consumer or a user. The notion of consumer is given by Art. 3, letter c) of the Consumer Code as the person who acts for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession. On the other hand, according to the same provision, a producer is the physical or legal person who acts for a purpose within her trade, commerce, art or profession or an intermediary of such person.

At the end of the preliminary hearing, the court decides whether the claim may be certified as a class action. If the claim is dismissed, the court awards costs against the losing plaintiff and may even order its decision to be properly advertised. If, on the other hand, certification is granted, the court establishes the terms and conditions to advertise its decision, in order to put the members of the class in the condition to join timely. Moreover, the court's order will define the nature of the individual rights which will be adjudicated upon in the class action, setting the standards which will be used to determine whether joining members will be accepted or not in the action. A deadline (within 180 days of the time the decision is advertised to the public) is also fixed for class members to join in.

In order to join, members of the class do not need to instruct lawyers and they may also delegate the plaintiff to file their applications.

⁴³ See A. Giussani, 'La prima "uscita" della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi penalizzanti', Guida dir., 2010, No. 27, 16: *App.* Turin 27 October 2010, *ord.*, Guida dir., 2010, No. 47, 60.



The Italian class action is based on an opt-in system. By joining the class action, members waive their right to bring individual claims for the case cause of action. Only joining members will be bound by the decision, while subjects vested with the same rights will be in the position to promote individual claims even if the class action is finally rejected. However, after the time-limit for joining the first class-action has expired, no further class-actions may be proposed concerning the same factual situation *vis à vis* the same producer. Any subsequent class action, as a matter of fact, will be merged with the one previously filed.

Moreover, any waiver or settlement between the parties will bind only joining class member who expressly gave their consent to them. In other words, agreements in the course of the proceedings require another opt-in from the members of the class.

In the order which certifies the class action, the *Tribunale* also plans the course of the proceedings, taking into consideration the adversary principle and a fair, efficient and expeditious administration of the action. In particular, the schedule of the evidence gathering phase is set and any other procedural issue is ruled upon, without any unnecessary formalities.

If the claim is finally allowed, the *Tribunale*, in its judgment, either directly awards the sums which are due to the members of the class or sets an homogenous standard for awarding such sums.

The judgment may be appealed against and the producer may apply for a stay of the enforceability of the decision. In deciding whether to grant such a stay, the Court of Appeal has to consider the global amount awarded against the producer, the number of claimants and the hardship in recovering the sum paid, should the appeal be allowed.

So far, only very few claims have been brought to have a class action certified⁴⁴: to the knowledge of this writer, only one of such claims has so far been allowed, by the *Tribunale* of Milan, in relation to an anti-flu vaccine⁴⁵.

⁴⁴ See *Trib.* Turin 27 May 2010, *ord.*

⁴⁵ *Trib.* Milan 20 December 2010, *ord.*



10. Conclusions

The Italian system of civil justice is in a state of permanent modification and reform.

The dust raised by law no. 69 of 2009 has not yet settled and already new projects of reform are being discussed in Parliament.

At the time of writing, a draft law is being worked on to try and reduce the enormous backlog at the ordinary appeal level and a proposal of *decreto legislativo* to reduce the number of procedural models existing today is currently being examined by the Government.

In the next few months, moreover, a crucial decision is expected from the Constitutional Court concerning the compatibility of mandatory mediation with the procedural fundamental rights set by the Constitution.

Italian academics and practitioners surely never get bored when dealing with civil procedural issues. However, one often feels a sense of futility looking at these uncoordinated, unsystematic and sometimes ill-fated efforts of the lawmaker. The main frustration comes from noticing that the most promising new remedies (like the *procedimento sommario di cognizione*) remain basically unused because of structural faults in the adjudication system and sometimes lack of will in individual adjudicators.

Nonetheless, one should always be optimistic: some of the new features described above might, if properly applied, produce a positive impact on the development of civil proceedings, creating a more cooperative relationship between the parties and the judge and reducing vexatious or futile litigation. Mediation could also play its part but some major changes in the actual system are required, especially as concerns mandatory mediation.

The future is not bright, but not pitch dark either.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Lois modèles et Traditions nationales - Leyes modelos y tradiciones nacionales

(Model Laws and National Traditions)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the University of La Plata, Argentina.

Honorary President of the Iberoamerican Institute of Procedural Law

Frédérique Ferrand

Professor at the University Jean Moulin, Lyon 3.

Honorary professorin at the University of Augsburg, Germany.

Member of the *Institut Universitaire de France*

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

Keywords: Model Laws. Civil Procedure.

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



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

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

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

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

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

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



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



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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Première Partie

Les termes du débat

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

I. Traditions nationales -

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



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

1.1. La notion de « tradition ».

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

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

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

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

¹⁰ Dictionnaire Larousse.

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



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

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

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

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

¹⁴ *Encyclopedia Universalis*, v° Tradition.

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

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Supra* n°8.

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



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

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

²¹ LENCLUD G., préc.

²² POUILLON J., préc., p. 160.

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

²⁴ LENCLUD G., préc.

²⁵ Préc.

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

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*



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

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

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

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

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

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



1.2. Des traditions *nationales*

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

11. Les « lois modèles »

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

2.1. Le concept étroit.

2.1.1. La définition de la loi modèle au sens strict

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

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

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



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

2.1.2. Des auteurs de lois modèles au sens strict

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

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

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

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



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

Forte de cette mission, la CNUDCI élabore

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

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

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

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

⁵³ *Ibid.*

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

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



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

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

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

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

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

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

⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

⁶⁸ *Ibid.*

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

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



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

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

2.1.2.3. L'Institut Iberoaméricain de Droit Processuel

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



2.1.2.4. Des lois modèles sur le continent africain

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

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

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

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

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



2.2. Une acception large retenue par le rapport général.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



Deuxième partie

Les traditions nationales confrontées aux lois modèles :

Quelles interactions ?

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

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

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



1.1. La force des traditions nationales

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

1.1.1. En Europe

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

1.1.1.1. Les modèles traditionnels

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

a) Les grandes étapes historiques

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

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

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

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

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



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

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

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

¹⁰³ Ce code entra en vigueur en 1898.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

b) Maintien de spécificités nationales

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

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

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

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

¹²⁵ *Infra* n°124 et s.



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

¹³⁹ *Supra* n°40.



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

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

¹⁴⁰ *Supra* n°43.

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



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

1.1.1.2. Les évolutions

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

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

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

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

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

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

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

(b) *saving expense;*

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 253.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 255.

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

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 262 et s.



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

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

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

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

¹⁵² V. *supra* n°52.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 36 et s.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 38 et s.

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



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

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

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

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

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

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

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 45.

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



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

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

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

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

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

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



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

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

¹⁹⁶ NJW 2005. 657.

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

1.1.2. En Amérique latine

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

²⁰⁵ *Due Iceberg a confronto: le derive del commom law e civil law*, Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ., Guiffré, Milano, 2009; reproducida en RePro, São Paulo, 2010, N° 181, pp. 167 y ss., *Icebergs do common law e civil law?...*, trad. H. Zaneti Jr., versión que hemos seguido.

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



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

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



1.1.2.1. Tradiciones jurídicas en la legislación procesal iberoamericana.

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

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



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

1.1.2.1.2. Evolución histórica.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

²¹⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

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

²¹² MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²¹³ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²¹⁴ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..



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

1.1.2.1.3. Características típicas de los ordenamientos procesales iberoamericanos.

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

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

1°. Principio dispositivo atenuado.

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

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

²¹⁵ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



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

2°. Principio de contradicción.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

²²² LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

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

²²⁴ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

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



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

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

4°. Publicidad.

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

²²⁶ OTEIZA E., ob. cit..

²²⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

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

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

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

²³¹ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

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



5°. *Administración de la prueba.*

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

6°. *Sistema de las impugnaciones.*

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

a) *Recursos ordinarios.*

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

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



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

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

²³⁴ Así el CPCN Arg., arts. 243, 246.

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

²³⁶ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²³⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



b) Recursos extraordinarios y régimen de la casación.

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

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

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

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

²³⁹ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

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



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

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

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

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

²⁴² PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



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

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

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

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

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



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

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

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

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

²⁴⁷ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²⁴⁸ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..



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

7° El sistema de garantías.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

²⁵⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

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

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



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

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

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

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

²⁵⁸ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

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

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

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

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

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



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

1.1.2.2. Tradiciones nacionales específicas.

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

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

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

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



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

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

1. *Tradición de la escritura.*

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

3. *El control difuso de constitucionalidad.*

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

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

84. Véase *supra* n°78.

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

85. Véase *supra* n°79.

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

²⁷⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



1.1.2.3. Reformas estructurales más recientes.

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

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

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

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

²⁷⁸ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

²⁷⁹ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..



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

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

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

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

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

²⁸⁰ MONROY GALVEZ J., CAIRO O..

²⁸¹ MONROY GALVEZ J..

²⁸² CAIRO O..



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

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

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

²⁸³ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁸⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁸⁵ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

²⁸⁶ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..



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

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

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

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

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

²⁸⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

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



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

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

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

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

²⁹⁰ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..



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

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

²⁹¹ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y..

²⁹² OTEIZA E..

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



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

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

²⁹⁴ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

³⁰⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

³⁰¹ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

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



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

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

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

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

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

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

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

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



costarricense y argentino, etc³⁰⁵.

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

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

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

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

³⁰⁶ *Infra* § 123.

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

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

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

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



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

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

³¹¹ *Ibid.*, p. 743.

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

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

³¹⁴ *V. supra* note 64.

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

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



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

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

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

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

³¹⁹ WALKER J., *ibid.*, p. 803.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*, p. 813.



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

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

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

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

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

³²³ *Ibid.*, p. 820.

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

³²⁵ *Ibid.*, p. 825.

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

³⁴¹ COM (2002) 746 final.



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

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

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

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



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

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

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*, n°34.

³⁴⁷ V. titre 2.1.1. du livre vert.



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

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

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

³⁴⁸ V. livre vert, n°2.

³⁴⁹ *Ibid.*

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



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

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

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

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

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

³⁵³ Considérant n°10 du règlement.

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



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

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

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

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

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



II. Influence des lois modèles sur la procédure civile nationale

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

³⁶⁷ *Ibid.*, n°66.



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

³⁷⁹ *Ibid.*

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

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



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

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

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

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

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

³⁸³ *Ibid.*

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

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

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



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

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

³⁸⁸ *Ibid.*, n°8.

³⁸⁹ *Ibid.*, n°15.



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

³⁹⁵ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

³⁹⁶ MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y.



1.2.1. Des réalisations partielles

1.2.1.1. Le modèle universel

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

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

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

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

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

⁴⁰⁰ *Ibid.*

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

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



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

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

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

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

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 985.



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

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

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

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

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

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

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

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



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

1.2.1.2. Des modèles régionaux : l'Amérique Latine

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

⁴¹⁷ PÉREZ RAGONE A., NÚÑEZ OJEDA R..

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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

⁴²³ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S..

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

⁴⁵⁵ CSN Arg., 20-6-06, cit..

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

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



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

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

⁴⁵⁸ CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

⁴⁵⁹ CSN Arg., 3-5-05, 26-6-06, cit..

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

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

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



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

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

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

⁴⁶⁴ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K..

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

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



1.2.1.3. Des modèles régionaux : l'Europe

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

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

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

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

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

⁴⁶⁹ *Infra* n°133 et s.



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

1.2.2. La prospective

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

⁴⁷⁹ Initialement, l'adoption des instruments communautaires répondait surtout « *au besoin de fluidité du marché* », v. NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in : BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, p. 180.

⁴⁸⁰ V. NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », préc., p. 179. L'auteur précise que « *l'espace judiciaire communautaire n'est pas un ordre juridique interne élargi* » et que le phénomène de la frontière « *ne peut pas être gommé totalement, même s'il doit être pris en compte différemment* ».

⁴⁸¹ V. art. 3 du règlement n°1896/2006 du 12 décembre 2006 relatif au champ d'application de la procédure européenne d'injonction de payer : en matière civile et commerciale, dans les litiges transfrontaliers, dont la définition est donnée dans l'art. 3 du règlement.

⁴⁸² V. art. 2 et 3 du règlement.



effectif au tribunal suppose la clarté des voies de droit) ; *ensuite*, le principe d'égalité entre justiciables pourrait conduire à penser que, dans les États membres ayant opté pour un modèle d'injonction de payer avec preuve par exemple, une discrimination est faite à l'encontre du créancier dans le litige interne par rapport à celui qui est engagée dans un différend transfrontalier. Certes, ces arguments ne sont pas décisifs ; la « *discrimination* » pourrait être expliquée par la plus grande difficulté à recouvrer sa créance dans un litige transfrontière, ce qui justifierait les faveurs accrues faites au créancier dans la procédure européenne spécifique. Néanmoins, il est net que les différentes strates de législation, la complexification des sources du droit et leur multiplication, peuvent avoir pour conséquence la recherche d'un modèle unitaire pour le même type de procédure (injonction de payer, petits litiges...). Les États membres ne semblent pas encore être allés dans cette voie de modification de leurs procédures internes pour « *reproduire* » les deux procédures européennes spécifiques instaurées en 2006 et 2007. Il n'est toutefois pas exclu que cela se produise⁴⁸³. Cet effet de modélisation de la procédure civile interne par des textes européens ne s'appliquant pas aux litiges internes émerge à propos des directives adoptées dans le cadre de la coopération judiciaire civile.

134. L'effet de modélisation des directives européennes au-delà de leur champ d'application –

La directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de *règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire*⁴⁸⁴ présente, elle, un intérêt surtout pour les litiges transfrontaliers⁴⁸⁵ dans la mesure où les États membres connaissaient déjà, pour la plupart, un mécanisme similaire pour les litiges internes (aide juridique et juridictionnelle en France, *Prozesskostenhilfe* en Allemagne etc.). D'ailleurs, le titre même de la directive laisse apparaître qu'elle n'établit que des règles *minimales* communes, si bien qu'elle « *ne*

⁴⁸³ Dans le même sens, B. HEß, « Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 207, qui relève un rapprochement entre les procédures nationales des États membres en raison des exigences de plus en plus fortes du droit de l'Union européenne, ce qui selon lui n'est pas un inconvénient „*sofern der Verlust lieb geworderner, nationaler Tradition durch eine Effektivierung und Modernisierung des Prozessrechts aufgewogen wird*“.

⁴⁸⁴ JOUE L 026 du 31 janvier 2003, p. 41. Un livre vert sur l'assistance judiciaire en matière civile avait été rédigé en 2000 par la Commission afin d'exposer les difficultés rencontrées par les plaideurs transfrontaliers et de suggérer des solutions.

⁴⁸⁵ Elle envisage d'ailleurs également la couverture de frais propres à ce type de litiges (interprétation, traduction, frais de déplacement...). V. considérant n°18 de la directive : « *la complexité et les différences des systèmes judiciaires des États membres, ainsi que les coûts inhérents au caractère transfrontalier des litiges, ne devraient pas entraver l'accès à la justice. Il convient donc que l'aide judiciaire couvre les coûts directement liés au caractère transfrontalier d'un litige* ».



fait pas obstacle à ce que les États membres prévoient des dispositions plus favorables pour les personnes candidates à l'aide judiciaire et les bénéficiaires de cette aide » (directive, art. 19). La directive de 2003 ne présente que deux points qui peuvent paraître « *en avance* » par rapport au droit de certains États membres : il s'agit, 1° dans son article 3, de la reconnaissance d'une aide judiciaire garantissant non seulement une assistance juridique et une représentation en justice, mais également « *des conseils précontentieux en vue d'arriver à un règlement avant d'intenter une procédure judiciaire* » ; 2° de l'extension du bénéfice de l'aide judiciaires aux procédures *extrajudiciaires*, lorsque la loi fait obligation aux parties de recourir à celles-ci ou lorsque les parties au litige y sont renvoyées par le juge (directive, article 10). On peut ainsi imaginer, là encore dans un souci d'égalité, de non discrimination et de lisibilité procédurale, que certains États membres jugeront utiles d'établir des conditions similaires d'octroi de l'aide judiciaire, pour ces deux points notamment, pour les affaires internes et pour les affaires transfrontières.

135. La **directive n°2008/52 du Parlement et du Conseil du 21 mai 2008** a posé un certain nombre de « principes relatifs à la *médiation en matière civile et commerciale* »⁴⁸⁶. Surfant sur la vague favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges, la Commission a proposé ce texte afin de « *faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation*⁴⁸⁷ et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaire »⁴⁸⁸. Il ne s'agit pas (encore ?) d'un modèle précis et détaillé de processus de médiation, mais d'une incitation des législateurs nationaux à la réglementer et à en prévoir le principe ; le principe de l'accès à la justice est fondamental, et les modes alternatifs de règlement des litiges simplifient et améliorent l'accès à la justice⁴⁸⁹. Là encore, la directive

⁴⁸⁶ Directive 2008/52 CE du Parlement et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* L 136 du 24 mai 2008, p. 3.

⁴⁸⁷ La médiation est définie comme « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* » (dir., art. 3, a). Cela inclut le cas où la médiation est menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige ; en revanche, sont exclues les « tentatives faites par le juge pour résoudre un litige au cours de la procédure judiciaire » (dir., art. 3, a *in fine*).

⁴⁸⁸ V. art. 1^{er} de la directive.

⁴⁸⁹ Considérants n° 2 et 3 de la directive. Le considérant n° 14 ajoute que la directive « *ne devrait affecter aucune législation nationale rendant le recours à la médiation obligatoire ou soumis à des incitations ou à des sanctions, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire* ».



ne s'applique qu'en matière de litiges transfrontières⁴⁹⁰. Les points essentiels sont les suivants : les États membres doivent veiller au caractère *exécutoire* de « *l'accord transactionnel* » concluant la médiation ainsi qu'à la *confidentialité* des informations échangées et propos tenus durant le processus de médiation (dir., art. 6.1 et art. 7). La directive ajoute que la médiation ne doit pas empêcher les parties, par la suite, d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage du fait de l'expiration des délais de prescription (dir., art. 8). Ceci revient à inviter les États membres à faire produire à la médiation un effet suspensif sur l'écoulement du délai de prescription.

La directive du 21 mai 2008 doit être transposée par les États membres avant le 21 mai 2011 (dir., art. 12). La France n'a pas encore procédé à cette transposition, mais la plupart des dispositions de droit interne sont déjà en accord avec les principes posés par la directive, notamment au regard de la suspension de la prescription en cas de recours à la médiation, suspension introduite en droit français par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (art. 2238 C. civil). En revanche, d'autres États membres ont « *profité* » de la directive pour réglementer ou envisager de réglementer la médiation tant en droit interne que pour les litiges transfrontières intracommunautaires⁴⁹¹. Ils ont ainsi fait d'une pierre deux coups et les principes (certes généraux) de la directive ont servi ou vont servir de base pour toute médiation. Il en va ainsi en Grèce, où, au moment de la rédaction de son rapport, Ch. Apalagaki annonçait déjà comme très proche l'adoption de la loi grecque de transposition de la directive, loi présentée comme « *the first legal text regulating exclusively the mechanism of mediation as means of settling civil and commercial disputes* ». La Grèce a adopté tout récemment (le 16 décembre 2010) une loi 3398/2010 sur la médiation qui transpose la directive

⁴⁹⁰ il s'agit de tout litige dans lequel une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie à la date à laquelle les parties conviennent de recourir à la médiation après la naissance du litige, ou à la date à laquelle la médiation est ordonnée par une juridiction, ou à la date à laquelle prend naissance une obligation de recourir à la médiation en vertu du droit national, ou encore à la date à laquelle les parties sont invitées à recourir à la médiation aux fins de l'article 5 de la directive (dir., art. 2.1). L'art. 5 prévoit qu'une juridiction saisie d'une affaire peut inviter les parties à recourir à la médiation ou au moins à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation.

⁴⁹¹ Sur le projet espagnol de transposition de la directive, v. AZCÁRRAGA MONZONIS C., « ADRs in Spain : Projected Changes for Arbitration and Mediation », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 166 et s. Le projet de loi prévoit, comme en Italie, certains cas de médiation obligatoire (pour certaines créances pécuniaires). Il permettra l'adoption d'un régime général applicable à de nombreux types de médiation (tout en excluant la médiation en droit pénal, en droit du travail et en droit de la consommation). La nouvelle loi espagnole permettra d'harmoniser le droit de la médiation des différentes communautés autonomes, qui ont adopté depuis les années 2000 des législations très variées. Une certaine unification se fera donc au sein même de l'Espagne grâce à la transposition de la directive européenne, v. en ce sens AZCÁRRAGA MONZONIS C., préc., p. 176.



européenne de 2008 mais s'applique également pour les différends internes et non pas seulement aux litiges transfrontaliers⁴⁹².

De même, l'Italie a transposé la directive par un décret loi n°28 du 4 mars 2010⁴⁹³ qui déclare les règles posées comme applicables non seulement aux litiges transfrontières mais également aux affaires internes et utilise la médiation non seulement comme voie d'accès à la justice (notamment en raison d'un coût plus modeste que celui d'un procès) mais également comme voie de délestage des juridiction étatique surencombrées⁴⁹⁴. Dans un nombre important de cas, le décret loi italien impose une médiation avant de pouvoir saisir le tribunal, qui peut suspendre la procédure si aucune tentative préalable de médiation n'a eu lieu. Si la médiation *obligatoire* a beaucoup de détracteurs (au motif que le processus requiert un consentement des parties à la démarche de médiation, faute de quoi les chances de succès seraient compromises), elle peut aussi, selon certains⁴⁹⁵, répandre la connaissance des plaideurs sur ce type de mode de règlement des différends et favoriser ainsi son usage par des parties souvent ignorantes des outils à leur disposition.

Le gouvernement allemand a lui aussi élaboré un projet de loi de transposition de la directive du 21 mai 2008. Ce projet a été adopté par le *Bundeskabinett* en janvier 2011 et doit désormais être débattu par le parlement. Le texte (*Gesetzentwurf zur „Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“*) sera applicable tant aux conflits transfrontières qu'aux différends internes⁴⁹⁶; il prévoit trois formes de médiation : la médiation extrajudiciaire (*außergerichtliche Mediation*), indépendante de toute procédure judiciaire ; la *gerichtsnahe Mediation* (médiation au cours d'une procédure judiciaire, mais en dehors du tribunal qui ne participe pas au processus) ; *gerichtsinterne Mediation* (médiation conduite par un magistrat qui, en cas d'échec, ne statuera pas sur l'affaire). Contrairement au droit italien, le projet de loi allemand n'envisage la médiation que comme volontaire.

⁴⁹² Information obtenue de Ch. Apalagaki après rédaction de son rapport.

⁴⁹³ V. rapport national de Ch. Besso et CAPONI R., « Italian Civil Justice Reform 2009 », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 143 et s.

⁴⁹⁴ En ce sens CAPONI R., préc., p. 145.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Le projet précise que la loi tend à la transposition de la directive du 21 mai 2008. La ministre allemande de la justice a déclaré à propos du projet de loi : « *"Damit wird die außergerichtliche und gerichtsinterne Streitschlichtung erstmals in Deutschland auf eine gesetzliche Grundlage gestellt - und die Streitkultur wird verbessert"*; les plaideurs seront davantage responsables de la solution de leur différend (*Eigenverantwortung*) et *„Justitia wird immer noch eine Waage in der Hand halten, aber immer immer öfter ohne Schwert auftreten“*.



Ces différents exemples montrent que des textes de droit européen dérivé peuvent servir de modèles et d'incitation aux États membres pour régler certains aspects de leur procédure civile nationale.

Dès lors peut se poser la question des conséquences du phénomène de réception des lois modèles, autrement dit du passage de la loi modèle à une « *modélisation* » du procès civil dans l'avenir.

Troisième Partie

Conséquences sur l'avenir du procès civil : De la loi modèle à la « modélisation » du procès

136. Edgar Morin, sociologue et philosophe français écrivait récemment dans le journal *Le Monde*⁴⁹⁷ que « *le marché a pris la forme et la force aveugle du destin auquel on ne peut qu'obéir* ». La globalisation, qui est associée à une mobilité accrue, rend plus importantes et aiguës, dans le procès civil ou commercial, les exigences d'efficacité, de transparence, de prévisibilité et d'économie du procès⁴⁹⁸. Elle favorise une certaine harmonisation, limitée ou sectorielle⁴⁹⁹. Il est clair aujourd'hui que la procédure civile ne peut plus être considérée comme exclue de toute tentative d'harmonisation au motif qu'elle serait particulièrement attachée à la souveraineté d'un Etat⁵⁰⁰ et à sa culture judiciaire et qu'elle relèverait donc de l'*ordre public* national⁵⁰¹. Cette ancienne façon de voir tend nettement à reculer, notamment dans le cadre de l'Europe ou des pays ibéro-américains (c'est-à-dire dans des espaces régionaux plus ou moins intégrés). Des textes internationaux tendent à harmoniser certaines questions de procédure ; il n'en reste pas moins que les singularités des lois procédurales nationales résistent encore aujourd'hui et que l'idée d'un modèle unique de Code de procédure relève encore de l'utopie.

⁴⁹⁷ *Le Monde* du 10 janvier 2011, p. 14.

⁴⁹⁸ V. STORME M., *Procedural Law and the Reform of Justice : from Regional to Universal Harmonisation*, préc., p. 768.

⁴⁹⁹ V. M. Deguchi et M. Storme, *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Maklu éd., Anvers/Apeldoorn, 2008.

⁵⁰⁰ Comp. M. Storme, *Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonisation*, *Rev. dr. uniforme* 2001, n°4, p. 765. L'administration de la justice était alors considérée comme une expression de l'autorité politique et ses institutions se voyaient conférer une fonction d'État, v. J. Sánchez-Cordero Dávila, *Preface*, in *ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, p. xxxiii.

⁵⁰¹ V. K.D. Kerameus, *Some Reflections on Procedural Harmonisation ; Reasons and Scope*, *Rev. droit uniforme*, 2003, n°1/2, p. 448.



137. Notre époque connaît une crise de la complexité qui impose de relier les différents champs de connaissance ; une multiplication et une imbrication des sources du droit est visible⁵⁰², qui conduit aujourd'hui moins à l'application d'un rapport de hiérarchie entre des sources qu'à un dialogue⁵⁰³ entre elles, à un « *rapport de mise en œuvre* »⁵⁰⁴. Dès lors, l'usage de modèles universels ou régionaux peut éviter une « *complexification de la complexité* » et apparaître comme facteur de simplification et de lisibilité des procédures. Il ne s'agit pas de modéliser pour l'amour de l'uniformité. Dans ses mémoires⁵⁰⁵, l'ancien président de la Commission européenne Jacques Delors énonçait ainsi, sans grande illusion, « *il me semble qu'à vingt sept, à trente ou trente deux pays européens, nous pouvons avoir trois ambitions communes: un espace de paix active, un cadre pour le développement durable et une manière particulière de gérer-valoriser notre diversité culturelle* ». Déjà Jean Monnet, instigateur du Traité de Rome, voyait à l'époque de sa création en la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) « *la grande révolution européenne de notre époque, la révolution qui vise à remplacer les rivalités nationales par une union de peuples dans la liberté et la diversité* ». Une certaine et relative modélisation tend à rendre un système national plus efficient, plus lisible et à lui permettre une meilleure intégration dans le mouvement de « *concurrence* »⁵⁰⁶ sur les marchés. L'étude du succès de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)⁵⁰⁷ a bien montré ce que les États qui ont adopté ce modèle s'en promettaient : une meilleure visibilité et une plus grande attractivité du pays comme place d'arbitrage international.

⁵⁰² V. RUIZ FABRI H., « Les contaminations disciplinaires », in : DE GAUDUSSON J. et FERRAND F., *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM 2008, pp. 123 et s., qui parle de « *l'interaction parfois désordonnée des différents niveaux normatifs* ». Pour elle, il s'agit de s'adapter à la complexité et à la diversité, qui « *mettent en cause non seulement l'évolution que doivent prendre les systèmes juridiques mais aussi la modélisation qu'en opère la pensée juridique* ».

⁵⁰³ Sur l'expression « *dialogue des sources* », v. JAYME E., « Identité culturelle et intégration – Le droit international privé postmoderne », *Recueil des cours*, tome 251 (1995), Martinus Nijhoff, La Haye, 1996, p. 60. V. aussi l'analyse de LIMA MARQUES Cl., « Procédure civile internationale et MERCOSUR : pour un dialogue des règles universelles et régionales », *Rev. dr. unif.* 2003 -1/2, pp. 465 et s.

⁵⁰⁴ BERGÉ J.-S., « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », in : SUDRE F. et PICHERAL C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruylant-Némésis, coll. Droit et Justice, 2011, qui considère à juste titre que le droit à un procès équitable et le droit de la coopération judiciaire civile et pénale ont chacun une rationalité propre mais sont amenés à une « *coexistence durable et nécessaire* » malgré leurs sources, ressorts institutionnels, méthodes de raisonnement et solutions distincts.

⁵⁰⁵ DELORS J., *Mémoires*. Paris: Plon éd., 2004.

⁵⁰⁶ V. PFERSMANN O., « Exite-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ? », in : DE GAUDUSSON J. et FERRAND F., *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM 2008, pp. 23 et s.

⁵⁰⁷ *Supra* n°115.



Dès lors, une certaine « modélisation » du procès civil peut être constatée, qu'elle soit liée ou pas à l'intégration de lois modèles dans le droit national des États (I). Elle présente toutefois un caractère relatif et il peut être affirmé que les traditions procédurales nationales ont encore de beaux jours devant elles (II).

I. Vers une « modélisation » du procès civil national ?

138. Comme ce rapport général l'a montré, différents facteurs sont à l'œuvre dans la modélisation du procès civil qui semble se profiler. Le *premier facteur* est celui de l'*attraction des droits fondamentaux de procédure*. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme contribue, pour les quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe, à réaliser une certaine harmonisation des procédures civiles en se fondant sur la notion centrale de *procès équitable* contenue dans l'article 6 § 1 CEDH⁵⁰⁸ dont elle a dégagé un triptyque : le droit d'accès effectif au tribunal, le droit à une bonne justice (équité de la procédure, égalité des armes, publicité, indépendance et impartialité des juges...) et enfin le droit à l'exécution des décisions de justice. Même si la Cour européenne des droits de l'homme ne s'immisce pas dans le détail de la réglementation procédurale des Etats contractants, ses exigences fondées sur une interprétation extensive de l'article 6 § 1 CEDH ont parfois contribué à des modifications des législations nationales⁵⁰⁹ qui avaient été considérées comme violant les principes de l'article 6⁵¹⁰. Aujourd'hui, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis force obligatoire avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ; son article 47 contient des garanties très similaires à celles de l'article 6 § 1 CEDH. Le droit de l'Union européenne – et notamment ses

⁵⁰⁸ Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950.

⁵⁰⁹ V. par ex. pour la Finlande LAUKKANEN S., « The Influence of Foreign Laws on the Development of Finnish Law of Procedure », in DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Aperdoorn, Maklu éd., 2008, pp. 213 et s. et not. p. 220.

⁵¹⁰ V. par ex. Cour eur. dr. h., 30 juill. 1998, *Aerts c/ Belgique*, req. n°25357/94 (critères d'attribution de l'aide judiciaire) ; 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, req. n°14448/88 (violation de l'égalité des armes et question de l'audition d'une partie au procès en qualité de témoin) ; 19 déc. 1997, *Helle c/ Finlande*, req. n°20772/92 (motivation des décisions de justice). V. aussi les très nombreux arrêts sanctionnant une violation de l'exigence de durée raisonnable de la procédure. L'apparition d'une exigence d'efficacité et de rapidité de la procédure (= délai raisonnable) a contribué à développer dans de nombreux systèmes juridiques le principe de concentration et le rôle actif du juge comme « *court manager* » (v. STORME M., *Concluding Remarks*, in DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, op. cit., p. 357, selon qui « *the dispute is in the hands of the parties. The litigation is in the hands of the judge* »).



instruments de droit dérivé en matière de coopération judiciaire civile – ont également un effet de modélisation des procédures civiles des États membres⁵¹¹.

Pour l'Union européenne, il convient de souligner l'effet de modélisation du à la fois à l'impact de principes telles que celui de non discrimination, d'équivalence ou d'effectivité⁵¹² et au « rayonnement » des instruments de coopération judiciaire civile, même s'ils portent essentiellement sur les litiges transfrontières, sur le procès national. La construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) est aujourd'hui une finalité en soi et non plus simplement un moyen de consacrer les grandes libertés ; elle contribue à restreindre l'autonomie procédurale des États membres⁵¹³.

Dans de nombreux pays d'Amérique Latine également, les tribunaux (et pas seulement les juridictions supérieures ou suprêmes), fondent leurs décisions sur des principes et des règles qui figurent dans des conventions internationales (le Traité de San José du Costa Rica, très similaire au Traité de Rome) et aussi sur l'interprétation que font les tribunaux internationaux européens et américains de ces principes et de ces règles. Ainsi donc, les principes du procès équitable (*due process*), du droit au juge naturel, du contradictoire entre les parties, du délai raisonnable, du droit d'accès à la justice ou encore du droit à l'exécution des décisions de justice sont-ils habituellement interprétés et appliqués en accord avec les fondements internationaux. Une certaine uniformisation découle dès lors peu à peu des principes conventionnels qui, récemment (lors des dernières décennies), ont été constitutionnalisés dans quelques pays⁵¹⁴.

139. **Amérique Latine** – a) Se puede vislumbrar en buena parte de los ordenamientos, un naciente e inédito fenómeno que constituye básicamente una consecuencia de la globalización y de la

⁵¹¹ V. *supra* n°133 et s. Sur la place de la part spécifique de chaque droit national, imprégné de ses traditions, dans l'Union européenne, v. HUSA J., « Classification of Legal Families today, Is it time for a memorial hymn? », *RIDC* 1-2004, p. 35 : «*European integration might result in a situation where the legal systems of the EU countries will in the future be classified in a way that differs from the present one. The legal systems of the member states of the Union will gain more and more hybrid feature*».

⁵¹² V. NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in : BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, pp. 175 et s.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 173 ; l'auteur relève que le principe d'autonomie procédurale, « *selon lequel le traité renvoie aux droits nationaux le choix des voies de droit et des modalités procédurales nationales nécessaires à la mise en œuvre du droit* » de l'Union, est très relatif car il « *ne joue qu'à défaut de réglementation communautaire spécifique et l'on constate que l'encadrement communautaire de la liberté des États en la matière ne cesse de s'accroître* ».

⁵¹⁴ Sur la place des droits fondamentaux dans le procès civil et la constitutionnalisation de certains principes fondamentaux du procès en Amérique Latine, v. *supra* n°124 et s.



tendencia general a la universalización cultural y jurídica. Dicho fenómeno se manifiesta por el acentuado protagonismo que paulatinamente van asumiendo los jueces, llamados a llenar el “vacío” producto de las omisiones de los poderes políticos, y que ante el impulso de una *participación social* cada vez más creciente, asumen un *rol activo* para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. En la región, el fenómeno asienta sus raíces en el notable movimiento de “constitucionalización” de los nuevos derechos –derechos sociales en general, derechos colectivos de consumidores y usuarios, ambientales, de la institucionalidad democrática –promovidos en coincidencia con el retorno de la normalidad institucionalidad y democrática en buena parte de la región, a partir de los años 80, y en la operatividad de las convenciones internacionales sobre derechos humanos –especialmente la CADH-.

b) Producto de ese movimiento, se denota una cierta tendencia, particularmente notable en algunos ordenamientos, conducente a la afirmación del *sistema de garantías procesales*, que incluye novedosas instituciones, técnicas y procedimientos, desarrolladas en la legislación y especialmente en la jurisprudencia, y que constituyen verdaderas y propias *tutelas procesales diferenciadas*. En su proyección, dicha tendencia ha conducido, particularmente por impulso de los jueces de los tribunales superiores, a crear procedimientos y técnicas típicas para atender los denominados *conflictos de interés público*.

c) La tendencia señalada en los puntos a) y b), si bien todavía en sus inicios y limitada tan solo a algunos ordenamientos, puede ser considerada como un novedoso (en la región) *modelo supranacional*, sino estructural al menos *funcional*, como punto de referencia para una suerte de “*armonización*” de *hecho*, que no proviene de modelos diseñados sistemáticamente sino que se va articulando de modo paulatino y dinámicamente a partir de la jurisprudencia de los tribunales. Modelo que bien podría inscribirse como una concreción singular de aquella más abarcadora y universal tendencia que Mauro Cappelletti describiera magistralmente como *tendencia transnacional del derecho y la justicia*.

140. Le *deuxième facteur*, qui est davantage de nature économique, tient à la *mondialisation des échanges*. Il ne faut pas se leurrer : il existe aujourd’hui, par le phénomène d’internationalisation des échanges et de globalisation (car tout commence par l’économie ici), des concurrences de fait entre systèmes juridiques⁵¹⁵. Il ne s’agit pas de *conflits*, mais plutôt de recherche d’influence, par exemple

⁵¹⁵ V. DE GAUDUSSON J. et FERRAND F. (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, 20 octobre 2006, PUAM 2008.



dans le droit national qui sera choisi par les parties à un contrat international, par les règles de procédure qui pourront éventuellement être choisies par les parties à un arbitrage international, par la volonté aussi de certains États membres, dans le cadre des organisations économiques intégrées telles que par exemple l'Union européenne, de promouvoir leur modèle de règles processuelles afin qu'elles soient adoptées, au niveau européen, pour la solution de litiges transfrontaliers. L'exemple, en Europe, de l'adoption du règlement CE n°1896/2006 du 12 décembre 2006 créant une injonction de payer européenne l'illustre bien, puisque deux grands modèles s'opposaient dans les États membres, le modèle avec preuve et le modèle sans preuve et que ce dernier, certes plus expéditif mais moins protecteur des intérêts du défendeur, l'a emporté, suivant en cela le modèle autrichien⁵¹⁶.

La globalisation fait apparaître des « *considérations pragmatiques procédurales d'une civilisation mondiale de la procédure, qui s'est développée indépendamment des données nationales* »⁵¹⁷. En 2004, le Professeur Stürner écrivait ainsi « *A l'heure actuelle, le principe de liberté des marchés est en plein essor [...]. Dans de nombreux États de tradition continentale se montrent déjà des phénomènes de réception. Ainsi ce domaine de l'accès à la justice documente comme aucun autre l'influence culturelle juridique et l'hégémonie de la pensée juridique américaine, à laquelle les autres cultures juridiques n'opposent encore rien de substantiel. Il reste à voir si l'Union européenne, le Japon et l'Amérique du Sud sauront développer durablement une culture de libertés de marché modérées, aux antipodes de celle décrite ci-dessus. L'Union européenne, dans la mesure où elle a su développer une certaine dynamique, s'est jusqu'alors principalement définie par les libertés de marché. Par là, elle s'est laissée entraîner, sans se profiler, dans le tourbillon du modèle américain* »⁵¹⁸. On peut discuter sur le point de savoir si, en procédure civile, la tendance mondiale majoritaire est à l'adoption du modèle américain, qui tend plutôt

⁵¹⁶ V. *supra* n°106 et s.

⁵¹⁷ STÜRNER R., « Procédure civile et culture juridique », *RIDC* 2004-4, p. 808.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 818. R. Stürner compare la culture juridiques des États-Unis et celle des droits continentaux et relève (p. 822) que « *finalement, la différence fondamentale entre la culture juridiques des Etats-Unis et celle des droits continentaux en ce qui concerne la question du but du procès trouve ses racines dans une conception différente du rôle du droit. Pour la pensée américaine, le droit est une forme de résolution de conflits sociaux ; il se base sur l'expérience et le « common sense » ; son adaptation continue aux exigences du « pursuit of happiness » défini individuellement, est une tâche qui incombe à la société dans son ensemble. Ceci explique non seulement la position importante du jury et son enracinement dans la conscience juridique, mais aussi le fait que la décision définitive rendue par une autorité doit céder vis-à-vis d'une solution individuelle autonome des parties* ». « *La culture continentale comprend le droit plutôt comme une application d'idées fondamentales de justice telles qu'elles résultant de l'ordre systématique et de la doctrine juridique. C'est dans la décision du juge que se réalise ce droit prédéfini »*.



à faire figure d'exception⁵¹⁹ par rapport à l'évolution retracée précédemment des procédures civiles nationales⁵²⁰. En revanche, la tendance du « *tout marché* », elle, est difficilement contestable, qui invite les acteurs économiques à choisir le for le plus attractif en raison de ses mécanismes efficaces de règlement des litiges⁵²¹. Dès lors, le besoin plus grand de sécurité juridique dans un monde de mobilité accrue des personnes physiques et morales confère une place essentielle à l'organisation du service de la justice⁵²². Les procédures doivent être lisibles, fiables, équitables et rapides.

141. Le phénomène de la globalisation a aussi conduit à davantage d'échanges et d'informations sur les voies suivies dans d'autres pays. La *comparaison des droits* peut conduire à l'adoption de solutions qu'un droit étranger a appliquées avec succès, ou de façon convaincante. Il apparaît ainsi que de plus en plus de projets de loi sont précédés d'études comparatives. Cette tendance peut notamment être observée dans les anciens pays socialistes qui, lorsqu'ils sont devenus indépendants, ont réformé leurs institutions, adopté de nouveaux codes et souvent fait une analyse critique des droits étrangers, tout en étant naturellement portés dans un premier temps, en procédure civile, vers un modèle accusatoire complètement opposé au modèle socialiste très inquisitoire⁵²³. En France également, le Sénat tend à passer commande d'études comparatives avant d'adopter des réformes législatives d'importance. Le droit comparé devient ainsi un « *notwendiges Werkzeug sowohl europäischer wie auch*

⁵¹⁹ Comp. CHASE O. G., « American "Exceptionalism" and Comparative Procedure », 50 *Amer. Journal Comp. Law* 277 (2002).

⁵²⁰ *Supra* n°44 et s. et 52 et s.

⁵²¹ En ce sens B. HEß, « Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 193. Sur le „powerful law marketing“ des pays de *common law* et l'utilisation de certaines études sur la qualité de la justice à des fins de promotion d'un droit, v. KERN Ch.A., « Perception, Performance and Politics : Recent Approaches to the Qualitative Comparison of Civil Justice Systems », *ZJP Int.* 14 (2009), pp. 494 et s.

⁵²² V. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA J., « Préface », in : ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge Univ. Press 2006, pp. XXXIV et s. : « *the driving forces behind the standardization movement are quite varied and have been extensively discussed. One such force is the growing need for legal certainty in a world where people and corporations have seemingly unfettered mobility. Ensuring legal certainty places enormous responsibility on those in charge of managing justice, but it also creates confidence when people believe that equivalent systems of civil procedure will assure them access to justice in a system renowned for its efficiency, transparency, predictability, and procedural economy* ».

⁵²³ V. en ce sens le rapport russe de M. Filatova. Pour la Slovénie, v. GALIC A., « Das Slowenische Zivilprozessrecht zwischen Transmission, Kontinuität und Transformation », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, pp. 125 et s. Pour la Pologne, v. WEITZ K., « Die Bedeutung der Rezeption für die Entwicklung des polnischen Zivilprozessrechts », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, pp. 141 et s.



nationaler Gesetzgebung »⁵²⁴. Un échange se réalise entre traditions nationales. Le processus présente un caractère réciproque, « *car il s'agit bien d'un phénomène d'influence mutuelle. En s'ouvrant au droit étranger, le droit national contribue à l'ouverture du droit étranger vers lui-même, car on contribue à la généralisation du phénomène* »⁵²⁵. « *Le droit comme vecteur d'influence* », car « *il ne s'agit plus de l'imposition des droits, ni de la réception des droits, mais de l'influence des droits dans un processus constant d'échange et de débat, ce qui est la caractéristique principale du fonctionnement des traditions juridiques nationales* »⁵²⁶.

Ainsi peut-on lire sous la plume de N. Trocker et V. Varano⁵²⁷ que « *the reform movement has brought about an attenuation of the differences, according to which we were used to classify procedural models. If the common law procedural systems were usually defined as adversarial, based as they were on the predominance of the parties, they are presently placing more and more emphasis on the role and powers of the judge especially as far as the management of procedure is concerned* » et « *Civil law procedural systems, in turn, which used to be labelled as inquisitorial in an even more arbitrary and simplistic way, not only have made clear their adherence to the principles of parties' initiative, and adversary procedure, but they have also reshaped their character, sometimes adopting institutions typical of the common law such as the cross-examination, other times opening the door to such ideas as that embodied in the mechanisms of discovery, or moving towards a bifurcation of the proceedings clearly based on the pretrial/trial separation experience. All this has been made possible through a sort of dialogue among legislators more and more aware of the need to look at each other, to look at what is happening elsewhere in order to see if it is possible to answer the problems of their societies using critically what is being experimented by other legislators, without necessary resorting to passive reception or imitation* ».

La doctrine contribue à cette harmonisation par la discussion des modèles étrangers, de même que – dans une certaine mesure – la jurisprudence des tribunaux nationaux ou régionaux (notamment européens). Ainsi la jurisprudence française a-t-elle accueilli des institutions telles que l'*amicus curiae*⁵²⁸

⁵²⁴ B. HEB, « Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischem Anpassungszwang », *Ritsumeikan Law Review* n°27, mars 2010, p. 208.

⁵²⁵ GLENN H.P., « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2-2003, p. 277.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, p. 244 et s.

⁵²⁸ V. Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417, rapport CHARTIER Y. et note THOUVENIN D. ; 29 juin 2001, *JCP* G 2001. II. 10 569, rapport SARGOS P. et concl. SAINTE-ROSE J.; Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *D.* 2004. IR. 3 191 ; CA Paris, 16 oct. 1992, *D.* 1993, p. 172, note LAURIN Y.. V. aussi MAZEAUD D., *L'expertise de droit à travers*



ou l'*estoppel*⁵²⁹, pourtant typiques de *common law*, pour leur conférer une place particulière dans le procès civil⁵³⁰. Des barrières culturelles tombent, des ponts sont construits, des échanges se réalisent. Dans ce contexte, il peut être souligné qu'il existe un « *avantage linguistique* » en faveur des pays anglophones et notamment des États-Unis⁵³¹, dont le droit s'exporte peut-être davantage en raison de son accessibilité linguistique.

142. **Amérique Latine** – a) Sin embargo, en su evolución, los distintos ordenamientos procesales han sido “infiltrados”, en mayor o menor medida, por instituciones típicas originarias o transmutadas del *common law* o aún del *civil law* europeo, en algunas de sus vertientes. En definitiva, los ordenamientos singulares de la región hispano-luso americana, han sufrido, bien que en intensidades diferentes, transmutaciones similares a las que han infiltrado a numerosos ordenamientos europeos (sean de las familias del *civil law* como del *common law*).

b) Ejemplos paradigmáticos de ese fenómeno universal, en América Latina lo constituye el ordenamiento procesal civil brasileño, por los múltiples y tan diversos “trasplantes” operados en su ordenamiento, particularmente en las últimas dos décadas, a través de un proceso receptivo y de adaptación que sigue en curso y que ha permitido, sin abandonar sus raíces histórico-culturales, “modelar” a través de un ensamblaje singular, instituciones propias, algunas de las cuales, a su vez, así configuradas han “migrado” a otros ordenamientos del área. De ese modo, se ha replicado un fenómeno similar acaecido anteriormente con la experiencia del CGP uruguayo, que adoptara el CMPCI de 1988.

l'amicus curiae, in : *L'expertise*, sous la dir. de MAZEAUD D et FRISON-ROCHE M.-A., Dalloz, 1995, p. 109 et s. ; ENCINAS DE MUNAGORRI R., L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae*, *RTDCiv.* 2005, p. 88.

⁵²⁹ En matière d'arbitrage, v. Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2010, *D.* 2010, 448 et déjà Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Bull. civ.* I, n°369 ; *D.* 2006. AJ 1422, obs. DELPECH X. et Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, *D.* 2009. Pan. 2966, obs. CLAY Th.. Dans le cadre du procès civil devant les juridictions étatiques françaises, l'accueil de l'*estoppel* n'est admis qu'à des conditions strictes, v. Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, *D.* 2009. Jur. 1245, note HOUTCIEFF D. ; *D.* 2010. Pan. 169, obs. FRICERO N. ; *JCP G* 2009. II. 10 073, note CALLÉ P.

⁵³⁰ Sur l'introduction en procédure civile japonaise de la *cross examination* après la seconde guerre mondiale, suite à la défaite du Japon, v. MATSYMOTO H., « The Reception and Transmission of the Law of Civil Procedure in Japan – The Experience in Japan », in : DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008, pp. 137 et s.

⁵³¹ MURRAY P.L., « Reception and Transmission of Procedural Law in the United States : A Two-Way-Street ? », in : DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, op. cit., p. 324.



c) Las diversas y muy valiosas tentativas de armonización sistemática, por iniciativas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno se gestaron los CMPCI de 1988 y el CMPr.Col.I de 2004, todavía en curso, aún no han brindado los frutos esperados, más allá de su recepción en Uruguay y limitadamente en Perú y otros países, sin bien existen fuertes consensos favorables en el nivel doctrinario y aún en menor medida, recepción jurisprudencial. De hecho, se debate actualmente la actualización del CMPCI.

143. Parallèlement, un *troisième facteur* qui contribue au rapprochement des procédures civiles nationales repose sur les *enjeux financiers* auxquels les États doivent faire face. Les rapports nationaux font apparaître que ce sont avant tout des contingences économiques et financières qui guident le législateur national vers un certain nombre de réformes. Il en va notamment ainsi à propos de la prise en compte des nouvelles technologies dans le procès civil, dont les législateurs se promettent des économies de coût en même temps que des gains de temps qui permettront de davantage respecter les canons du délai raisonnable imposé par l'article 6 § 1 CEDH. La faveur accordée par de nombreux droits nationaux aux modes alternatifs de règlement des litiges n'est pas non plus motivée uniquement par la volonté politique de renforcer l'effectivité du droit d'accès à la justice. De nombreux rapports nationaux y voient aussi une façon, pour l'État, de désencombrer ses juridictions étatiques, notamment dans les pays où la médiation est rendue obligatoire pour un certain nombre de différends (comme en Italie ou dans le projet de loi espagnol).

144. Les lois modèles constituent-elles un *quatrième facteur* de modélisation du procès civil national ? La *soft law*, comme l'a démontré ce rapport général, a sa place dans l'évolution des sources du droit et dans leur internationalisation. Elle résulte d'un dialogue, d'une recherche d'un consensus ou d'une *better law approach* progressiste à condition qu'elle puisse être acceptée par un nombre suffisant d'États. E. Jeuland, pour le rapport français, est plutôt réservé : « *Il n'est pas certain que la procédure civile fasse bon ménage avec les lois-modèles. Elle a plutôt tendance à naître de la pratique (référé, passerelle etc.) et ce qui naît de l'esprit du législateur reste souvent inemployé (ex. la requête conjointe, le mandat de représentation conjointe en droit de la consommation, groupe Storme pour la procédure*



européenne, principes Unidroit etc.) ; il ajoute, citant P. Zaoui⁵³², « toute modélisation est une poétisation du monde qui, aussi belle soit-elle, tend à s'idéaliser et ainsi à se retourner contre cela même qu'elle tendait initialement à réévaluer. Tout beau poète risque d'accoucher d'un triste juge, et tout triste juge cache peut-être en son fond un poète ».

Alors la modélisation, un miroir aux alouettes, une *fata morgana* ? J.C. Barbosa Moreira⁵³³ est moins pessimiste à propos du Code modèle ibéroaméricain de procédure civile : « Il est et il restera toujours indispensable de prendre en considération certains principes et orientations substantielles, quelles que soient les variations accidentelles, inévitables ou même désirables, sur le plan de leur application concrète. C'est là que se place la vocation du code-modèle – et nul ne mettra en doute la fécondité dont il fait preuve dans son exercice ».

Sans doute faut-il distinguer au sein des différentes lois modèles dont il a pu être question au cours de ce rapport général. Pour beaucoup d'entre elles, toutefois, voire pour la plupart, leur origine et leur raison d'être est avant tout de politique économique, comme cela a pu être démontré à propos des lois types de la CNUDCI. Initialement, les instruments européens avaient eux aussi des objectifs économiques (v. la référence notamment au bon fonctionnement du *marché* intérieur, art. 81 TFUE) ; avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne toutefois, la formulation de l'article 81 TFUE élargit le champ de compétence de l'Union en matière de coopération judiciaire civile à des situations où le fonctionnement du marché intérieur n'est pas en cause. Toutes les lois modèles (au sens étroit comme au sens large) n'ont donc pas les mêmes incidences sur la modélisation en marche du procès civil, mais leur nature et, pour certaines d'entre elles, leur succès y contribuent.

145. Toutefois, même si une tendance à la « *modélisation* » a pu être relevée tant dans ce rapport général que sous d'autres plumes⁵³⁴, il convient d'insister sur le caractère tout relatif de cette modélisation, qui ne saurait faire reculer les traditions nationales au point de les voir disparaître au profit de modèles-types s'imposant partout dans le monde. Ce serait faire fi de la situation culturelle,

⁵³² ZAOUÏ P., *Spinoza, la décision de soi*, Bayard éd. 2008.

⁵³³ BARBOSA MOREIRA J.C., « Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'Institut Ibéro-américain de droit processuel », *ZZP Int* 3 (1998), p. 437 et not. p. 445.

⁵³⁴ V. not. TROCKER N. et VARANO V., *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Turin, Giappichelli éd., 2005, p. 247 et s.



politique et économique propre à chaque pays et de la nécessité d'adapter les instruments procéduraux à ce contexte particulier.

II. Caractère relatif de la « modélisation »

146. Sans formuler les choses de façon aussi extrême que Bakounine, qui affirmait que « *l'uniformité c'est la mort, la diversité c'est la vie* »⁵³⁵, il nous semble que la diversité fait la richesse et qu'une uniformité ne saurait être une fin en soi ; pire, elle risquerait de présenter de dangereux inconvénients en tuant la créativité et la spécificité. Dès lors, il faut admettre et apprécier que les études comparatives ne tendent pas uniquement à la réception⁵³⁶ d'institutions, solutions et mécanismes étrangers, la diversité juridique pouvant au contraire être conforme aux besoins locaux et faire naître une concurrence féconde⁵³⁷ entre systèmes juridiques ou droits nationaux. Et même si réception il devait y avoir, elle ne peut se faire que graduellement, au regard du contexte national spécifique qui peut requérir des aménagements de telle ou telle institution étrangère importée⁵³⁸.

147. Ainsi, les auteurs du nouveau Code de procédure civile fédéral suisse ont-ils affirmé que cette nouvelle codification n'avait pas été influencée par des modèles étrangers mais était le résultat de la « *pure tradition suisse* » dégagée par la comparaison des différents droits de la procédure civile des cantons⁵³⁹. Les rapports nationaux font également apparaître que certaines traditions perdurent. Divers exemples pourraient être donnés, tels que celui des voies de recours ou de l'absence de monopole d'avocat en Russie, du champ encore large reconnu à l'instance d'appel en droit français et en droit néerlandais. Ces illustrations montrent toutefois à la fois qu'une tendance se dessine (celle de la

⁵³⁵ BAKOUNINE M.A., *La liberté*, J.J. Pauvert éd.

⁵³⁶ Sur les phénomènes de réception et de transmission des règles de procédure civile dans la société globale, v. DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008.

⁵³⁷ V. aussi en ce sens MICHAEL L., « Entwicklungen des Verwaltungsprozessrechts in Deutschland », in BLAUROCK U. (éd.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Tübingen, P. Siebeck 2005, p. 117 et s. et not. p. 139.

⁵³⁸ Dans le même sens, HO M.-H., « The Reception and Transmission of Civil Procedure Law Experience in Korea and Important Points to be Considered », in : DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008, p. 183 : « *unlike exporting goods, the diffusion of legal system must always accompany by the consideration of the importing country's circumstances* ».

⁵³⁹ OBERHAMMER P. et DOMEJ T., « Germany, Switzerland, Austria (CA. 1800-2005) », in VAN RHEE C.H. (éd.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia 2005, p. 103 et s. et spéc. p.127.



restriction à l'accès aux voies de recours comme au champ de celles-ci) et que certains droits nationaux y résistent encore... pour combien de temps ?

L'exemple des recours collectifs également fait apparaître des solutions disparates. Là encore, la tendance est à l'admission de recours collectifs (souvent sous des formes moins extrêmes que la *class action* américaine)⁵⁴⁰ au motif qu'il seraient un moyen de concrétiser le droit fondamental d'accès à la justice, notamment pour les consommateurs et les petits litiges⁵⁴¹. Toutefois, certains pays sont réservés, comme la France, où l'on sent bien la tension entre les associations de défense des consommateurs d'une part, favorables à ce mode facilitant l'accès à la justice pour les litiges de la consommation touchant de nombreuses personnes, et le patronnat d'autre part, qui redoute pour les entreprises des actions en responsabilité en cascades qui nuiraient à leur compétitivité économique. Pour l'heure, le gouvernement a jugé urgent de ne rien entreprendre ; si toutefois l'incitation vient de l'Union européenne⁵⁴² afin de renforcer les droits des consommateurs, la France sera bien obligée de suivre le mouvement... peut-être en le limitant au strict nécessaire. Mais là encore, il deviendra difficile de justifier une différence de traitement entre consommateur national et consommateur transfrontière.

Des traditions nationales fortes peuvent également être relevées dans le domaine de mesures d'exécution, tant en ce qui concerne la typologie et les caractéristiques de ces mesures qu'au regard de la personne compétente pour les encadrer ou les diligenter (huissier, juge...), même si – sur ce second point – une tendance se dégage en faveur du modèle de l'huissier libéral, notamment dans les pays d'Europe de l'Est.

En Amérique Latine, les résistances sont également fortes à une uniformisation. Se destacan, en general, por un lado, fuertes resistencias culturales producto del apego a tradiciones seculares y, quizás aún con mayor incidencia negativa, un persistente desinterés de los legisladores nacionales, en línea con

⁵⁴⁰ Pour une admission apparemment précipitée et sans réelle réflexion du modèle américain de *class action* en *Corée du Sud*, v. HO M.-H., « The Reception and Transmission of Civil Procedure Law Experience in Korea and Important Points to be Considered », in : DEGUCHI M. et STORME M. (éd.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, Anvers/Apeldoorn, Maklu éd., 2008, p. 181.

⁵⁴¹ Sur l'expérience déjà ancienne du *Brésil* en la matière, v. PELLEGRINI GRINOVER A., « The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society – Legislative and Legal Assistance to Other Countries in Procedural Law », in DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, *op. cit.*, p. 227, et pp. 232 et s.

⁵⁴² Sur la réception du droit de l'Union européenne en droit privé des États membres, v. déjà BERGÉ J.-S. et NIBOYET M.-L. (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Actes du colloque de Paris Nanterre de 2003, Bruxelles, Bruylant éd. 2003, et notamment, au sein de cet ouvrage, pour le droit judiciaire interne et international NIBOYET M.-L., « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », pp. 153 et s.



la falta, en la mayor parte de los países, de consensos sobre políticas públicas de la justicia, coherentes y con vocación de permanencia. Carencias notorias que se inscriben en una situación que, en algunos de los países de la región, puede caracterizarse actualmente como de “desconstitucionalización” de las instituciones del Estado democrático de Derecho.

148. Ainsi, de nombreux aspects du procès civil demeurent placés sous le signe du maintien de spécificités nationales. Faut-il s'en plaindre ? Oui, dira sans doute la Commission européenne qui verra parfois dans cette diversité une atteinte à l'efficacité et à l'égalité d'accès à la justice, au recouvrement effectif des créances etc. Non, dira le juriste qui considérera que de la diversité peut naître la stimulation, la découverte d'autres possibles et une richesse qui n'excluent pas des mouvements de rapprochement tant spontanés que coordonnés. « *Pour que les cultures persistent dans leur diversité, il faut qu'il existe entre elles une certaine imperméabilité* »⁵⁴³ affirmait le grand anthropologue Lévi-Strauss. Il nous semble que cette imperméabilité, qui repose sur l'histoire, la culture et donc les traditions nationales, tend à diminuer en raison tant de la globalisation de la société que des flots constants d'informations et d'échange qui s'y produisent par voie de conséquence. Les procédures civiles nationales deviennent partiellement perméables aux solutions étrangères⁵⁴⁴ ; elles sont innervées par des lois modèles reposant sur des recherches de consensus sur le plan mondial ou régional. Elles conserveront néanmoins encore longtemps bon nombre de particularités, car celles-ci sont souvent liées au fonctionnement du service public de la justice⁵⁴⁵ ou à des spécificités d'approche légitimes. Tradition ne signifie pas pour autant immobilisme, et il est à souhaiter que la procédure civile, tout en préservant ses grandes valeurs, puisse évoluer vers le mieux, le progrès en fonction des besoins et de la société, même si « *chaque progrès donne un nouvel espoir, suspendu à la solution d'une nouvelle difficulté. Le dossier n'est jamais clos* »⁵⁴⁶.

⁵⁴³ LÉVI-STRAUSS Cl., *Le regard éloigné*, Paris, Plon 1983.

⁵⁴⁴ Bien entendu, la réception du droit étranger doit être nuancée selon les pays, leur histoire et le rayonnement qu'a pu avoir leur propre droit. Ceci est très nettement retracé dans l'ouvrage de DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, *op. cit.*, qui montre combien certains pays (par ex. le Japon, la Corée) ont toujours construit leur procédure civile à partir de « *transplants* ».

⁵⁴⁵ Dans le même sens, MURRAY P.L., « Reception and Transmission of Procedural Law in the United States : A Two-Way-Street ? », *in* : DEGUCHI M. et STORME M., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, *op. cit.*, p. 338 (« *Comparatists well know that the role and the function of civil justice institutions is not the same in all modern democratic cultures* »).

⁵⁴⁶ LÉVI-STRAUSS Cl., *Le cru et le cuit*, Paris, Plon, 1964.



**Do código Buzaid ao projeto para um novo Código de Processo Civil:
uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das
perspectivas do atual movimento de retificação**

(From code Buzaid to the project for a new Civil Procedure Code: an evaluation of
the path of constructions / changes and prospects of the current rectification
movement)

Fernando Rubin

Professor of Civil Procedure at the Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto
Alegre, Brazil

Resumo: O presente artigo pretende desenvolver histórico da construção do Código Buzaid, de 1973, até a constituição do Projeto para um Novo Código de Processo Civil, em 2010; sendo apresentado, inclusive, quadro comparativo do cenário brasileiro com as reformas que vem sendo feitas no direito processual italiano, a partir do CPC de 1940.

Abstract: This paper aims to develop the historic building of the 1973 Brazilian's Civil Procedure Code (Code Buzaid), until the constitution of the Project for a New Code of Civil Procedure in 2010. The text also includes a comparison between the Brazilian scenario and the reforms have been made in the Italian civil procedure, in the 1940's Code.

Palavras-chave: Processo Civil. Reformas. Processo brasileiro. Processo italiano.

Keywords: Civil Procedure. Reforms. Brazilian Civil Procedure.



Sumário: **1.** Introdução. **2.** O modelo do código buzaid. **2.1.** Linhas centrais do CPC/1973 frente ao modelo de 1939; **2.2.** Respeito ao princípio dispositivo; limites à relativização da causa de pedir/pedido; e matérias reconhecíveis de ofício; **2.3.** Sistema recursal; **2.4.** Técnica preclusiva. **3.** A onda reformista – 1992/2010 – e a perspectiva de um novo CPC. **3.1.** Objetivos das reformas ao CPC/1973; **3.2.** Temas centrais objeto de reformas ao CPC/1973; **3.3.** Crítica à onda reformista e à necessidade de um novo CPC; **3.4.** Quadro comparativo com as reformas do CPC italiano/1940; o modelo da Lei italiana 69/2009 e o Projeto de Lei 166/2010 para um novo CPC brasileiro. **4.** O projeto do novo código de processo civil. **4.1.** Linhas inovadoras do Projeto; a sistematização de uma Teoria Geral de Processo Constitucional; **4.2.** Relativização do princípio dispositivo; flexibilização no marco de alteração da causa de pedir/pedido; e o destaque para as matérias reconhecíveis de ofício; **4.3.** Simplificação do sistema recursal; **4.4.** Minoração na aplicação da técnica preclusiva. **5.** Conclusão. Referências doutrinárias.

1. INTRODUÇÃO

Vivenciando período de relativa proximidade com a entrada em vigor de um novo Código de Processo civil (tendo já sido aprovado, pelo Senado, o Projeto 166 no recente dezembro/2010), temos com o presente ensaio o objetivo de detalhar criticamente a trajetória legislativa processual pátria.

Iniciaremos pelo estudo da construção do CPC/1973 (substituindo o modelo anterior de 1939), passando pelas reformas estruturais ao Código Buzaid (no período de 1992-2010), e chegando nas linhas centrais inovadoras do novo CPC que se projeta (com a aprovação definitiva pelo Congresso Nacional do comentado Projeto 166/2010).

Buscaremos, em inúmeras oportunidades neste ensaio, trazer um paralelo entre as disposições do CPC/1973 e do Projeto para um novo CPC, a fim de estabelecermos as devidas críticas ao movimento de retificação, mas também a fim de concordarmos topicamente com algumas soluções condizentes com o nosso contemporâneo estágio – de acordo ainda com exemplos do direito comparado, notadamente Itália (e sua mais recente lei processual 69/2009).



Trataremos, oportunamente, da grande tensão entre os princípios da Efetividade e da Segurança Jurídica, os quais se figuram claramente como importantes fios condutores presentes nas reformas – sendo inclusive analisado se pela onda reformista 1992-2010 e pelo Projeto há uma evidente inclinação na satisfação prioritária de um deles.

Em tom conclusivo, formularemos algumas linhas a respeito das perspectivas do atual movimento de retificação, o qual, por certo, não se encontra estagnado. Ousaremos discutir algumas indagações que nos parecem apropriadas, tais como: Seguirá, nesse ano que inicia, a onda reformista ao CPC/1973 paralelamente ao estudo da viabilidade do Projeto de novo CPC junto ao Congresso Nacional? O novo CPC, caso efetivamente comece a vigor, sobreviverá por 50 anos, conforme acreditam alguns dos seus projetistas?

A partir dessas grandes premissas cremos que uma análise mais ampla da problemática possa ser construída, auxiliando o estudo para melhor reflexão a respeito dos pontos negativos e positivos das reformas que vêm sendo implementadas na legislação adjetiva brasileira, bem como a respeito da real eficácia que as informadas reformas podem alcançar.

2. O MODELO DO CÓDIGO BUZAID

2.1. Linhas centrais do CPC/1973 frente ao modelo de 1939

O Código Buzaid (CPC/1973), substituindo o modelo defasado de 1939, foi enaltecido desde o seu surgimento pela cientificidade de suas disposições. A partir dele, restou construído sistema coerente e racional, de acordo com a melhor doutrina e legislação alienígena – notadamente alemã e italiana –, embebidas nas concepções do *Processualismo* (corrente científica que destacava a autonomia do direito processual na Europa), vigentes no Velho Continente do final do século XIX e início do século XX¹.

¹ MITIDIÉRO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid* in Revista de Processo n° 183, 2010, p. 165-194.



Nesse diapasão, destaca Scarpinella Bueno que o Código de 39 não espelhou o grau científico que o processo civil na Europa já havia alcançado, sendo, além disso, teórico demais, o que acarretava extrema complexidade na sua aplicação prática². Acrescenta Humberto Theodoro Jr. que o Código de 39 acumulava termos ambíguos aplicados indistintamente a institutos e fenômenos processuais heterogêneos, tornando imprecisas muitas de suas conceituações e preceitos³. Por fim, Moniz de Aragão, com menção a discurso do próprio Buzaid, completa o rol de críticas ao Código de 39, apontando que o sistema processual pretérito mantinha uma série exaustiva de ações especiais (do art. 298 ao art. 807) e englobava, nesses quinhentos artigos (que compreendiam quase a metade do Código), processos de jurisdição contenciosa e voluntária, dispostos sem ordem, sem unidade, sem sistemática⁴.

Eis algumas das principais razões pelas quais se fazia importante a construção de um novel modelo processual, sendo, em 1964, entregue por Alfredo Buzaid o Anteprojeto do Código de Processo Civil – que viria, após muita discussão, a ser encaminhado ao Congresso Nacional em 1972, sendo sancionado no ano seguinte.

O Código Buzaid, efetivamente vigendo no Brasil desde 1974, restou dividido, em termos de esquema para tutela dos direitos, em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. A relativa autonomia dos títulos é evidente, cabendo destaque central ao processo de conhecimento, já que a execução e a própria medida cautelar mantêm vinculação direta com o resultado esperado daquele – tudo repercutindo na ordem lógica e cronológica seguida pelo Código. E dentro do processo de conhecimento, embora previsto o rito comum sumário, destaca-se o rito comum ordinário, especialmente projetado para prolação de sentença de mérito pelo Estado-juiz após cognição plena e exauriente – ultrapassadas, na sequência, a fase postulatória, saneadora e instrutória⁵.

² SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil. Volume I – Teoria geral do direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52-53.

³ THEODORO JR., Humberto. *Um novo código de processo civil para o Brasil* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37, 2010, p. 86-97.

⁴ ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Reforma processual: 10 anos* in Revista Forense n° 362, 2002, p. 15-23.

⁵ BUZOID, Alfredo. *Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro* in Estudos e pareceres de direito processual civil. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31-48.



A respeito dessa estrutura geral montada pelo Código Buzaid é oportuna a detida investigação elaborada por Daniel Mitidiero, em que, ao qualificá-lo como “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”, explicita que o rito comum ordinário do processo de conhecimento só permite a decisão da causa após amplo convencimento de certeza a respeito das alegações das partes; sendo que tal concepção formatada pelo Código, na sua parte central, presta tributo a uma das idéias centrais das codificações oitocentistas, qual seja, a *certeza jurídica*, imaginada a partir de expedientes processuais lineares e com possibilidade de amplo debate das questões envolvidas no processo⁶.

2.2. Respeito ao princípio dispositivo; limites à relativização da causa de pedir/pedido; e matérias reconhecíveis de ofício

A própria posição do art. 2º do Código Buzaid revela a importância do princípio dispositivo para o sistema montado, vigente a partir da década de 70. O Estado-juiz não inicia o processo, cuja atribuição é da parte (cidadão) que se sentiu lesado no âmbito dos seus direitos, e que deve trazer ao Poder Judiciário a sua pretensão (pedido), como também os correspondentes fundamentos de fato e de direito (causa de pedir)⁷.

Confirma o art. 262 do Código Buzaid que o processo civil começa por iniciativa da parte, acrescentando, no entanto, que o feito desenvolve-se por impulso oficial. Ou seja, a parte requer a prestação jurisdicional (princípio dispositivo em sentido próprio ou material) e depois de proposta a demanda cabe ao Estado-juiz conduzir o processo para a rápida solução do litígio, inclusive propondo de ofício a produção de prova que entende necessária para dirimir a controvérsia (princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual)⁸ – situação que não

⁶ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid* in Revista de Processo n° 183, 2010, p. 165-194.

⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 1993.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1994.



exclui, por óbvio, que as partes participem diretamente na condução do feito, requerendo ao juízo os impulsionamentos nos termos que, no entender de cada litigante, são mais apropriados⁹.

Da passagem supra percebe-se que não há espaço no Código Buzaid para relativizações do princípio dispositivo, quando se refere ao ato vital de propositura da demanda, com a devida limitação pela parte da causa de pedir e pedido¹⁰ – eis a razão pela qual se defende que o princípio dispositivo em sentido próprio ou material representa o grande limitador para o agir do Estado-juiz no processo¹¹. Quanto ao princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual já houve acompanhamento pelo Código Buzaid, do contemporâneo pensamento mundial, no sentido de que o impulsionamento do feito não deve ser deixado a cargo exclusivo das partes¹², a fim de que iniquidades e demoras injustificadas se perpetuem no transcorrer do iter¹³.

Mas, se uma das marcas do Código Buzaid, no seu tradicional rito comum ordinário do processo de conhecimento, é a rigidez quanto à aplicação do princípio dispositivo em sentido próprio ou material, outra virtude flagrante de rigidez no procedimento vem insculpida no art. 264, ao impossibilitar a alteração da causa de pedir/pedido após o saneamento do feito¹⁴. A parte final do dispositivo, ao deixar claro que “em nenhuma hipótese” será permitida a

⁹ Nesses termos, as disposições conjugadas do art. 125, II e art. 130, ambos do Código Buzaid.

¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹² Sobre o ponto, já tivemos a oportunidade de nos manifestar em outro ensaio, esclarecendo que com o passar do tempo (*rectius*: a partir de meados do século XX) “sobreviveu-se a necessidade de maior ativismo do Estado-Juiz, que deve comandar o processo, promovendo efetivamente o contraditório, incentivando constante diálogo entre as partes, em todas as fases do feito, convencendo-se melhor, dessa forma, da viável solução a ser definida no caso concreto (justiça), legitimando assim a decisão (paz social), já que será “construída” (desenvolvida) pelos três integrantes da relação jurídica processual e não “ditada” (outorgada) arbitrariamente por figura investida em cargo público, hierarquicamente em posição superior aos cidadãos (partes) que discutem direitos perante aquele” (RUBIN, Fernando. *O contraditório na visão cooperativa do processo* in Revista Dialética de Processo Civil n° 94, 2011, p. 28-44. Mais informações, consultar: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La igualdad de las partes em el proceso civil* in Temas de direito processual, Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹⁴ MOREIRA PINTO, Júnior Alexandre. *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda* in Causa de pedir e pedido no processo civil. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci e José Rogério dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.



alteração dos limites da lide após o despacho saneador, inviabiliza, nesse estágio, a relativização da causa de pedir/pedido mesmo que o Estado-juiz e o próprio réu estejam de acordo com a medida.

Já quanto às matérias reconhecíveis de ofício, outra importante base do Código Buzaid, em ainda incipiente posição já se admite que o julgador, sem intervenção direta das partes, tome determinadas medidas oficiosas, desde que devidamente catalogadas. Tratam-se de matérias específicas apontadas expressamente pelo Código como de interesse “supra partes”, em que se admite então que o julgador possa sobre elas se manifestar de plano, sem requerimento específico dos litigantes – como a temática probatória, de acordo com a primeira parte do art. 130. Assim também, cabe menção ao art. 267, § 3º ao autorizar que o juízo conheça de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, as condições da ação e os pressupostos processuais¹⁵; ao art. 245, § único ao apontar que as nulidades absolutas não estão sujeitas as penas preclusivas¹⁶; e, mais recentemente, cabe registro ao art. 219, § 5º¹⁷ ao anunciar que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

2.3. Sistema recursal

O Código Buzaid, observando dentro do possível os avanços científicos do processo civil moderno, vinha estruturado com uma fase ampla de conhecimento, com apêndices autônomos importantes (execução e cautelar); preocupava-se com a consagração do princípio do devido processo legal (ao prever fases bem nítidas e duradouras – postulatória, saneadora e instrutória), previa com rigidez a forma de impulsionamento inicial do Judiciário (sempre a cargo da parte/cidadão – princípio dispositivo em sentido próprio ou material), bem como previa com rigidez a impossibilidade de qualquer um dos atores processuais (partes e Estado-

¹⁵ LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.

¹⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁷ ALVIM, Arruda. *Lei n° 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219 do CPC* in Revista de Processo n° 143, 2007, p. 13-25.



juiz) modificar a causa de pedir e pedido a partir do saneamento do feito, sendo, no entanto, embrionariamente admitida maior participação ativa do juiz no controle do processo, sendo previstas hipóteses legais de reconhecimento de ofício em matérias elencadas como de ordem pública (temática probatória, condições e pressupostos, nulidade, e, mais recentemente, prescrição).

Pois bem. Em matéria recursal, a preocupação do Código Buzaid com a certeza da decisão a ser pronunciada leva a formação de sistema com uma gama enorme de medidas recursais, seja diante da sentença, seja diante das decisões interlocutórias. Assim, se em virtude da extensão do rito comum ordinário do processo de conhecimento, há ampla investigação da matéria *sub judice* para a prolação da esperada legítima decisão final; por outro lado, em virtude específica do sistema recursal, há também ampla possibilidade de a parte levar às superiores instâncias a sua irresignação quanto ao teor desta decisão de mérito bem como quanto ao teor das anteriores que, direta ou indiretamente, tratam de afetá-la¹⁸.

Sobre o atual sistema recursal, consubstanciado no CPC de 1973, o artigo 496 aponta oito tipos recursais cabíveis: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Deve ser registrado, ainda, que o recurso de agravo admite, no âmbito do atual CPC, três formas de interposição, que remetem o mesmo às seguintes denominações: agravo de instrumento, agravo retido e agravo interno. Ressalta-se, ainda, acerca do agravo, a sua admissibilidade na forma de agravo regimental, que, como indica a nomenclatura, resta prevista em regimentos internos de tribunais pátrios variados.

Cabe ainda constar que em defesa da certeza da decisão pronunciada exclusivamente contra a Fazenda Pública, o art. 475 do Código Buzaid prevê que a sentença de primeiro grau só produzirá efeitos depois de confirmada pelo Tribunal – instituto denominado de reexame necessário ou *recurso ex officio*¹⁹.

¹⁸ ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

¹⁹ BUZAID, Alfredo. *Da apelação “ex officio” no sistema do código do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.



Embora se visualize, diante da complexidade do sistema recursal supra apresentado, uma preocupação com a (i)legitimidade da decisão tomada por um julgador (de primeiro grau) supostamente menos ambientado com o fenômeno jurídico, sobrelevasse, de qualquer forma, a busca angustiante na superação de eventuais injustiças dos julgamentos, mesmo em se tratando de decisões não essenciais ao derradeiro encerramento da lide (caso típico das decisões interlocutórias) – o que ao fim e ao cabo tratou de reduzir a possibilidade de interposição de mandado de segurança (previsto em lei especial) contra atos judiciais, já que sempre prevista medida recursal própria, dentro do sistema do Código, para eventual irrisignação contra qualquer decisão de cunho minimamente gravoso à parte litigante²⁰.

2.4. Técnica preclusiva

Por fim, fechando a estrutura nuclear do Código Buzaid, ao lado do sistema recursal, faz-se imprescindível o estudo da figura da preclusão, aplicada de forma bastante freqüente ao longo de todo o iter procedimental. A aplicação acentuada da técnica preclusiva envolve diretamente a dinâmica no controle dos prazos para os atos das partes ao longo do procedimento (conhecimento, execução e cautelar), seja para fins de impulsionamento do feito, seja para fins de apresentação de recurso a determinada decisão gravosa – eis a razão pela qual se defende que a preclusão representa o grande limitador para o agir das partes no processo²¹.

Mesmo assim, como já tivemos a oportunidade de descrever em miúdos, em escrito de maior fôlego²², a técnica preclusiva aplica-se também ao Estado-juiz, já que o julgador, por regra, não pode voltar atrás em decisão, interlocutória ou final, já prolatada²³.

²⁰ Nesse sentido, compreende-se o verbete n° 267 do Pretório Excelso, ao dispor que não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

²¹ RUBIN, Fernando. *Preclusão: Constituição e Processo* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38, 2010, p. 79-96.

²² RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



De qualquer forma, pela sua relevância para as partes, cabível mais algumas linhas sobre o fenômeno nesse particular. O Código Buzaid, de fato, apresenta rigidez na aplicação da técnica, à medida que a grande maioria das decisões judiciais e dos atos de impulsionamento estão submetidos à preclusão – as exceções seriam, respectivamente, os despachos de mero expediente e os prazos meramente dilatatórios. Desse modo, presencia-se a atuação da preclusão sobre as sentenças e as decisões interlocutórias – sujeitas a agravo de instrumento ou retido; bem como diante dos centrais atos de impulsionamento do processo – como na apresentação de contestação e documentos, quesitos, laudo do perito assistente, rol de testemunhas, impugnação à ata de audiência, impugnação à cálculo de execução, dentre outros.

Sendo constante no processo, mesmo após o trânsito em julgado do feito, e produzindo efeitos, muitas vezes, graves e imodificáveis, a preclusão acelera a marcha do processo, atuando decisivamente na moldagem dos julgamentos – levando-se sempre em conta que o ato processual final é a sequencia válida e lógica dos atos processuais anteriores²⁴.

3.A ONDA REFORMISTA – 1992/2010 – E A PERSPECTIVA DE UM NOVO CPC²⁵

3.1. Objetivos das reformas ao CPC/1973

Passando-se mais de vinte anos da entrada em vigor do Código Buzaid, operou-se natural modificação da sociedade, o que repercutindo no processo acabou por determinar a obrigatoriedade de retificações no modelo originário. É de se reparar que essas grandes alterações no CPC/1973 não se deram imediatamente após a entrada em vigor da novel carta

²³ Excepcionalmente, admite-se que o Estado-juiz possa voltar atrás em decisão já prolatada, quando a matéria for de ordem pública (matérias não preclusivas) – com as já referidas, em mais de uma oportunidade nesse ensaio: condições da ação e pressupostos processuais, nulidades absolutas e prescrição.

²⁴ FAZZALARI, Elio. *Procedimento e processo (teoria generale)* in Enciclopedia del diritto, n° 35, 1986, p. 819-835.

²⁵ Essa especial passagem do ensaio foi objeto de nossa análise mais detida em outro estudo: RUBIN, Fernando; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Observações ao projeto do novo código de processo civil: (des)necessidade do movimento de reforma e inovações no sistema recursal* in Revista AJURIS n° 120, 2010.



constitucional, em 1988, o que aponta, *s.m.j.*, para certa naturalidade do fenômeno de compatibilização da ordem infraconstitucional processual com a ordem constitucional que emergia – tudo a depor favoravelmente ao modelo vigente a partir da década de 70²⁶.

Não houve, portanto, qualquer ruptura dramática no CPC/1973 com a entrada em vigor da CF/88, e nem mesmo com as reformas ao código desenvolvidas posteriormente. Grosso modo, o que se presenciou foi uma adaptação do modelo Buzaid, com forte carga de defesa à segurança jurídica (*rectius*: certeza jurídica), às reivindicações contemporâneas de um processo efetivo, mais preocupado com o resultado do que com a forma utilizada.

Na grande e eterna tensão entre Segurança e Efetividade²⁷, ao que parece formou-se a convicção de que o CPC/1973 tinha um sistema processual bem acabado/articulado, mas demasiadamente burocrático (com as suas estanques e prolongadas fases de conhecimento, execução e cautelares) – e que, por isso, não atingia em boa parte dos casos os seus propósitos derradeiros, em tempo útil. Assim, a referida onda reformista, implementada já na primeira metade da década de 90, voltava-se para a busca incessante da efetividade – o que, ao fim e ao cabo, confirmou-se com a inclusão, já em 2004, do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88 (a tratar do direito do cidadão brasileiro à razoável duração do processo²⁸).

Nesse diapasão, entendemos que as reformas implementadas no originário Código Buzaid foram indispensáveis e legitimam a manutenção da estrutura processual montada em 1973. Ademais, não nos parece que o Código Buzaid reformado tenha se tornado uma verdadeira “concha de retalhos”²⁹, a fim de induzir a criação de um novo CPC, mesmo porque não há qualquer dado estatístico que aponte para o anacronismo do sistema processual

²⁶ De fato, principalmente pelo art. 5º da CF/88 foram positivados determinados valores/princípios processuais que não estavam, quem sabe, devidamente explicitados no Código Buzaid, mas que nem por isso eram solenemente ignorados em período anterior à vigência da última Carta Magna.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo* in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros nº 94, 2000, p. 79-97; FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. *O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança* in Revista de Processo nº 185, 2010, p. 146-150.

²⁸ NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006. p. 08; ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 31.

²⁹ “(...) Se muitas reformas fugiram dos padrões idealizados pelos responsáveis pelo texto original do CPC, só por isso não se pode qualificar como implantação de uma ‘concha de retalhos’ despida de coerência e sistema” (THEODORO JR., Humberto. *Um novo código de processo civil para o Brasil* in Revista Magister de direito civil e processo civil nº 37, 2010, p. 86-97.



motivado pelo texto da lei, e inclusive que um suposto anacronismo possa ser resolvido simplesmente com a implementação de novel código processual³⁰.

3.2. Temas centrais objeto de reformas ao CPC/1973

As reformas estruturais no sistema processual pátrio de 1973 começaram realmente a se definir em meados da década de 90, com o desenvolvimento das tutelas de urgência, objeto de alteração do art. 273 do CPC, a partir do seu caput – sendo que em período próximo seguiram-se alterações na seara recursal (com destaque ao regime do Agravo), deu-se a criação da ação monitória (com a construção do art. 1102-A e ss.), seguiram-se alterações nas obrigações de fazer (de não fazer e de entrega de coisa, com introdução dos arts. 461 e 461-A no CPC), passando por mudanças na parte de execução (especialmente a partir da implementação do art. 475-A e ss.), na admissibilidade de recursos repetitivos pelas últimas instâncias (com a criação dos conceitos de repercussão geral e seleção de recursos representativos da controvérsia, nos termos do art. 543-A e ss.) e aproximação das linhas de contato das cautelares com as tutelas de antecipação do mérito (com a introdução do § 7º no já aludido art. 273 do CPC).

Certo que reformas pontuais ao Código foram verificadas em momento até anterior, sendo constantemente lembradas as alterações em matéria de perícia judicial, ocorrida em 1992³¹. De qualquer forma, 1994 foi ano extremamente importante pelo acolhimento pela legislação adjetiva da tutela antecipada de mérito, ocorrendo depois reformas múltiplas, como

³⁰ “(...) O que nos move é o desejo de enfatizar que não é recomendável reformar a lei com base em dados concebidos apenas teoricamente ou apoiados em meras experiências pessoais, empiricamente avaliadas. O que propomos é a imediata adoção de métodos confiáveis – a investigação estatística, por exemplo -, para diagnosticar adequadamente o mal a remediar e só então, com amparo em dados objetivamente confiáveis, proceder à reformulação” (ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Reforma processual: 10 anos* in Revista Forense nº 362, 2002, p. 15-23).

³¹ “(...) Tão logo esse novo diploma – muito elogiado no Brasil e no exterior – entrou em vigência, começou o movimento crítico que, afora correções tópicas surgidas entrementes, desaguou na reforma iniciada em 1992, com a Lei nº 8.455, seguida de outras, que submeteram o Código a marcante revisão, revisão esta que também foi muito elogiada, no Brasil e no exterior” (ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Reforma processual: 10 anos* in Revista Forense nº 362, 2002, p. 15-23).



as acima narradas. Ainda nesse contexto, merece especial realce as reformas estruturais ocorridas em 2006, especialmente na execução de sentença – tratando-se de mais um delicado tema que veio para trazer modificação substancial ao sistema arquitetado por Buzaid. Explique-se: pela reforma de 1994, cogita-se de ser relativizada a segurança jurídica em nome da efetividade do direito pleiteado (sendo concedida prestação de mérito, em fase procedimental ainda inicial – postulatória, muito longe da fase de cognição exauriente – decisória)³²; e pela reforma de 2006, cogita-se de ser relativizada a grande divisão dos processos em conhecimento e execução³³, passando esta a ser um incidente daquele (com a minoração do leque de defesas/recursos do executando, sendo inclusive substituída a robusta expressão “embargos à execução” pela menos sintomática “impugnação à execução”)³⁴.

Por fim, não podemos deixar de lembrar que fora do âmbito do CPC/1973 foram também construídas alterações, via legislações esparsas, que passaram a modificar a estrutura arquitetada por Buzaid. Um Código com visão marcadamente individualista (voltado à proteção dos direitos individuais), forjado para a solução de litígio de A contra B, seguramente haveria de ser complementado com disposições (*rectius*: procedimentos especiais) que tratassem de processos envolvendo a defesa de direitos coletivos e difusos. Disposições referentes aos *processos coletivos latu sensu*, previstos, *v.g.*, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e na Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) são exemplos expressivos desse movimento retificador³⁵.

Apresentadas, em breves linhas, as principais reformas que moldaram o originário Código Buzaid, é imperioso o registro de que, mesmo em 2010 – ano em que aprovado no

³² ZAVASCKI. Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

³³ Se bem que certos abalos na separação firme entre os processos de conhecimento e de execução já haviam começado a ser estabelecidos em meados da década de 90, com o acolhimento pelo ordenamento brasileiro da ação monitoria – Lei nº 9.079/1995. A respeito do tema, consultar: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

³⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008.

³⁵ “(...) Criticava-se, a certa altura, o Código de 1973, por se voltar apenas para os conflitos individuais, nada dispendo acerca dos conflitos coletivos ou de massa. Mas, de fato, não poderia tê-lo feito, já que, antes do instrumento processual há de existir o direito material a ser por ele remediado” (THEODORO JR., Humberto. *Um novo código de processo civil para o Brasil* in Revista Magister de direito civil e processo civil nº 37, 2010, p. 86-97).



Senado o Projeto para um Novo Código de Processo Civil – continuaram sendo implementadas modificações no CPC/1973. A última grande modificação de que se tem notícia diz respeito a questão extremamente relevante na prática forense, qual seja, a desnecessidade de cópias autenticadas para a formação do Agravo de Instrumento manejado às superiores instâncias em razão da não admissibilidade de recurso especial e/ou extraordinário – Lei nº 12.322/2010 (construção do denominado “Agravo nos autos do processo”³⁶).

3.3. Crítica à onda reformista e à necessidade de um novo CPC

Por certo, cabe neste momento o registro, a onda reformista que continua então a pleno vapor, merece tópica crítica, ao passo que, ultrapassando certos limites, joga-se desenfreadamente à busca da efetividade, trazendo prejuízos sensíveis, e indevidos, à segurança jurídica – entendida com maior certeza do direito a ser reconhecido judicialmente. Na mesma linha, aliás, segue o Projeto do novo CPC, que na sua primeira grande parte principiológica (arts. 1º a 11) confere evidente maior prestígio à linha da efetividade, nos termos explícitos do art. 4º: “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”. Nesse contexto, vale desde já o registro, concordamos plenamente com Luiz Guilherme Marinoni ao registrar que “é equivocado pensar que reformas processuais possam, apenas por si, tornar a tutela jurisdicional efetiva e o processo justo”³⁷.

Podemos afirmar que se, em um extremo, o CPC/1973 não tinha como princípio central a efetividade; por outro lado, não é exagero afirmar que as reformas propostas ao modelo Buzaid não demonstram maiores preocupações com a segurança jurídica, impondo como consequência que a decisão judicial prolatada pelo Estado-juiz tenha maiores chances de não

³⁶ RODRIGUES NETTO, Nelson. *O vai e vem do recurso de agravo: uma nova modalidade de sua interposição – o agravo nos autos do processo* in Revista Dialética de Processo Civil nº 94, 2011, p. 89-98.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ideias para um renovado direito processual* in Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. São Paulo: Juspodium. 2009. p. 125-146.



contribuir decisivamente para a pacificação social e para a própria garantia de legitimidade do *decisum* perante os jurisdicionados³⁸ – entendendo-se que a segurança jurídica, no processo, determinaria uma maior investigação da matéria em debate, impondo uma maior certeza do direito a ser declarado/constituído pelo agente político do Estado³⁹.

Exemplo oportuno desse movimento de retificação, acolhido pelo Projeto do novo CPC, em que se privilegia, frise-se, a efetividade em detrimento da segurança, encontra-se no trato da matéria prescricional. Passou a ser matéria de ordem pública, a partir de 2006, autorizando assim que o juiz pudesse declará-la a qualquer tempo, mesmo que não requerida pela parte ré em peça defensiva. O prisma da modificação é todo direcionado para a efetividade e para a conseqüente célere extinção do processo, com julgamento de mérito (art. 269, IV do CPC). Agora, pensando no princípio da segurança jurídica, não se poderia cogitar no interesse do réu em não ter reconhecida, de plano, a prescrição e sim em ter, após adequada instrução, uma sentença de mérito propriamente dita, favorável as suas pretensões (art. 269, I do CPC)? Sim, pois haveria, ao menos, um substrato ético (questão moral) que indicaria para o interesse do réu de ver analisado o mérito da causa pelo Poder Judiciário, a fim de ter publicada uma sentença de improcedência (art. 269, I, *Versus* art. 269, IV, CPC).

Com a devida ressalva feita ao movimento de retificação, confirmamos que as reformas tópicas são indispensáveis e legitimam a manutenção da estrutura processual vigente, diante da transformação pela qual passou o mundo e o Brasil desde 1973. Já quanto à necessidade de um novo CPC, a crítica deixa de ser pontual, apresentando elementos mais complexos.

Ocorre que, no nosso sentir, antes de qualquer outro argumento, permanece viável a interpretação do sistema processual montado diante da realidade/contemporaneidade

³⁸ THEODORO JR., Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica* in Revista Magister de direito civil e processual civil n° 11, 2006, p. 5-32.

³⁹ Isto sem contar com o efeito prospectivo que se espera de boa parte das decisões de mérito com o selo do Poder Judiciário. A propósito, explica Owen Fiss que modelos extrajudiciais podem representar risco a uma maior efetivação da atuação do poder jurisdicional, ao qual caberia julgar a fundo as controvérsias, lavrando justa decisão de mérito, em face do caráter prospectivo do *decisum*, servindo o julgado como eventual paradigma para outros futuros casos semelhantes (FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação de trad. por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 152 e 202).



constitucional⁴⁰ – não existindo na própria exposição de motivos do Projeto dados objetivos que apontem para a necessidade de movimento de absoluta retificação, especialmente em face de um suposto desajuste incorrigível do modelo infraconstitucional com os comandos contidos na Lei Fundamental. Nesse contexto encaixa-se a precisa concepção jus-filosófica de Miguel Reale ao expor que, enquanto possível, a norma jurídica deve ser mantida, não apenas em razão do princípio de economia de meios, mas sobretudo porque as longas pesquisas sobre a interpretação e a aplicação de uma lei, sobretudo quando fundamental, representam um cabedal de experiência e de conhecimentos doutrinários que deve ser preservado⁴¹.

Seria mais indicado, de acordo com a exposição contida nesse ensaio, prosseguir o estudo das reformas do CPC/1973, pautando-se a investigação pela preocupação com questões da efetividade do rito, mas sem deixar de levar em consideração a segurança jurídica – entendida em sintonia com o devido processo legal, o que trataria de garantir, em última instância, a legitimidade da decisão a ser pronunciada pelo Estado-juiz.

Além disso, ao que parece não há um amplo projeto para construção de um novo CPC que conte com a adesão de expressivo número de juristas e segmentos da sociedade⁴². As oposições à aprovação do Projeto, na forma em que redigido, são inúmeras, inclusive da OAB⁴³, sendo usualmente comentada a incrível falta de debate com a sociedade política para

⁴⁰ “(...) quando a lei processual é posta à luz do direito material e interpretada a partir da Constituição, uma primeira impressão de incapacidade da regra processual para lidar com determinada situação de direito substancial, ou mesmo eventual omissão da legislação processual diante de uma real necessidade de tutela do direito material, pode ser facilmente contornada e suprida sem que se torne necessário propor qualquer alteração da lei processual ou ainda a inserção de nova norma no Código de Processo Civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Ideias para um renovado direito processual* in Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. São Paulo: Juspodium. 2009. p. 125-146). No mesmo diapasão, já no final do séc. XIX, referência expressa sobre a valiosa contribuição da Lei Fundamental na compreensão/utilização do ordenamento infraconstitucional pode ser pesquisada: BARBOSA, Rui. *A constituição e os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida.

⁴¹ Acrescenta o renomado jurista que “é esse espírito que dá à Ciência do Direito a qualidade de Jurisprudência, não significando a prudência mero apego ao vetusto ou superado, mas antes a consciência de promover a novidade na medida de sua real correspondência a reais anseios da comunidade” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 32).

⁴² Dentre alguns recentes artigos em que se já feitas críticas ao modelo proposto pelo Projeto, menciona-se: PINTO, Almir Pazzianotto. *Novo código de processo?* Extraído do site Migalhas. Acesso em 12 nov. 2010.

⁴³ *Manifesto contra o novo CPC da OAB SP*. Extraído do site da OAB/SP. Acesso em 12 nov. 2010.



encaminhamento do Projeto ao Senado⁴⁴ - mesmo porque há evidente necessidade de maturação de alguns (*rectius*: vários) aspectos polêmicos (honorários ex officio no Tribunal, extinção dos embargos infringentes e do procedimento cautelar, sustentação oral em Agravo de Instrumento, dentre outros).

A própria “esquizofrenia legislativa” em processo civil – com reformas ao CPC/1973 e perspectiva de um novo CPC simultaneamente – aponta que sequer no legislativo federal há sintonia a respeito do caminho a ser seguido. De fato, causa perplexidade que, em 2010, sendo encaminhado o Projeto ao Congresso com incrível rapidez e sendo aprovado o Projeto pelo Senado em regime de urgência, continuemos com reformas ao CPC/1973, como aquela que implementou o “Agravo nos autos do processo”.

Mais: especialmente dos operadores do direito que atuam na Justiça Federal já são levantadas críticas à falta de maior regulamentação, pelo Projeto, do processo eletrônico. Conforme aponta o magistrado federal Vicente de Paula Ataíde Jr. no espírito do novo CPC o processo eletrônico ainda é exceção, o que vai de encontro à busca por uma gestão administrativa profissional, ágil e de qualidade – tudo a mostrar que a nova codificação poderá já nascer velha⁴⁵.

Por fim, não nos animamos sobremaneira com a mudança de código processual porque entendemos que os reais fatores que determinam a lentidão na prestação jurisdicional não estão na estrutura da lei (*rectius*: na letra do código de processo). Sem o objetivo de esgotar a matéria, há de se deixar registrado que a prática forense realmente nos revela que “os prazos mortos” são um dos grandes, senão o maior, responsável pela angustiante paralisia dos feitos, em qualquer grau de jurisdição – estando eles diretamente relacionados com a falta de verbas orçamentárias para o judiciário, bem como a má administração daquelas repassadas dentro

⁴⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Primeiras observações ao projeto de novo código de processo civil – PL 166/2010 – Senado* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37, 2010, p. 56-85.

⁴⁵ Eis a razão pela qual o jurista afirma que não haveria condições técnicas do novo CPC durar 50 anos, conforme acredita especialmente Luiz Fux, Presidente da Comissão do Projeto 166/2010 (PAULA ATAÍDE JR., Vicente de. *O novo CPC: Escrito com tinta escura e indelével* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37, 2010, p. 102-106).



mesmo desse poder estatal, daí resultando uma relação inversamente proporcional entre o número de juízes e serventuários admitidos e o número de demandas que inundam os foros⁴⁶.

Vê-se, nesses contornos, que o verdadeiro problema, obstaculizador da efetividade do processo, é antes político/administrativo do que técnico/jurídico⁴⁷, sendo certo, a partir dessa premissa, que não se obterão melhorias significativas em termos de agilização da prestação jurisdicional com reformas processuais tópicas ou mesmo implementação de um novo texto processual⁴⁸. Nesse sentir, oportuno o manifesto da OAB/SP contra o novo CPC, ao deixar consignado que antes de se pensar em um novo diploma processual, devemos nos ocupar, no mínimo, com sete problemas que emperram nosso Judiciário e que nada têm a ver com os defeitos do CPC: 1. Ausência da vontade política para criar um Judiciário eficiente; 2. Falta de investimento de recursos orçamentários para o aparelhamento da Justiça; 3. Falta de informatização completa dos órgãos jurisdicionais e administrativos do Poder Judiciário; 4. Falta de capacitação, motivação e remuneração do pessoal da Justiça; 5. Número relativamente baixo de juízes; 6. Falta de capacitação específica dos nossos magistrados para administrar cartórios e secretarias; 7. Ausência de padronização da rotina administrativo-cartorária⁴⁹.

⁴⁶ Como disserta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “a adequação da tutela deve ser considerada como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.136). A respeito do tema, cabível ainda consultar: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica* in AJURIS n° 35, 2008, p. 57-71; PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organização e revisão de tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 12-13. Assim, na esteira do que é preconizado pelo renomado mestre da escola gaúcha de processo, indagamos: como se obter uma tutela adequada, se demorada? Efetivamente, justificativas para a longa solução de feitos em nosso país, demanda um estudo sobre questões sociais e opções políticas.

⁴⁷ Sobre a problemática, bem tratou o mestre Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, J. C. *A justiça no limiar do novo século* in Revista Forense (319):69-75; *Efetividade do processo e técnica processual* in Ajuris (64): 149-161.

⁴⁸ Em maiores linhas, com dados estatísticos a respeito, consultar: RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 237-241.

⁴⁹ *Manifesto contra o novo CPC da OAB SP*. Extraído do site da OAB/SP. Acesso em 12 nov. 2010.



3.4. Quadro comparativo com as reformas do CPC italiano/1940; o modelo da lei italiana 69/2009 e o Projeto de Lei 166/2010 para um novo CPC brasileiro

Começando a tratar mais detidamente do Projeto de Lei 166/2010 para um novo CPC brasileiro importante o registro inicial de que há algumas similitudes da proposta pátria com o modelo de reforma implementada na Itália, através da lei 69/2009.

Pelo Projeto há opção pela simplificação e rapidez de um “procedimento sumário de cognição” em oposição a um rito de “cognição plena e exauriente”; situação exata que se deu, no direito comparado, pela introdução da lei processual italiana 69/2009 – que tratou da última grande reforma ao CPC italiano/1940 – *sul procedimento sommario di cognizione e prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell’istruzione della causa Versus la cosiddetta cognizione piena ed esauriente*⁵⁰.

Ao que parece, então, o modelo italiano que já havia sido uma forte inspiração para a constituição e remodelação do Código Buzaid (lembrando que as grandes alterações do Código italiano de 1940 deram-se justamente entre 1990-1995⁵¹), passa a ser também para a sua mais ampla retificação, de acordo com o texto da reforma introduzida pela Lei 69/2009.

Mas as similaridades não param por aí. Também na Itália, como ocorre por aqui, vem se sucedendo reação firme da doutrina em razão do teor da reforma do sistema processual – sendo por lá da mesma forma denunciada a esquizofrenia legislativa *che non aiuta gli operatori del diritto e che non reca certo beneficio al funzionamento della giustizia civile* bem como criticada a rapidez exagerada na implementação de reformas importantes *senza un adeguato*

⁵⁰ CAPPONI, Bruno. *Note sul procedimento sommario di cognizione*. Extraído do site Judicium Saggi. Acesso em: 08 nov. 2010.

⁵¹ A respeito, consultar especialmente em: TARUFFO, Michele. *Le preclusioni nella riforma del processo civile* in *Rivista di Diritto Processuale Civile* n° 68, 1992, p. 296-310; TARZIA, Giuseppe. *O novo processo civil de cognição na Itália*. Trad. por Clayton Maranhão in *Revista de Processo* n° 79, 1995, p. 51-64.



*approfondimento e un serio confronto, che deve coinvolgere non solo la dottrina, ma tutti gli operatori del diritto*⁵².

4.0 PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1. Linhas inovadoras do Projeto; a sistematização de uma Teoria Geral de Processo Constitucional

Mesmo deixando clara a nossa posição a respeito da (desnecessidade de) substituição do modelo processual de 1973, devemos partir para uma análise geral do Projeto de Lei 166/2010, diante da real possibilidade de sua conversão em lei, em tempo expedito. Mesmo porque, devemos também reconhecer, há evidentemente pontos positivos trazidos pelo Projeto, muitos dos quais passaremos a elencar nesta passagem.

Além de algumas novidades que terão seu devido espaço nos itens seguintes deste capítulo, salientemos, por ora, relevantes inovações como: a possibilidade de apresentação de peça recursal mesmo antes do prazo legal (sem riscos para o causídico de ser declarada a intempestividade da irresignação) – art. 174, § único do Projeto; a possibilidade do voto vencido servir expressamente para fins de prequestionamento (o que evita que o procurador tenha que interpor embargos de declaração diante de acórdão para o fim específico de prequestionamento) – art. 861, § 3º do Projeto; a explicitação dos limites restritivos da eficácia preclusiva da coisa julgada material (sendo superada anterior indefinição que rondava a interpretação do atual art. 474 do CPC/1973) – art. 489 do Projeto; a explicitação da possibilidade real de participação do revel na instrução do processo (sendo superada anterior indefinição que rondava a interpretação do art. 330, II c/c art. 319, ambos do CPC/1973) – art. 347 do Projeto; e a determinação de que o juízo de admissibilidade recursal só ocorra perante o

⁵² PUNZI, Carmine. *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie* in Rivista di diritto processuale, Ano 64, segunda série, n° 5, 2009, p. 1197-1239.



Tribunal ad quem (sendo liberado o *Juízo a quo* de responsabilidade prévia a respeito, como ocorria nos termos do atual art. 518 do CPC/1973) – art. 926 do Projeto.

Entendemos ainda como positiva a apresentação inicial de uma sistematização da teoria geral do processo, nos onze primeiros artigos do Projeto, com disposições claras de processo constitucional (em capítulo denominado “Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil”), resultado do “profundo amadurecimento do tema que hoje se observa na doutrina processualista brasileira”⁵³.

A partir desses dispositivos é explicitado o contemporâneo pensamento processual a respeito da proximidade do texto adjetivo com a lei maior, além de serem externadas exigências mais atuais no processo civil como a da formação de contraditório prévio anterior à decisão judicial sobre ponto ainda não discutido entre as partes, ainda que se trate de matéria sobre a qual possa o julgador decidir de ofício (art. 10 c/c art. 110, § único do Projeto).

Fica claro, pelo texto do Projeto, que as partes não podem ser surpreendidas, sendo oportunizado que se manifestem sobre qualquer tema, de ordem pública ou não, antes que o Estado-juiz decida a respeito⁵⁴ – situação fundamental para a proteção das partes, que já vinha sendo denunciada anteriormente pela doutrina⁵⁵. Especialmente quanto às matérias de ordem pública, o julgador deve então sinalizar para qual tema pode vir a reconhecer “ex officio”, abrindo prazo para as partes se manifestarem a respeito desse novel possível encaminhamento – *v.g.*: matéria prescricional, conforme já trabalhado neste ensaio (art. 469, § único do Projeto); ainda, quando do trato dos recursos em espécie, o Projeto (art. 937, § único), explicita mais uma vez a linha do “contraditório prévio”, ao tratar de eventual efeito modificativo do julgado em declaratórios.

⁵³ Passagem extraída da Exposição de Motivos do Projeto (GUEDES, Jefferson Carús; DALL’ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). *Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 27).

⁵⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38, 2010, p. 05-33.

⁵⁵ A respeito, em defesa desse nível profundo de contraditório: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório* in Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis 1, 1998, p. 7/27; RUBIN, Fernando. *O contraditório na visão cooperativa do processo* in Revista Dialética de Processo Civil n° 94, 2011, p. 28-44.



4.2. Relativização do princípio dispositivo; flexibilização no marco de alteração da causa de pedir/pedido; e o destaque para as matérias reconhecíveis de ofício

Avançando para a exposição de determinados temas que realmente sofreram alteração digna de nota, pelo Projeto para um novo CPC, destacamos inicialmente aqueles que se colocam no sentido de aumento do poder do Estado-juiz na condução do processo.

Houve relativização ao princípio dispositivo ao ser anunciado pelo art. 2º do Projeto que podem ser admitidas exceções, previstas em lei, para a máxima de que “o processo começa por iniciativa da parte”. Ou seja, expressamente se admite que o Estado-juiz possa propor a ação, o que contraria o consagrado princípio da demanda; decorrendo desta premissa a real possibilidade de o juiz conceder de ofício medidas de urgência – situação, aliás, que vem regulamentada no art. 284 do mesmo Projeto⁵⁶.

Além de considerarmos a sintonia entre os arts. 2º e 284 do Projeto, também nos traz preocupação a cláusula aberta criada no primeiro dispositivo (“exceções previstas em lei”), viabilizando que futuramente possam novas leis desenvolver hipóteses de início do processo por iniciativa exclusiva do órgão judicial, o que traria aumento considerável e, quem sabe perigoso, do poder do Estado-juiz no processo – sempre lembrando que o princípio dispositivo sempre esteve diretamente vinculado à preservação da imparcialidade e justeza de comportamento que se espera do Poder Judiciário.

Outra mudança importante nas linhas do processo civil no Brasil é a previsão de flexibilização no marco de alteração da causa de pedir/pedido. Prevê o Projeto, no seu art. 314, que o autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de

⁵⁶ Em respeito ao princípio dispositivo, aplicado no modelo do Código Buzaid, já tivemos a oportunidade de explicitar que o juiz não pode conceder de ofício e nem mesmo revogar de ofício uma tutela de urgência, ainda mais se se tratar de tutela antecipatória do mérito (RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Especialmente p. 136-139).



pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório e facultada a produção de prova suplementar.

Nesse caso, temos que a inovação é digna de aplauso, ao passo que é deveras rigorosa a previsão do atual art. 264 do CPC, ao impedir qualquer alteração da causa de pedir/pedido após o saneamento do feito. No entanto, conforme estudo de direito comparado que já tivemos a oportunidade de realizar, pode-se discutir o marco fixado pelo Projeto – já que poderia ser colocado em momento um pouco anterior, a fim de que não seja criada uma celeuma processual, com modificações de pontos sensíveis da demanda à beira da prolação de sentença de mérito⁵⁷.

Assim, de acordo ainda com destacada lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁵⁸, defendemos que conquanto a fixação e estabilização do pedido e da causa de pedir constituam, nos sistemas processuais modernos, limites formais intransponíveis para o órgão judicial, seria mais recomendável para o processo brasileiro que se abrisse a possibilidade de *modificação da demanda na primeira audiência de debates* (audiência prevista no atual art. 331 do CPC), depois de esclarecidos os fatos da causa em diálogo mantido pelo órgão judicial com as partes.

Como ocorre no direito comparado, embora o juiz não deva determinar *ex officio* qualquer alteração na causa de pedir/pedido, pode, em meio ao feito, incentivar o diálogo para esse fim diante do permissivo legal flexibilizante – o que, mesmo que indiretamente, acarreta em aumento do poder do Estado-juiz na condução do processo. Nesse caso, ratificamos o nosso entendimento, eventual acréscimo de poder do agente político justifica-se, situação diversa daquela que envolve a relativização do princípio dispositivo.

Por derradeiro, nessa conjectura, cabe registro ao destaque empregado pelo Projeto para as matérias reconhecíveis de ofício. Em novel redação, o art. 107, II do Projeto disciplina genericamente que o juiz dirigirá o processo incumbindo-lhe prevenir ou reprimir qualquer ato

⁵⁷ RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Especialmente p. 216-225.

⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo* in *Ajuris* n° 90, 2003, p. 55-83.



contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, “aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei”.

Tal dispositivo é o mais direto no que toca à caracterização de fortes poderes ao Estado-juiz como diretor do processo, sendo incentivado sobremaneira, como podemos visualizar, a participação direta e constante do magistrado na condução do feito – dispondo, inclusive, de medidas oficiosas para aumentar a eficácia da medida.

Comparado com o texto do CPC/1973, nota-se, portanto, o interesse do Projeto em determinar certo incremento na participação oficiosa do magistrado no processo, até mesmo porque não existe no Código Buzaid disposição genérica a respeito do assunto, no art. 125 (paralelo do art. 107 do Projeto) – sendo que essa iniciativa, *s.m.j.*, tende a conceder poderes excessivos ao juiz na gestão do processo⁵⁹.

4.3. Simplificação do sistema recursal

Em busca da tão aguardada efetividade/celeridade na prestação jurisdicional, foram suprimidos do sistema recursal os embargos infringentes e o agravo retido.

Sobre a exclusão da forma retida do recurso de agravo, esta modalidade, dentro da sistemática do CPC/73, auferia um objetivo explicitamente anti-preclusivo, que na prática em pouco repercutia, dada a ínfima reversão de recursos em que se sustentava a preliminar. Pelo texto do Projeto, diante de decisão interlocutória de menor gravidade, que não desafia o agravo de instrumento, não há sequer a necessidade de apresentação de protesto anti-preclusivo, como ocorre na Justiça do Trabalho; o modelo proposto pelo Projeto é ainda mais simples, na linha seguida pelos Juizados Especiais Cíveis, em que se deve apresentar a irresignação com a decisão interlocutória como preliminar em razões recursais, caso no mérito efetivamente tenha sido lavrada também decisão contrária aos interesses da parte.

⁵⁹ *Em busca da rapidez com segurança jurídica*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal, ano 5, n° 8, setembro de 2010, p. 35.



Já a respeito da exclusão dos embargos infringentes, entendemos que se figura realmente polêmica a sua supressão, ao passo que esse é o último recurso que a parte possui para discutir, a fundo, a totalidade das questões de fato perante o Judiciário – dada a vedação tradicional de levar tal matéria às superiores instâncias, conforme prevê a consagrada Súmula nº 07 do STJ⁶⁰.

Por outro lado, tendo em vista o interesse na simplificação do sistema recursal, a manutenção do reexame necessário pelo legislador brasileiro poderia ser uma incógnita, ainda mais quando observamos uma série constante de modificações normativas pautadas justamente para operar a celeridade processual e desafogar o Poder Judiciário acerca de demandas repetitivas.

Ademais, outro ponto polêmico que se pode comentar em relação ao Projeto em matéria recursal diz respeito ao novel teor do art. 954, §§ 2º e 3º. Prevê o dispositivo que diante de recursos repetitivos encaminhados às instâncias extraordinárias, os processos nas instâncias inferiores, em que se discute idêntica controvérsia de direito, devem ficar suspensos. Não pretendemos adentrar a fundo na discussão sobre a redução da liberdade de decisão dos julgadores, muito embora reste bastante latente o desiderato, com o Projeto 166/2010, de limitar a atividade interpretativa nas cortes judiciais inferiores⁶¹ – medida essa que se afigura, *prima facie*, bastante preocupante⁶².

⁶⁰ STJ Súmula nº 07 - DJ 03.07.1990 - Reexame de Prova - Recurso Especial: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁶¹ RUBIN, Fernando; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Observações ao projeto do novo código de processo civil: (des)necessidade do movimento de reforma e inovações no sistema recursal* in Revista AJURIS nº 120, 2010.

⁶² Já na década de 90 Miguel Reale apontava justificada preocupação com a questão da estabilização absoluta dos entendimentos jurisprudenciais em matéria de direito: “as súmulas, como modelos jurisdicionais, tendem a adquirir certa estabilidade, e não há nada nessa adoção oblíqua do ‘stare decisis’, importada no Common Law, desde que não se resvale para a rotina. Dever dos juristas, tendo à frente a categoria pugnaz dos advogados, é zelar para que não se enferruje o mecanismo jurisdicional, de maneira que os modelos jurisdicionais sejam constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, em virtude da emergência de novos valores sócio-econômicos, ou, por melhor dizer, culturais” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 72).



4.4. Minoração na aplicação da técnica preclusiva

A simplificação do sistema recursal com a extinção do agravo retido tem como pano de fundo a minoração na aplicação da técnica preclusiva, ao passo que as decisões interlocutórias de menor gravidade (*rectius*: não sujeitas a agravo de instrumento) passam a não serem cobertas pelo manto da preclusão, devendo a irresignação ser diretamente encaminhada ao Tribunal, se houver necessidade, como preliminar ao mérito de apelação.

Resta então amenizada a ideia da preclusão para as partes, ao dispor o parágrafo único do art. 929 do Projeto que as decisões interlocutórias, produzidas incidentalmente antes da sentença, poderão ser impugnadas pela parte sucumbente, em preliminar, em sede de razões ou de contrarrazões de apelação⁶³.

Claro que essa mitigação dos efeitos preclusivos é relativa, já que as decisões interlocutórias sujeitas a Agravo de Instrumento, ratifique-se, seguem a regra tradicional de preclusão – informando o caput do art. 929 que cabe esse último recurso contra decisões que: versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência; versarem sobre o mérito da causa; proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução; em outros casos referidos em lei.

Mais: em relação à decisão final também não há qualquer relativização da técnica preclusiva perante as partes, já que, conforme dispõe o art. 923 e ss. do Projeto, da sentença cabe apelação no prazo de quinze dias, sob pena de imediato trânsito em julgado da demanda.

Ainda: a preclusão para as partes no que toca aos atos de impulsionamento da demanda seguem inalterados, permanecendo vigentes os prazos para, v.g., defesa, apresentação de quesitos, juntada de laudo do perito assistente, os quais se não cumpridos criam determinado ônus para a parte, operando-se o desenvolvimento do feito sem a medida tempestivamente apropriada.

⁶³ *Novo Código de Processo Civil: comparativo entre o novo CPC e o CPC de 1973*. Organizadores: Jefferson Carús Guedes, Felipe Camilo Dall’Alba, Guilherme Beaux Nassif Azem, Liliane Maria Busato Batista. Prefácio de Dias Tofolli. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 251.



Por fim: seguem as regras tradicionais de preclusão as decisões prolatadas pelo Estado-juiz, o qual não pode, por regra, voltar atrás após publicações de posicionamento seu (art. 471 c/c 521 do CPC/1973; art. 486 c/c 928 do Projeto) ⁶⁴.

Portanto, devemos tomar cuidado na análise da alteração da técnica preclusiva imposta pelo Projeto, já que, em verdade, só há uma pequena alteração na sistemática, especificamente em relação à preclusão para as partes envolvendo decisão interlocutória de menor monta; não havendo substancial alteração em relação à preclusão para as partes envolvendo as principais decisões interlocutórias e a decisão final, em relação à preclusão para as partes envolvendo os atos de impulsionamento da demanda, bem como em relação à preclusão para o Estado-juiz.

5. CONCLUSÃO

O momento histórico de confecção do Código Buzaid apontava para a necessidade de sua vigência, dado o grau de cientificidade e organização que pautam a sua estrutura – quando comparado com o modelo de 1939.

Da mesma forma, a onda reformista (1992-2010), embora tenha concedido peso demasiado ao princípio da efetividade (em detrimento da segurança jurídica), justifica-se em razão da série de transformações pelas quais passaram a sociedade brasileira e mundial, desde 1973.

A busca pela solução dos conflitos coletivos – em leis esparsas – e a preocupação – dentro do Código – pela agilização/desburocratização na prestação jurisdicional, com a implantação da tutela de urgência (reformas de 1994) e a aproximação das linhas ordenadoras do processo de execução com as do processo de conhecimento (reformas de 2006) são marcos significativos e importantes desse movimento de retificação.

⁶⁴ A respeito de estudo aprofundado sobre preclusão para atos das partes e do Estado-juiz, consultar: RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; RUBIN, Fernando. *Preclusão: Constituição e Processo* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38, 2010, p. 79-96.



No entanto, o Projeto 166/2010 para um novo CPC, ao que parece, vem de encontro a esta tentativa de aprimoramento do Código/1973, ainda mais se há certa convicção da viabilidade de interpretação do Código reformado a partir da realidade constitucional.

Justamente a denunciada “esquizofrenia legislativa” em processo civil – também criticada pela doutrina italiana, em relação às reformas vindas com a mais recente Lei 69/2009 – aponta para a dificuldade de se compreender a simultaneidade da implementação de reformas ao CPC/1973 e de votação de um Projeto para a entrada em vigor de um novo sistema processual. Espera-se que no ano de 2011 haja uma superação do conflito, sendo suspenso um dos dois processos, para que ainda maiores confusões e angústias não povoem a mente dos operadores do direito pátrio.

Ao analisarmos em maiores detalhes o Projeto 166/2010 viu-se que há também pontos positivos, os quais merecem o devido registro – embora perfeitamente pudessem integrar projetos de reformas pontuais ao Código/1973 (integrando, assim, a onda reformista). A sistematização de uma Teoria Geral de Processo Constitucional (com destaque à formulação do contraditório prévio anterior a qualquer decisão judicial sobre ponto relevante ainda não discutido entre as partes litigantes), a flexibilização no marco da alteração da causa de pedir/pedido (sendo superado o atual rígido modelo previsto no art. 264 do Código Buzaid, ao ser admitido, conforme já se sucede no direito comparado, a alteração da causa de pedir/pedido em momento posterior ao do saneamento), e a simplificação do sistema recursal c/c a minoração na aplicação da técnica preclusiva (tudo a partir da extinção do agravo retido, deixando assim de ser matéria preclusiva as decisões interlocutórias menos graves) são exemplos bem oportunos.

Mesmo assim, encerramos o estudo defendendo que sendo o CPC/1973 uma obra memorável, não imaginamos que a alteração da norma central do eixo do processo civil brasileiro terá, por si só, o condão de sanar problemas de cunho cultura e social, tornando a tutela jurisdicional efetiva e o processo justo. Por certo, conforme bem apregoou, por último, o Manifesto contra o novo CPC da OAB/SP, antes de se pensar em mexer novamente na letra da lei, deveria se cogitar de investimentos em cartórios judiciais, com autorização para o aumento



do número de julgadores e de servidores do Poder Judiciário, para que fosse, enfim, superado o maior dos problemas do judiciário brasileiro que são os “prazos mortos”.

Diga-se, ainda nesse contexto, que há convicção de que o Projeto 166/2010 não foi devidamente debatido pela sociedade política, situação que evidentemente aumenta a possibilidade de, em sendo aprovado, começarem a ser propostas reformas ao possível novo CPC em curto lapso temporal (*v.g.*, em matéria de utilização do processo eletrônico) – tudo a nos fazer crer, neste momento, que é, de certo ponto, utópica a perspectiva de sobrevivência do novo CPC por meia década, como acreditam alguns dos seus projetistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório* in Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis 1, 1998, p. 7-27
- —. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- —. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica* in AJURIS n° 35, 2008, p. 57-71.
- —. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ALVIM, Arruda. *Lei n° 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219 do CPC* in Revista de Processo n° 143, 2007, p. 13-25.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2008.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- —. *Reforma processual: 10 anos* in Revista Forense n° 362, 2002, p. 15-23.
- ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- BARBOSA, Rui. *A constituição e os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida.



- BARBOSA MOREIRA, J. C. *A justiça no limiar do novo século* in Revista Forense (319):69-75.
- —. *Efetividade do processo e técnica processual* in *Ajuris* (64): 149-161.
- —. *La igualdad de las partes em el proceso civil* in Temas de direito processual, Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARROSO, Luis Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo* in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros n° 94, 2000, p. 79-97.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- BUZAID, Alfredo. BUZAID, Alfredo. *Da apelação “ex officio” no sistema do código do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.
- —. *Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro* in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31-48.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAPPONI, Bruno. *Note sul procedimento sommario di cognizione*. Extraído do site *Judicium Saggi*. Acesso em: 08 nov. 2010.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Primeiras observações ao projeto de novo código de processo civil – PL 166/2010 – Senado* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37, 2010, p. 56-85.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 1993.
- —. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38, 2010, p. 05-33.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1994.
- FAZZALARI, Elio. “Procedimento e processo (teoria generale)” in *Enciclopedia del diritto*, n° 35, 1986, p. 819-835.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação de trad. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.
- FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. *O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança* in Revista de Processo n° 185, 2010, p. 146-50.



- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- GUEDES, Jefferson Carús; DALL'ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). *Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Ideias para um renovado direito processual* in Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. São Paulo: Juspodium. 2009. p. 125-146.
- MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid* in *Revista de Processo* nº 183, 2010, p. 165-194.
- MOREIRA PINTO, Júnior Alexandre. *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda in Causa de pedir e pedido no processo civil*. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci e José Rogério dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.
- NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006.
- PAULA ATAÍDE JR., Vicente de. *O novo CPC: Escrito com tinta escura e indelével* in *Revista Magister de direito civil e processo civil* nº 37, 2010, p. 102-106.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organização e revisão de tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- PINTO, Almir Pazzianotto. *Novo código de processo?* Extraído do *site Migalhas*. Acesso em 12 nov. 2010.
- PUNZI, Carmine. *Le riforme del processo civile e degli instrumenti alternativi per la soluzione delle controversie* in *Rivista di diritto processuale*, Ano 64, segunda série, nº 5, 2009, p. 1197-1239.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. *O vai e vem do recurso de agravo: uma nova modalidade de sua interposição – o agravo nos autos do processo* in *Revista Dialética de Processo Civil* nº 94, 2011, p. 89-98.



- RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- —. *O contraditório na visão cooperativa do processo* in Revista Dialética de Processo Civil n° 94, 2011, p. 28-44.
- —. *Preclusão: Constituição e Processo* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38, 2010, p. 79-96.
- —.; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Observações ao projeto do novo código de processo civil: (des)necessidade do movimento de reforma e inovações no sistema recursal* in Revista AJURIS n° 120, 2010.
- SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil. Volume I – Teoria geral do direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- TARUFFO, Michele. *Le preclusioni nella riforma del processo civile* in Rivista di Diritto Processuale Civile n° 68, 1992, p. 296-310
- TARZIA, Giuseppe. *O novo processo civil de cognição na Itália*. Trad. por Clayton Maranhão in Revista de Processo n° 79, 1995, p. 51-64.
- THEODORO JR., Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica* in Revista Magister de direito civil e processual civil n° 11, 2006, p. 5-32.
- —. *Um novo código de processo civil para o Brasil* in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37, 2010, p. 86-97.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.



Legislações estaduais sobre as *class actions* norte-americanas: um estudo panorâmico

(State's statutes on class actions in the U.S.A.: a panoramic study)

Andre Vasconcelos Roque

Lawyer in Rio de Janeiro. Masters in Procedural Law at the Rio de Janeiro State University (UERJ), Brazil. Member of the Brazilian Institute of Procedural Law (IBDP) and the Association of the Bar of the City of New York

Sumário. 1. Introdução: a importância de um estudo sobre o tema – 2. Noções fundamentais sobre as *class actions* norte-americanas – 3. As legislações estaduais sobre *class actions* – 4. Algumas conclusões extraídas do presente estudo – 5. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar um estudo panorâmico das legislações estaduais sobre ações coletivas nos Estados Unidos, com a finalidade de demonstrar a influência do modelo estruturado nas *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) sobre as normas locais em relação ao tema em discussão. O estudo que aqui se apresenta revela, além da forte influência exercida pelas regras da FRCP, que a matéria tem sofrido rápidas transformações, evidenciando ainda a sobreposição existente entre alguns dos requisitos de admissibilidade e categorias de *class actions* tradicionalmente conhecidos na Justiça Federal dos Estados Unidos. Uma tendência recente verificada tem sido a aprovação de reformas para compatibilizar as regras estaduais às recentes alterações promovidas na Regra 23 das FRCP.

Palavras-chave: Ações coletivas – direito comparado – legislação estadual norte-americana

Abstract: This article aims to present a panoramic study of state laws about class actions in the United States, in order to demonstrate the influence of the structured model in the Federal Rules of Civil



Procedure (FRCP) on local rules with respect to the subject matter under discussion. This study reveals, in addition to the strong influence exercised by the FRCP, that the matter under discussion has undergone rapid changes, showing also the overlap between some of the admissibility requirements and categories of class actions traditionally known in federal courts of the United States. A recent trend observed is the approval of legislative reforms to match the state rules to recent changes introduced in Rule 23 of the FRCP.

Keywords: Class actions – comparative law – American state law

1. Introdução: a importância de um estudo sobre o tema

Muito já se escreveu na doutrina brasileira sobre as ações coletivas nos Estados Unidos, tradicionalmente conhecidas como *class actions*. Até os anos noventa do século XX, as obras publicadas em nosso país apresentavam o assunto a partir de estudos já realizados pelos autores italianos, sem consultar diretamente as fontes estadunidenses. A partir do livro precursor de José Rogério Cruz e Tucci¹, outros trabalhos se seguiram², utilizando de forma crescente as fontes norte-americanas até que, no ano de 2007, foi publicada a primeira obra específica a respeito das ações coletivas nos Estados Unidos, de autoria de Antonio Gidi³. Nada obstante, o tema tem se mostrado bastante complexo, revelando vários aspectos ainda inexplorados pela doutrina brasileira.

O autor do presente artigo também já teve a oportunidade de estudar a matéria de forma mais detida em sua dissertação de mestrado, intitulada *A experiência das class actions*

¹ V. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

² V. BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. *Revista de Processo*, n. 82, 1996, p. 92/151; LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 149/167; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class actions for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In: MILARÉ, Édís. (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 63/97 e BARROSO, Luís Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*, *Revista de Processo*, n. 130, 2005, p. 131/154.

³ V. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.



norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil, em que se buscou, a partir da experiência norte-americana, extrair elementos que pudessem auxiliar no aprimoramento das ações coletivas em nosso país. Ao longo desse trabalho, o autor se deparou com algumas dificuldades para a adequada compreensão do assunto, especialmente no que tange à estrutura geral do direito processual estadunidense que, sob diversas facetas, se mostra bem diferente do modelo brasileiro⁴.

Ao lado dessas dificuldades, cuja discussão⁵ extrapolaria os estreitos limites do presente estudo, é preciso destacar que uma das principais características do modelo federativo norte-americano é que, ao contrário do que se verifica no Brasil, os Estados-membros sempre possuíram ampla autonomia legislativa, inclusive para editar leis sobre direito processual⁶. Isso quer dizer, para os fins deste trabalho, que cada um dos estados americanos poderá ter a sua própria legislação sobre ações coletivas.

Torna-se necessário, portanto, delimitar o âmbito de incidência das legislações estaduais e federal sobre ações coletivas. De uma forma geral, a questão remete ao tema da divisão de competências entre a Justiça Federal e as Justiças Estaduais naquele país. Trata-se de

⁴ Apenas a título de uma rudimentar comparação, confrontem-se as *Federal Rules of Civil Procedure*, que disciplinam o processo civil na Justiça Federal estadunidense, com o Código de Processo Civil brasileiro. As FRCP possuem apenas oitenta e seis regras, ao passo que o nosso CPC contém mais de mil e duzentos artigos. É verdade que a brutal diferença apontada não pode ser atribuída exclusivamente à flexibilidade do direito norte-americano, nem ao formalismo e detalhismo do processo civil brasileiro. As FRCP são redigidas em um estilo diferente, permitindo normas bastante extensas. Além disso, o CPC brasileiro tem – ou pelo menos teve, no momento de sua aprovação – a pretensão de disciplinar praticamente toda a matéria processual civil. As FRCP nunca tiveram qualquer pretensão de completude. O direito americano como um todo, aliás, se mostra avesso a modelos abstratos ou sistemas rígidos.

⁵ Para uma discussão aprofundada sobre as dificuldades envolvidas, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *A experiência norte-americana das class actions: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. 1071 f. Dissertação de mestrado (Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, especialmente p. 17/22.

⁶ Algumas passagens de livros norte-americanos revelam isto de forma bem clara. A utilização do termo *jurisdiction* (jurisdição) pela doutrina estadunidense, em vez de *competence* (competência), constitui um excelente exemplo disso. Os autores americanos também não falam em autonomia dos estados, mas sim em *sovereignty* (soberania). V., nesse sentido, as expressões utilizadas por FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St. Paul: Thomson West, 2005, p. 15 (“*federal-question jurisdiction*”) e KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 31 (“*state sovereignty over real property within a given state’s borders*”).



matéria bastante complexa⁷ mas, apenas para que se possa proporcionar uma compreensão geral, cumpre dizer que, assim como se verifica no Brasil, a competência das Justiças Estaduais americanas é residual. A Justiça Federal nos dois países somente possui competência para determinados casos específicos. A diferença está nas hipóteses que ensejam a competência dos juízes federais naquele país, que são basicamente duas: a) causas que compreendam a interpretação e a aplicação da Constituição Federal e das leis aprovadas pelo Congresso (*subject-matter jurisdiction*)⁸; e, b) litígios entre autor e réu residentes em estados distintos, desde que a causa envolva um valor mínimo que se encontra previsto em lei federal (*diversity-of-citizenship jurisdiction*)⁹.

Como se poderia facilmente imaginar, em princípio, a legislação federal sobre ações coletivas é aplicada somente na Justiça Federal, ao passo que, nas Justiças locais, incidem as legislações de cada estado sobre a matéria. Embora a competência da Justiça Federal para julgar *class actions* de âmbito interestadual e nacional tenha sido ampliada consideravelmente

⁷ Nesse sentido, admitindo a enorme dificuldade em explicar o tema da competência nos Estados Unidos, GIDI, Antonio. *A class action como instrumento...* Op. Cit., p. 64 (“A técnica processual através da qual esse objetivo foi atingido [concentração das *class actions* de âmbito interestadual e nacional na Justiça Federal] é impossível de explicar em poucas palavras e envolve questões da divisão constitucional de trabalho entre as justiças federal e estaduais, através dos conceitos de federal diversity jurisdiction e choice of law. Como estas são questões que dizem respeito às idiossincrasias do Poder Judiciário americano, o tema da competência e jurisdição foi excluído desde (sic) livro.”)

⁸ Em um modelo centralizador como o brasileiro, esta hipótese de competência certamente deslocaria a maior parte dos litígios para a Justiça Federal. O mesmo não ocorre nos Estados Unidos, onde os estados possuem ampla competência legislativa, excepcionada por algumas poucas matérias de competência exclusiva da Justiça Federal, tais como ações envolvendo a proteção de patentes e direitos autorais, bem como procedimentos falimentares. Por outro lado, as causas envolvendo matéria de sucessões e família são de competência exclusiva das Justiças Estaduais. Curiosamente, esta última regra não está prevista em nenhuma norma escrita. Trata-se de uma forma histórica de divisão do trabalho entre os juízes federais e estaduais que sempre foi reconhecida nos Estados Unidos. V., sobre o assunto, KANE, Mary Kay. *Civil procedure...* Op. Cit., p. 7 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al. Civil procedure...* Op. Cit., p. 14.

⁹ Tradicionalmente, para instaurar a competência dos juízes federais, era necessário que todos os autores envolvidos no processo fossem de estados distintos de todos os réus e que o valor da causa atingisse um valor mínimo de setenta e cinco mil dólares para cada pretensão individual deduzida em juízo. Isso valia inclusive para as ações coletivas, conforme decidido pela Suprema Corte nos casos *Snyder v. Harris*, 394 U.S. 332 (1969) e *Zahn v. International Paper Co.*, 414 U.S. 291 (1973). No ano de 2005, entretanto, foi aprovada uma lei conhecida como *Class Action Fairness Act* (CAFA), que estabeleceu regras especiais de *diversity-of-citizenship jurisdiction* para as ações coletivas, ampliando as hipóteses de competência da Justiça Federal. As regras contidas no CAFA são complexas, controvertidas e seu estudo extrapolaria os limites do presente artigo. Para uma discussão detida sobre a matéria, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions e reformas processuais: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 86-124, out./dez. 2007. Disponibilizado em www.redep.com.br (acessado em 6 de setembro de 2010).



em razão da aprovação, em 2005, de uma lei conhecida como *Class Action Fairness Act (CAFA)*, muitas ações coletivas nos Estados Unidos continuam a ser ajuizadas nas Justiças estaduais.

O problema é que, até a presente data, a doutrina tem ignorado em larga medida o estudo das legislações estaduais sobre *class actions*. Mesmo nos Estados Unidos, não há muitas obras escritas sobre o assunto e a atualização das informações ali constantes, sujeitas a constantes modificações, tem se revelado imprecisa e precária¹⁰. Isso obrigou o autor do presente estudo a cruzar diversas fontes e a consultar as páginas oficiais dos Poderes Legislativo ou Judiciário de cada um dos Estados-membros para apresentar um relato minimamente confiável sobre a matéria. Na língua portuguesa, por sua vez, não se conhece nenhum trabalho a respeito do tema em questão.

A maioria dos autores americanos que se dispõem a estudar o tema divide as legislações estaduais em grandes grupos, descrevendo suas características mais básicas e enfatizando que a maior parte dos Estados-membros segue a estrutura geral vigente no âmbito da Justiça Federal¹¹. Além de não incorporarem as alterações legislativas mais recentes, a exposição apresentada se mostra absolutamente superficial. A proposta do presente trabalho, para proporcionar uma análise mais completa a respeito da evolução das *class actions* nos Estados Unidos, consiste em apresentar um estudo mais detalhado sobre as legislações estaduais em vigor, a fim de que o próprio leitor possa constatar a influência do modelo federal sobre os estados norte-americanos.

¹⁰ Ao que tudo indica, houve lapso de revisão nas últimas edições das obras de FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al.*; *Civil procedure... Op. Cit.*, p. 774/776 (indicando que Geórgia, Virgínia Ocidental e Michigan ainda estariam filiados ao modelo de 1938 da Regra 23 das FRCP. Entretanto, a Geórgia reformou sua legislação em 2003 e a Virgínia Ocidental aderiu, em 1998, ao modelo reformado das FRCP de 1966. O caso mais grave se encontra em Michigan, que abandonou a antiga categorização de 1938 das FRCP já há mais de vinte anos) e CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Newberg on class actions*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 4, p. 400 (repetindo o equívoco apontado acima ao incluir a Virgínia Ocidental entre os estados que se mantêm filiados ao modelo original da Regra 23 de 1938. A inclusão da Geórgia nesse grupo seria justificável, porém, uma vez que a edição consultada para a elaboração deste estudo foi publicada em 2002, um ano antes de alteração da legislação estadual respectiva).

¹¹ V. KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. 2 ed. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 179/181 e FRIEDENTHAL, Jack H.; *Civil procedure... Op. Cit.*, p. 774/776.



2. Noções fundamentais sobre as *class actions* norte-americanas

Muito embora um estudo da legislação federal sobre *class actions* não constitua o objeto do presente trabalho, para introduzir a discussão da matéria no âmbito das leis estaduais, afigura-se indispensável tecer breves considerações a respeito da estruturação contida na Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*.

As *class actions* constituem o principal instrumento de tutela coletiva no direito norte-americano¹². Conceitualmente, podem ser caracterizadas como uma ação coletiva, em que um representante ingressa em juízo para a defesa de interesses ou direitos que pertencem a um grupo, determinável ou não, de pessoas. Para que elas sejam admitidas, devem preencher quatro requisitos gerais expressos da Regra 23 das FRCP, quais sejam: (a) numerosidade; (b) existência de questões de fato ou de direito comuns ao grupo; (c) tipicidade e (d) representatividade adequada.

Segundo o requisito da numerosidade (*numerosity*), para uma *class action* ser certificada, é necessário que o número de membros representados seja tal que torne o litisconsórcio impraticável (porém, não necessariamente impossível). A Regra 23 não estabelece um número de membros *a priori* para que esta condição seja atendida¹³. Com efeito, devem ainda ser considerados outros fatores, como a dispersão geográfica dos interessados, o valor

¹² Com efeito, existem outros instrumentos de tutela coletiva no direito americano além das *class actions* como, por exemplo, a reunião de processos envolvendo questões comuns para processamento conjunto na Justiça Federal, conhecida como *Multidistrict Litigation* (MDL). Para uma visão geral, v. KLONOFF, Robert. *Class Actions and other multi-party litigation...*, Op. Cit., p. 273/276 e 371/376 e ROQUE, Andre Vasconcelos. *A experiência norte-americana das class actions...* Op. Cit., p. 292/306.

¹³ Ao contrário de outros países, onde se exige um número mínimo de membros para a ação coletiva. No Canadá, é exigido que a classe possua, no mínimo, dois membros. Na Austrália, são exigidos pelo menos sete membros. Na China, o mínimo exigido lei corresponde a dez membros. V., sobre o assunto, GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. Un modelo para países de derecho civil. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 74 (nota de rodapé 167).



das pretensões individuais envolvidas, a natureza e a complexidade das causas ou a própria mutabilidade dos integrantes do grupo¹⁴.

O segundo requisito de admissibilidade previsto na Regra 23 é denominado de *commonality*. Em apertada síntese, a *commonality* consiste na exigência de que existam uma ou mais questões de direito ou de fato comuns à classe. Não se exige a identidade absoluta de pretensões, mas a *commonality* deve incidir sobre um ponto relevante para a *class actions*¹⁵. Por exemplo, tem-se entendido que este requisito estará preenchido se todos os membros discutirem a interpretação de cláusulas contratuais idênticas, ou se todos os integrantes do grupo forem vítimas de um mesmo incidente catastrófico ou, ainda, se todos os membros da classe aleguem ser vítimas de um mesmo padrão de conduta como, por exemplo, a elevação indevida de preços no mercado com a formação de um cartel entre os fornecedores ou, finalmente, se for alegada a existência de uma política geral de discriminação contra os membros da classe¹⁶. O propósito da exigência é claro: se não existir nenhuma questão comum, por mínima que seja, simplesmente não haveria qualquer propósito em uma ação coletiva.

O terceiro requisito explícito é chamado de “tipicidade” (*typicality*), segundo o qual as pretensões dos representantes devem ser típicas dos interesses de toda a classe. O significado desta exigência é obscuro¹⁷. Muitos tribunais norte-americanos entendem que este requisito não tem um significado próprio, confundindo-se com a *commonality* ou com a “representatividade adequada”¹⁸. Outros tribunais entendem que este requisito é a base legal

¹⁴ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 218 e segs.; KLONOFF, Robert H., Op. Cit., p. 31/36. No entanto, existem casos em que a classe abrange milhares ou até milhões de pessoas, um número tão grande que, por si só, já evidencia a impraticabilidade do litisconsórcio, dispensando a análise dos demais fatores. V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 243/246.

¹⁵ Este requisito não se confunde com a exigência de predominância das questões coletivas sobre as questões individuais que está contida na Regra 23 (b)(3), condição de admissibilidade apenas para as *class actions* certificadas nesta categoria. A *commonality* é um requisito comum a todas as categorias de *class actions* e está atendido, desde que haja pelo menos uma única questão comum de direito ou de fato. Não é preciso, portanto, que as questões comuns predominem sobre as questões individuais dos membros da classe. V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 272 e segs. (especialmente p. 291/305) e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40.

¹⁶ Os exemplos podem ser encontrados em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 278/283 (com referência aos julgados em que tais matérias foram discutidas); KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40/41 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit. p. 763.

¹⁷ V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 42 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 765.

¹⁸ Nesse sentido, FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 765.



para se exigir que as partes representativas sejam membros da classe¹⁹. De todo o modo, pode-se afirmar que, no âmbito da tipicidade, realiza-se uma verificação de compatibilidade entre as pretensões individuais ou defesas dos representantes do grupo e as pretensões ou defesas coletivas da classe²⁰.

O último dos quatro requisitos previstos na Regra 23 é a “representatividade adequada” (*adequacy of representation*), segundo o qual a *class action* somente será mantida se as partes representativas protegerem de forma justa e adequada os interesses dos membros da classe. Este é, sem dúvida, o requisito mais importante, porque tem por fundamento a observância ao devido processo legal²¹ em relação aos membros ausentes, que não participaram formalmente da *class action*²². Com efeito, a sua vinculação ao resultado final da ação coletiva somente pode ser admitida se eles foram representados de forma adequada. Caso contrário, não estarão vinculados aos efeitos da coisa julgada na *class action*, em respeito ao devido processo legal²³.

A representatividade adequada possui duas dimensões: (a) a qualidade da defesa dos interesses da classe; e (b) a ausência de conflito de interesses.

No exame da representatividade adequada em sua primeira dimensão, o que de fato importa não é o número de representantes, mas sim a sua qualidade, experiência e reputação. Dada a sua grande relevância, o controle deste requisito deve ser permanente, ao longo de todo o processo²⁴. O juiz deve sempre observar, quanto aos representantes, o seu

¹⁹ V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 42/43.

²⁰ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 326.

²¹ Assim como no Brasil, o princípio do devido processo legal tem previsão constitucional nos Estados Unidos, mais precisamente na Emenda V de 1791 e na Seção I da Emenda XIV de 1868.

²² V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 766.

²³ O *leading case* sobre o tema foi o caso *Hansberry v. Lee* (1940), apreciado pela Suprema Corte ainda sob a versão original da Regra 23, que já continha a exigência da “representatividade adequada”. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem do acórdão: “*It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present, or where they actually participate in the conduct of the litigation in which members of the class are present as parties, or where the interest of the members of the class, some of whom are present as parties, is joint, or where for any other reason the relationship between the parties present and those who are absent is such as legally to entitle the former to stand in the judgment for the latter.*” (*Hansberry v. Lee*, 311 U. S. 31, 61 S.Ct. 115, 85 L. Ed. 22 (1940))

²⁴ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408.



comprometimento com a causa, a motivação, o vigor na condução do feito²⁵, a capacidade financeira, honestidade e credibilidade. Quanto aos advogados da classe²⁶, deve ser considerada a sua qualificação profissional, a experiência com *class actions*, a qualidade de seus trabalhos profissionais, conduta ética e a estrutura do seu escritório²⁷. Neste primeiro aspecto, deve ser verificada sobretudo a qualidade com que os interesses da classe são defendidos, o que nem sempre é uma tarefa fácil.

Sob o segundo aspecto, a representatividade adequada está relacionada também à ausência de conflitos entre os representantes da classe e os membros ausentes, bem como à inexistência de conluíus e acordos espúrios com a parte adversa²⁸. Esta é, na prática, a principal questão enfrentada pelos tribunais no exame da representatividade adequada²⁹. Por exemplo, entende-se que os representantes não devem possuir nenhuma relação familiar ou financeira com os advogados, porque eles podem estar interessados em maximizar os honorários, em vez de representar os interesses da classe³⁰.

Outro exemplo de conflito de interesses relativamente comum se dá quando as pretensões dos representantes não são as mesmas de todos os membros ausentes. Dois julgamentos bastante comentados na doutrina norte-americana, que foram apreciados pela Suprema Corte na década passada, enfrentaram a questão³¹. Nos dois casos, que versavam sobre a exposição de pessoas aos efeitos tóxicos do amianto, ficou consignado que os autores da ação, que alegaram ter sofrido danos atuais, não podiam representar adequadamente os membros futuros, ou seja, aqueles que poderiam vir a desenvolver doenças futuramente. A

²⁵ No caso *McGowan v. Faulkner Concrete Pipe Co.*, 659 F.2d 554 (5th Cir. 1981), por exemplo, foi denegada a certificação da *class action* porque, após dois anos, os representantes não tinham conseguido prosseguir na fase de produção de provas (*discovery*) e não restituíram ao réu US\$ 421 pelas cópias que o mesmo tirou de diversos documentos para serem fornecidos aos autores da ação.

²⁶ Com efeito, o exame da representatividade adequada também atinge os advogados, aspecto este que foi reforçado com o acréscimo da alínea (g) à Regra 23 das FRCP pela emenda aprovada em 2003, que exige que o juiz aponte formalmente quem será o advogado que atuará nos interesses da classe, com base em diversos critérios, tais como a qualidade dos trabalhos apresentados pelo advogado, o seu conhecimento sobre o direito material discutido na ação de classe e sua experiência. Nesse sentido, v. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 58/59.

²⁷ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408/409 e 416/418.

²⁸ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 409 e 418/432.

²⁹ V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 53.

³⁰ V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 54.

³¹ *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) e *Ortiz v. Fibreboard*, 527 U.S. 815 (1999).



Suprema Corte notou que o objetivo dos autores – maximizar a indenização para aqueles que já tinham sofrido danos – era conflitante com o interesse dos membros futuros – preservar os fundos de indenização disponibilizados na ação coletiva para compensar possíveis danos que viessem a ocorrer posteriormente.

Uma vez preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade, a *class action* deve se encaixar em uma das categorias disciplinadas na Regra 23, alínea (b) das FRCP. A subsunção pode ocorrer, eventualmente, em mais de uma das seções da alínea (b), mas o juiz deve indicar qual é a categoria mais apropriada ao caso concreto.

A Regra 23 (b), seção (1) das FRCP está dividida nas subseções (A) e (B), que definem duas categorias de *class actions* estabelecidas para evitar danos decorrentes de múltiplas demandas envolvendo o mesmo objeto litigioso. Na verdade, as categorias (A) e (B) regulam a mesma situação fática, sob diferentes pontos de vista³².

A subseção (1)(A), que estabelece a categoria das *incompatible standards class actions*, prevê que a ação de classe será admitida se o ajuizamento de ações individuais criar o risco de decisões inconsistentes, estabelecendo padrões de conduta incompatíveis para a parte adversa à classe³³. As cortes norte-americanas têm encontrado dificuldades em delimitar o preciso alcance da norma porque, caso a interpretação seja a mais ampla possível, então praticamente toda *class action* seria certificada nessa categoria, tendo em vista a possibilidade de decisões divergentes nas ações individuais³⁴.

A posição predominante nas cortes americanas tem sido afastar a certificação na categoria (b)(1)(A) pelo simples risco de alguns membros serem bem sucedidos em suas ações

³² V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, v. 2, p. 10.

³³ V. Regra 23 (b)(1)(A), no original: “(b) *Types of Class Actions*. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or...”

³⁴ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 12/14. Um leitor brasileiro poderia imaginar que esta afirmativa deveria ser ressalvada, pois evidentemente não seria possível uma ação individual sobre direito ou interesse transindividual indivisível. No entanto, a noção de indivisibilidade é desconhecida no direito americano. V. GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., p. 55 (“*El reconocimiento del concepto de la indivisibilidad de las pretensiones colectivas sería una importante evolución en el derecho norteamericano.*”) Naturalmente, portanto, este tipo de ressalva não seria encontrado em nenhum livro norte-americano sobre o assunto.



individuais e outros não³⁵. Para compreender o alcance da norma, suponha-se que uma fábrica está produzindo níveis de poluição acima do permitido. Alguns vizinhos podem ajuizar uma ação, requerendo o fechamento da fábrica. Outros vizinhos podem pedir a simples instalação de um filtro na chaminé. Outros podem requerer apenas que sejam estabelecidas algumas restrições às atividades industriais, como o funcionamento da fábrica durante apenas algumas horas por dia. As possibilidades de decisões judiciais incompatíveis do ponto de vista do réu seriam inúmeras. Para evitar esta situação é que se admite a certificação de uma ação coletiva na categoria (b)(1)(A).

Considera-se obrigatória a *class action* prevista na Regra 23 (b)(1)(A) porque, uma vez ajuizada e certificada, a vinculação dos membros da classe à decisão na ação coletiva é absoluta, ou seja, sem a possibilidade do exercício do direito de exclusão (*opt out rights*), a fim de evitar possíveis decisões contraditórias em ações individuais.

Passando à segunda categoria de *class actions*, a Regra 23 (b)(1)(B) estabelece que será admissível a ação se o ajuizamento de demandas individuais pelos integrantes do grupo acarretar o risco de que as decisões proferidas nestas ações disponham sobre os interesses de outros membros da classe que não são partes no processo³⁶.

O exemplo mais comum de certificação de ações de classe em (b)(1)(B) envolve as chamadas *limited fund class actions*³⁷, ou seja, ações coletivas destinadas a assegurar a distribuição justa e equitativa entre os membros da classe de um fundo de indenização, que poderia ser esgotado pelas primeiras ações individuais ajuizadas, em detrimento dos demais integrantes do grupo³⁸. Assim também se dá na hipótese de litígios envolvendo a distribuição

³⁵ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 14 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 64/65.

³⁶ V. Regra 23 (b)(1)(B), no original: “(b) *Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (...) (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;*”

³⁷ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 33 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 68.

³⁸ Um leitor mais atento perceberia facilmente o paralelismo entre esta categoria de *class actions* e as hipóteses de execução coletiva existentes na nossa legislação, tais como a falência e a insolvência civil. A diferenciação das *class actions* é que, para serem admitidas, devem obedecer aos requisitos previstos na alínea (a) da Regra 23, dentre os quais a impraticabilidade do litisconsórcio.



de dividendos entre os acionistas, pois a repartição dos lucros deve ser feita coletivamente, e não em favor apenas daqueles acionistas que propuseram as suas ações individuais em primeiro lugar³⁹.

Nesta segunda categoria, o entendimento tradicional é que não há a possibilidade de exercício individual do direito de exclusão por parte dos membros da classe (*opt-out rights*), tal como ocorre com as *class actions* certificadas na subseção anterior⁴⁰, embora tenham sido admitidas exceções em casos específicos⁴¹.

A terceira categoria de *class actions* se encontra prevista na Regra 23 (b)(2) das FRCP, a qual estabelece que a ação será admitida se a parte adversa tiver agido ou se recusado a agir com fundamento aplicável à classe inteira, de forma que seja apropriado que o remédio jurídico final, de natureza declaratória ou condenatória de obrigação de fazer ou não fazer, seja adotado para o grupo como um todo⁴². Os requisitos previstos na norma, portanto, são dois: a) a existência de padrões de conduta da parte adversa que sejam aplicáveis à classe como um todo e; b) a formulação de pedidos declaratórios ou injuntivos (obrigação de fazer ou não fazer).

A demonstração do primeiro requisito previsto nem sempre pode ser facilmente realizada. Imagine-se, por exemplo, que o autor da ação alegue que uma determinada empresa leva em conta critérios raciais para a promoção de seus funcionários. O autor terá que demonstrar não apenas que deixou de ser promovido em virtude de sua raça, como também terá que comprovar um padrão geral de conduta discriminatório, ou seja, que a empresa leva em consideração a raça, de forma sistemática, para fins de promoção de seus empregados. Não é necessário, porém, que todos os integrantes tenham sido afetados diretamente ou se sintam

³⁹ V. notas do Comitê Consultivo responsável pela reforma de 1966 da Regra 23 das FRCP e CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 33.

⁴⁰ V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 75.

⁴¹ V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 76.

⁴² V. Regra 23 (b)(2), no original: “(b) *Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or...*”



ameaçados⁴³. No caso em tela, embora o autor tenha que evidenciar que existe um padrão geral de conduta, ele não precisará comprovar que todos os empregados sofreram discriminação.

O segundo requisito é que a tutela pleiteada na ação seja de natureza declaratória ou injuntiva. À primeira vista, portanto, ficariam afastados os pedidos de indenização nessa categoria. Todavia, os tribunais americanos têm admitido a formulação de pedidos *incidentais*, ou seja, não principais dessa espécie⁴⁴.

A maioria das ações certificadas nesta categoria está relacionada com direitos civis ou outros direitos fundamentais de ordem constitucional, sendo constantes os casos de discriminação racial, religiosa ou sexual. No entanto, as notas do Comitê Consultivo indicam que a categoria (b)(2) não foi criada exclusivamente para este tipo de litígio. As notas se referem, por exemplo, a casos de ações na área de patentes ou para coibir a prática ilegal de preços no mercado⁴⁵. Recentemente, foram admitidas nesta categoria algumas *class actions* relacionadas ao mercado de valores mobiliários⁴⁶.

Assim como as ações de classe previstas em (b)(1), as *class actions* certificadas nesta categoria possuem vinculação obrigatória, sem a possibilidade para o exercício do direito de exclusão (*opt-out rights*). Contudo, assim como na categoria anterior, alguns juízes têm admitido tal direito em circunstâncias excepcionais⁴⁷.

Finalmente, a última categoria se encontra estabelecida na Regra 23 (b)(3), que estabelece que a ação será admitida se a corte decidir que as questões de direito ou de fato comuns aos integrantes do grupo predominam em relação às questões individuais e, ainda, que a *class action* é superior aos demais métodos disponíveis para solucionar a controvérsia de forma justa e eficiente. Para isso, o juiz deverá levar em consideração, entre outros fatores: (A) o interesse dos membros em controlar individualmente as suas pretensões ou defesas em

⁴³ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 55 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 770.

⁴⁴ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 61/62 e FRIEDENTHAL, Jack H. et. al. Op. Cit., p. 770.

⁴⁵ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 66/67 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 77.

⁴⁶ V. referência a esses casos em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 68/69.

⁴⁷ V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 84.



ações separadas; (B) a extensão e natureza de qualquer litígio já iniciado relacionado à controvérsia; (C) a conveniência ou não em concentrar o litígio em determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão enfrentadas para o processamento de uma ação coletiva⁴⁸.

Esta norma prevê um critério residual para a certificação das ações coletivas nos Estados Unidos. O requisito da “predominância” é mais severo que a simples existência de questões comuns à classe (*commonality*). Não basta que se demonstre haver questões de fato ou de direito comuns ao grupo como um todo, sendo indispensável ainda que elas predominem sobre as questões individuais envolvidas⁴⁹. Caso contrário, o processo poderá se tornar um emaranhado de alegações, defesas e provas individuais, arruinando o propósito de uma ação coletiva, ou poderá se transformar numa forma de tutela injusta se não se atenta para as situações particulares dos membros da classe⁵⁰.

A análise do segundo requisito (superioridade) é levada a efeito por um método comparativo com outros procedimentos no sistema processual norte-americano⁵¹, o que pode envolver institutos de difícil compreensão para um leitor brasileiro. Por exemplo, uma única ação individual nos Estados Unidos pode eventualmente gerar efeitos contra terceiros⁵², seja em razão do sistema de precedentes vinculativos (*stare decisis*) típico da *common law*, seja devido ao instituto da *collateral estoppel*⁵³. Outras possibilidades desconhecidas no direito

⁴⁸ V. Regra 23 (b)(3), no original: “(b) *Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.*”

⁴⁹ V. notas do Comitê Consultivo de 1966; CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 152/153 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40.

⁵⁰ V. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 91.

⁵¹ V. CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 245/246 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 93.

⁵² V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 93.

⁵³ De uma forma geral, a coisa julgada no direito norte-americano, embora seja inspirada nos mesmos valores da coisa julgada no Brasil (segurança jurídica, estabilização dos conflitos, etc.), possui contornos bem mais amplos. Além disso, este instituto nos Estados Unidos possui uma construção basicamente jurisprudencial, praticamente não existindo leis que tratem especificamente sobre o tema. Nos Estados Unidos, o instituto da *former*



brasileiro são a utilização de um processo modelo (*test cases*), a consolidação de ações separadas para uma decisão judicial comum (*consolidation*) ou até mesmo a transferência de todos os processos individuais para uma única corte para processamento conjunto (*multidistrict litigation*).

Para as ações certificadas nesta categoria, o sistema de vinculação é diferente. Após ser certificada a *class action*, a Regra 23 (c)(2)(B) exige o envio de comunicação aos membros do grupo, incluindo avisos individualizados a todos os que puderem ser identificados com razoável esforço⁵⁴. Esta exigência pode, por vezes, acarretar custos insuportáveis para o demandante de uma *class action*, especialmente quando estiverem em jogo interesses de milhares ou mesmo milhões de pessoas espalhadas por diversos estados. A Suprema Corte já enfrentou a questão no polêmico julgamento do caso *Eisen*, que envolvia a notificação de mais de dois milhões de pessoas. A corte distrital determinou a comunicação individual de dois mil membros selecionados, mais cinco mil notificações a outros membros escolhidos de forma aleatória, além da publicação de editais nos jornais de grande circulação. A Suprema Corte rejeitou a possibilidade, sob o fundamento de que as cortes não estão autorizadas a mitigar os requisitos previstos nas FRCP. Se o representante do grupo não puder arcar com os custos dessas notificações, então não deverá abrir mão de continuar na *class action*⁵⁵.

As comunicações enviadas aos integrantes do grupo possuem dupla finalidade. A primeira delas é informar sobre a existência da *class action*. O segundo propósito é permitir o

adjudication inclui os conceitos de “preclusão de pretensões” (*res judicata* ou *claim preclusion*) e “preclusão de questões” (*collateral estoppel* ou *issue preclusion*). A “preclusão de pretensões” impede que as partes voltem a discutir as pretensões já levadas a cabo em um processo anterior. O conceito de “preclusão de questões” (*issue preclusion* ou *collateral estoppel*), por sua vez, impede que as partes voltem a discutir todas as questões que foram passos necessários para se chegar à sentença proferida, sempre que essas questões tenham sido realmente discutidas e apreciadas no primeiro processo. Este conceito pode ser entendido como uma espécie de “preclusão sobre questões prejudiciais”. V., sobre o tema, GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas...*, Op. Cit., p. 95/97 e GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 227/244.

⁵⁴ V. Regra 23 (c)(2)(B) das FRCP: “(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort.”. Observe-se que o texto utiliza o vocábulo “must”, indicando obrigatoriedade da comunicação.

⁵⁵ V. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d 732 (1974). O julgamento do caso *Eisen* é um dos mais polêmicos e questionados na doutrina norte-americana. V., por exemplo, os questionamentos em KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M; MALVEAUX, Suzette M. *Class actions and other multi-party litigation – cases and materials*. St. Paul: Thomson West, 2006, p. 440/441.



exercício do direito de exclusão (*opt-out rights*). Para as ações certificadas na seção (b)(3), ao contrário do que ocorre com as demais categorias previstas na Regra 23, é permitido aos membros da classe requererem sua exclusão da ação coletiva, observado o prazo fixado pelo juiz⁵⁶. Se o membro da classe exerce o *opt-out* dentro do prazo, ele não estará sujeito aos efeitos da coisa julgada coletiva, pouco importando se a decisão for favorável ou não à classe. Caso contrário, na ausência de manifestação expressa do indivíduo, ele estará vinculado ao resultado da *class action*.

Após trinta anos praticamente sem modificações desde a reforma de 1966⁵⁷, quando foram estabelecidos os requisitos de admissibilidade e categorias previstos nas alíneas (a) e (b), bem com a disciplina referente à notificação dos membros ausentes na subseção (c), a Regra 23 foi alterada em 1998. O acréscimo da alínea (f) possibilitou a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, ou seja, aquelas que garantam ou deneguem o prosseguimento do feito como uma ação coletiva, ficando a sua admissibilidade condicionada apenas ao juízo discricionário da Corte de Apelações, mas não mais a um prévio juízo discricionário da instância inferior, como normalmente se exige para os recursos contra decisões interlocutórias no direito americano.

Nova alteração da Regra 23 ocorreu em 2003, positivando algumas práticas já estabelecidas pela jurisprudência, especialmente com relação à aprovação judicial de acordos, à seleção formal do advogado que irá defender em juízo os interesses do grupo e à fixação de seus honorários. Em virtude disso, foram reestruturadas as alíneas (c) e (e), sendo acrescentadas mais duas novas subseções: (g) e (h). Apesar das significativas mudanças na redação da norma, não se verificou nesta oportunidade um grande impacto sobre as *class*

⁵⁶ Geralmente, o prazo fixado pelos tribunais americanos para o exercício do direito de exclusão varia de trinta a sessenta dias. Após esgotado esse prazo, o direito de *opt-out* poderá ainda ser admitido segundo critérios discricionários do juiz, que normalmente exige a apresentação de motivos razoáveis para relevar o fim do prazo ajustado. V. KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 156.

⁵⁷ Na realidade, houve uma pequena alteração na alínea (c)(2) da Regra 23 no ano de 1987, com o objetivo de tornar neutra a redação do dispositivo em face do sexo masculino ou feminino. Substituíram-se as palavras “ele” e “dele” encontradas na redação de 1966 por “membro”. Além dessa substituição de palavras, não houve qualquer alteração no significado da norma.



actions na Justiça Federal, uma vez que se tratava, em larga medida, de simples consolidação de entendimentos jurisprudenciais.

Em dezembro de 2007, como resultado de uma ampla reestruturação redacional das FRCP, a Regra 23 também sofreu alterações, mas sem modificação de conteúdo normativo. Em relação à norma que estava em vigor desde o ano de 2003, algumas alterações estruturais são facilmente perceptíveis como, por exemplo, os quatro fatores de verificação da superioridade da tutela coletiva previstos na subseção (b)(3), que agora foram relacionados nos itens (A), (B), (C) e (D). De todo o modo, esta reforma promovida nas FRCP não teve por objetivo modificar o processo civil nos Estados Unidos, mas apenas facilitar a compreensão de suas normas.

Finalmente, em dezembro de 2009, foi aprovada pequena alteração na alínea (f) da Regra 23, aumentando de dez para quatorze dias o prazo para interposição imediata de recurso contra a decisão de certificação, seja na hipótese de admissão ou no caso de inadmissão do processamento coletivo da demanda.

3. As legislações estaduais sobre *class actions*

A proposta do presente estudo, como já exposto, consiste em apresentar uma análise um pouco mais detalhada das legislações estaduais, para que o próprio leitor possa constatar a influência do modelo federal sobre os estados norte-americanos, bem como algumas soluções encontradas no âmbito das justiças locais. Uma das principais fontes utilizadas para o estudo das legislações estaduais foi uma pesquisa publicada pela *American Bar Association* (ABA) sobre a matéria, que contou com a colaboração de vários juristas e advogados de diferentes estados⁵⁸. Segue, a partir de agora, uma breve descrição sobre os sistemas de tutela coletiva em cada um dos estados norte-americanos, organizados em ordem alfabética.

⁵⁸ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Survey of State Class Action Law*. Chicago: First Chair, 2007, atualizada em 2009 e publicada em www.abanet.org (acessado em 3 de setembro de 2010).



Alabama: a Regra 23 das *Alabama Rules of Civil Procedure* é essencialmente idêntica à Regra 23 das FRCP, antes das alterações de 1998 e 2003. No passado, junto com o estado da Louisiana, o Alabama foi considerado um paraíso para os demandantes em *class actions*. Isso talvez explique as recentes reformas processuais no estado, em um esforço para exercer maior controle sobre as ações coletivas. Em 1999, foi aprovada uma nova regra no *Alabama Code* admitindo a interposição de recurso imediato contra as decisões interlocutórias de certificação, em limites mais amplos que a Regra 23 (f) do modelo federal⁵⁹. Existe regra expressa determinando que incumbe à parte interessada na certificação o ônus de comprovar que todos os requisitos de admissibilidade se encontram preenchidos. Exige-se, ainda, a realização de uma audiência específica, em que se deverá estabelecer um cronograma, estipulando as provas necessárias e o prazo concedido às partes antes que se decida pela certificação da ação. Dada a similitude entre os modelos federal e local, os precedentes da Justiça Federal sobre a matéria são considerados persuasivos no Alabama, mas não vinculantes⁶⁰.

Alasca: a Regra 23 das *Alaska Rules of Civil Procedure* é basicamente idêntica à regra federal anterior às reformas de 1998 e 2003. O estado do Alasca não adotou a sistemática que se encontra na Regra 23 (f) das FRCP, que permite a interposição de recurso imediato contra as decisões interlocutórias de certificação, a ser admitido pela Corte de Apelações de acordo com seus critérios discricionários. A representatividade adequada reconhecida em primeira instância é considerada questão de fato, que somente será revertida em segundo grau de jurisdição se houver erro manifesto⁶¹; além disso, apenas será considerado inadequado o representante caso seja demonstrada a prática de colusão, conflito de interesses ou incompetência⁶². Em linhas gerais, a jurisprudência local se revela compatível com as orientações das cortes federais.

Arizona: a Regra 23 das *Arizona Rules of Civil Procedure* também é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. As decisões proferidas na Justiça Federal são consideradas persuasivas para a interpretação da legislação estadual, muito embora não sejam

⁵⁹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 2/3.

⁶⁰ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 1.

⁶¹ V. *State v. Alex*, 646 P.2d 203 (Alaska 1982).

⁶² V. *Hertz v. Cleary*, 835 P.2d 438 (Alaska 1992).



vinculantes⁶³. Embora não exista nenhuma regra expressa que admita recurso imediato contra decisões de certificação, elas podem ser impugnadas através da *death knell doctrine*, segundo a qual se admite recurso imediato, caso a ação inadmitida como coletiva não possa prosseguir individualmente por não ser viável do ponto de vista econômico, especialmente se a pretensão do autor for de valor muito reduzido. Embora a decisão seja tecnicamente interlocutória, na prática ela representará o fim da demanda⁶⁴. Se o caso não se subsumir aos requisitos da *death knell doctrine*, não se poderá interpor recurso imediato⁶⁵. Em termos de representatividade adequada, a Justiça local focaliza principalmente as qualidades desejáveis do advogado do grupo, mas não do representante⁶⁶. O estado do Arizona aprovou recentemente uma lei em matéria de ações coletivas envolvendo valores mobiliários (*securities class actions*), inspirada no *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 (PSLRA), lei federal que se encontra codificada no título 15, seção 78u-4 e seguintes do USC.

Arkansas: foi aprovada no ano de 2006 uma alteração na Regra 23 das *Arkansas Rules of Civil Procedure* para incorporar no texto da legislação estadual as reformas aprovadas em 2003 na Regra 23 federal. Ainda existem, todavia, duas particularidades relevantes: a alínea (b) da Regra 23 estadual não estabelece as três categorias (b)(1), (2) e (3) conhecidas nas FRCP; ademais, não se reproduziram as subseções (f), (g) e (h) da regra federal. Nada obstante, na prática, as questões reguladas pelas três subseções não reproduzidas costumam ser tratadas da mesma forma que no modelo federal⁶⁷. Um exemplo claro disso está na subseção (a) da Regra

⁶³ V. *Johnson v. Svidergol*, 757 P.2d 609 (Ariz. Ct. App. 1988).

⁶⁴ V. KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation...* Op. Cit., p. 237/238. Na Justiça Federal, a *death knell doctrine* sofreu duro golpe após o julgamento do caso *Coopers & Lybrand v. Livesay*, 437 US 463 (1978) pela Suprema Corte, em que se considerou que a tese estaria baseada em considerações políticas que somente poderiam ser disciplinadas pelo Congresso mediante lei expressa, bem como facilitaria injustamente que a parte interessada na certificação interpusesse recurso imediato, não sendo possível aplicar a doutrina de forma inversa para a parte contrária. Apesar disso, a *death knell doctrine* é ainda hoje levada em consideração pelos tribunais de apelação federais como um dos critérios a favorecer a admissibilidade discricionária de recursos imediatos contra as decisões interlocutórias de certificação, na forma da Regra 23 (f) das FRCP.

⁶⁵ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 21.

⁶⁶ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 23.

⁶⁷ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 30. V. também a seguinte passagem da decisão proferida pela Suprema Corte do Arkansas no caso *Fraley v. Williams Ford Tractor and Equipment Co.*, 339 Ark. 322 (Ark. 1999) (“... we will interpret Ark.R.Civ.P. 23 in the same manner the federal courts interpret the comparable Fed.R.Civ.P. 23.”).



23 local, que se refere também à adequação da representatividade do advogado, na medida em que não se inseriu uma alínea (g) nesse sentido, tal como ocorreu nas FRCP. A predominância e a superioridade da tutela coletiva são exigidas para todas as *class actions*, ao contrário do que se verifica no modelo federal, mas a notificação individualizada será obrigatória somente se a pretensão for de natureza pecuniária. Existe regra expressa dispondo que, a princípio, o representante é quem deve arcar com as despesas de notificação. Permitem-se recursos imediatos contra as decisões de certificação como um direito subjetivo da parte (*as a matter of right*), independentemente de admissão segundo critérios discricionários do tribunal, ao contrário do que dispõe a Regra 23 (f) das FRCP.

Califórnia: as regras estaduais sobre *class actions* estão previstas na seção 382 do *California Code of Civil Procedure*, aprovada em 1872, e também no *Consumer Legal Remedies Act* (CLRA), codificado nas seções 1750 e seguintes do *Civil Code*, onde se encontram relacionados vinte e três condutas proibidas, que formam a base para as demandas coletivas em matéria específica de proteção ao consumidor, estruturadas de forma semelhante ao modelo das FRCP⁶⁸. Os requisitos previstos na seção 382 são os seguintes: a) uma classe determinável, ou seja, cuja definição se apresente de forma suficientemente precisa e objetiva para verificar se uma pessoa está inserida no grupo⁶⁹; b) impraticabilidade do litisconsórcio, e; c) uma comunhão de interesses (*community of interest*). A jurisprudência local construiu o conceito de “comunhão de interesses” com base em três fatores fundamentais: predominância das questões comuns; tipicidade das pretensões dos representantes e adequação dos representantes para defender os interesses da classe⁷⁰. Isto mostra que, mediante construção jurisprudencial, a Califórnia chegou a um modelo similar ao federal. Na prática, as cortes estaduais consultam as decisões na Justiça Federal para se orientar quanto aos critérios de

⁶⁸ Além das duas leis apontadas no texto, existe na Califórnia uma outra lei conhecida como *Unfair Competition Law*, em que se admite que qualquer pessoa ingresse em juízo em benefício de todos para questionar práticas comerciais ilegais e propagandas enganosas em geral. Nesse tipo de demanda, que independe de certificação formal de uma classe, pode ser postulada a concessão de uma injunção ou de restituição de ganhos financeiros obtidos ilicitamente pelo réu. V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 43/46.

⁶⁹ V. *Daar v. Yellow Cab*, 67 Cal.2d 695 (1967).

⁷⁰ V. *Linder v. Thrifty Oil Co.*, 23 Cal.4th 429 (2000).



certificação das ações coletivas⁷¹. Os juízes freqüentemente levam em conta o regime disciplinado nas FRCP para admitir ações coletivas sem a possibilidade de auto-exclusão, na forma da Regra 23 (b)(1) e (2) federal. No entanto, somente se recorre ao direito federal em caso de omissão de legislação estadual sobre a matéria⁷². De uma forma geral, as exigências para a notificação dos membros da classe são mais flexíveis que no sistema federal. Os juízes na Califórnia têm admitido de longa data a distribuição fluída da indenização em benefício indireto do grupo, quando não for praticável a distribuição individualizada, mediante a reversão dos recursos para instituições de caridade e governamentais ou, ainda, através da redução forçada dos preços praticados pelo réu (*cy pres doctrine*)⁷³. Atualmente, a *cy pres doctrine*, ainda controvertida na Justiça Federal⁷⁴, se encontra positivada na Califórnia na seção 384 do *Califórnia Code of Civil Procedure*. Cumpre ainda dizer que, quanto às ações coletivas em matéria de consumo previstas no CLRA, sua admissibilidade se apresenta mais flexível que as *class actions* de categoria (b)(3) do modelo federal, na medida em que a lei estadual não exige a superioridade da tutela coletiva, ao contrário do que está previsto na Regra 23 das FRCP.

Carolina do Norte: a Regra 23 das *North Carolina Rules of Civil Procedure* se revela muito diferente do modelo federal. A regra estadual dispõe apenas que, quando uma classe de pessoas for tão numerosa a ponto de tornar impraticável o litisconsórcio, um ou mais de seus membros que representem adequadamente todo o grupo poderão demandar em benefício de todos. Na realidade, sua redação foi extraída da primeira parte da Regra 23 original das FRCP de 1938, não sendo reproduzidas, no entanto, as tradicionais categorias *true*, *hybrid* e *spurious class actions*. Os tribunais da Carolina do Norte reconhecem a profunda distinção entre a regra estadual e o modelo federal⁷⁵. Apesar disso, a jurisprudência local promove, na prática, uma considerável aproximação entre os dois sistemas. Os juízes estaduais exigem, para admitir uma ação coletiva, que se verifique a existência de questões comuns de fato ou de direito, que se demonstre a impraticabilidade do litisconsórcio, que as pretensões do representante sejam

⁷¹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 39.

⁷² V. *Stephen v. Enterprise Rent-A-Car*, 235 Cal.App.3d 806 (1991).

⁷³ V., nesse sentido, *Califórnia v. Levi Strauss & Co.*, 41 Cal.3d 460 (1986)

⁷⁴ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 41.

⁷⁵ V., por exemplo, *Dublin v. UCR, Inc.*, 444 S.E.2d 455 (N.C.Ct.App. 1994).



típicas da classe e que ele proteja adequadamente os interesses do grupo. Impõem-se ainda a predominância das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva⁷⁶. Apesar de não constar nenhuma norma nesse sentido na regra estadual, a jurisprudência exige a notificação individualizada de todos os membros ausentes que possam ser identificados com razoável esforço⁷⁷. As despesas com a notificação devem ser distribuídas entre as partes segundo o juízo discricionário da corte⁷⁸, divergindo, neste aspecto específico, da orientação dominante na Justiça Federal norte-americana.

Carolina do Sul: a Regra 23 das *South Carolina Rules of Civil Procedure*, muito embora inspirada no modelo federal, apresenta importantes peculiaridades. Em primeiro lugar, existe um quinto requisito geral de admissibilidade na regra estadual, segundo o qual qualquer *class action* de natureza predominantemente pecuniária somente será certificada se a pretensão de cada um dos membros da classe for superior a cem dólares. Presumiu-se, nos casos que não alcançassem esse limite mínimo, que o benefício da classe seria totalmente consumido pelas despesas processuais e ônus decorrentes da administração do processo coletivo. Outra particularidade relevante é a inexistência de categorias de ações coletivas na legislação estadual. Não existe previsão na norma a respeito dos requisitos de predominância e superioridade. Apesar das diferenças apontadas, as cortes estaduais se orientam freqüentemente pelas decisões oriundas da Justiça Federal⁷⁹. Segundo a Suprema Corte local, a inexistência de previsão específica de categorias ou dos requisitos de predominância e superioridade resulta em uma norma estadual mais liberal do que o modelo federal⁸⁰. A notificação dos membros ausentes e a forma pela qual ela será promovida, caso tal medida venha a ser determinada pelo juiz, estão submetidos à ampla discricionariedade dos tribunais⁸¹. As decisões de certificação são consideradas irrecorríveis, salvo situações excepcionais.

⁷⁶ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 350/353.

⁷⁷ V. *English v. Holden Beach Rwalty Corp.*, 254 S.E.2d 223 (N.C.Ct.App. 1979).

⁷⁸ V. *Frost v. Mazda Motor of America, Inc.*, 540 S.E.2d 324 (N.C. 2000).

⁷⁹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 455.

⁸⁰ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 455.

⁸¹ V. *Tilley v. Pacesetter, Corp.*, 585 S.Ed.2d 292 (S.C. 2003)



Colorado: a Regra 23 das *Colorado Rules of Civil Procedure* é virtualmente idêntica à Regra 23 federal anterior à reforma de 2003. Decisões nas cortes federais são freqüentemente invocadas como orientação para a interpretação da legislação local, embora não sejam consideradas vinculantes. Durante muitos anos, a Justiça do Colorado considerou imediatamente recorríveis as decisões denegatórias de certificação⁸². Em 2003, a Regra 23 local foi modificada, sendo acrescentada uma alínea (f) para permitir a interposição de recurso imediato contra as decisões concessivas ou denegatórias de certificação, a ser admitido segundo critérios discricionários, de forma semelhante ao modelo federal. Embora geralmente os custos para a notificação dos membros ausentes devam ser arcados pelo autor, a Suprema Corte do Colorado já teve a oportunidade de determinar, em casos excepcionais, que tais despesas fossem suportadas pelo réu⁸³. Há uma peculiaridade na legislação local: honorários advocatícios em *class actions* contra entidades públicas em geral estão limitados a US\$ 250.000⁸⁴.

Connecticut: as ações coletivas se encontram disciplinadas nas seções 9-7 a 9-10 do *Connecticut Practice Book* (CPB) e seção 52-105 do *Connecticut General Statutes* (CGS). A seção 9-7 do CPB é idêntica à Regra 23 (a) federal, relacionando os mesmos requisitos de admissibilidade. A seção 9-8, que exigia a predominância e superioridade para todas as ações coletivas e que não contemplava categoria similar à Regra 23 (b)(1) e (b)(2) federal, foi emendada em 2010 para reproduzir a mesma redação da Regra 23 (b) das FRCP, com mínimas diferenças. Algumas modificações realizadas nas FRCP em 2003 foram incorporadas pela legislação local na reforma de 2010, dispensando-se, por exemplo, a aprovação judicial de acordos ou a desistência do representante nas ações coletivas ainda não certificadas, como já se fazia na sistemática federal. A legislação local se refere expressamente também à necessidade de representatividade adequada quanto ao advogado que defender os interesses da classe. Não existe, porém, nenhuma previsão semelhante à atual alínea (f) da Regra 23 federal, de modo que a possibilidade de interposição de recurso imediato contra as decisões de

⁸² V., por exemplo, *Levine v. Empire Sav. & Loan Ass'n*, 557 P.2d 386 (Colo. 1976)

⁸³ V. *Mountain States Tel. & Tel. Co. v. Dist. Court*, 778 P.2d 676 (Colo. 1989)

⁸⁴ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 65.



certificação, na ausência de legislação expressa, ainda aguarda o pronunciamento da Suprema Corte local.

Dakota do Norte: a Regra 23 das *North Dakota Rules of Civil Procedure* se revela muito mais específica e detalhada que a Regra 23 federal. Muitos dos critérios construídos na jurisprudência da Justiça Federal foram codificados nas regras de Dakota do Norte. Em linhas gerais, as cortes locais não conflitam com a orientação federal, apesar da evidente diferença estrutural na legislação⁸⁵. As regras estaduais da Dakota do Norte estabelecem quatro requisitos gerais de admissibilidade: impraticabilidade do litisconsórcio, presença de questões comuns; representatividade adequada e capacidade de solução justa e eficiente da controvérsia através da demanda coletiva. Ao contrário do modelo federal, não foram previstas categorias de *class actions*. Nada obstante, a redação da Regra 23 (b)(1) e (2) das FRCP, bem como os requisitos da predominância e da superioridade foram inseridos entre os treze critérios exemplificativos que devem ser considerados na certificação. Os demais critérios dizem respeito à existência ou não de interesses comuns, às dificuldades de administração da ação, ao interesse dos membros da classe em controlar individualmente suas pretensões, à existência ou não de conflito de leis estaduais aplicáveis à controvérsia e à insuficiência das pretensões individuais para arcar com as despesas processuais e os ônus da *class action*⁸⁶. A representatividade adequada, ainda segundo as regras de Dakota do Norte, deve ser aferida por pelo menos três aspectos: tutela vigorosa dos interesses da classe pelos advogados, ausência de conflito de interesses entre o representante e o restante do grupo e capacidade de os representantes suportarem as despesas processuais ou adquirirem recursos suficientes para tanto. Também em divergência com a sistemática federal, admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação como direito subjetivo da parte, não segundo critérios discricionários dos tribunais. A notificação é exigível em todas as *class actions*. Para determinar de que forma ela será realizada, o juiz deve considerar: a) os interesses da

⁸⁵ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 355.

⁸⁶ Houve já uma proposta de modificação da Regra 23 federal para que não se admitissem *class actions* em que os benefícios a serem revertidos para a coletividade fossem totalmente consumidos pelas despesas processuais e pelos ônus decorrentes da administração da demanda. A proposta, contudo, não foi bem recebida e acabou não sendo aprovada. V. KLONOFF, Robert H. *Class actions...* Op. Cit., p. 324/325.



coletividade; b) a espécie de tutela processual requerida; c) as despesas com a notificação, e; d) os possíveis prejuízos para os membros ausentes, caso não tomem conhecimento da ação coletiva. Se a pretensão pecuniária do membro ausente for superior a cem dólares, será obrigatória a sua notificação individualizada. O direito de auto-exclusão somente será permitido se a decisão de certificação considerar que não existe comunhão de interesses entre os integrantes do grupo, nem risco de decisões conflitantes, de modo similar à Regra 23 (b)(1) federal. Não se proíbe, porém, o direito de exclusão caso se verifique a hipótese que reproduz a Regra 23 (b)(2). A regra estadual delimita ainda os casos em que o réu poderá apresentar pedido contraposto (*counterclaim*) e apresenta critérios bastante detalhados quanto à *discovery* em relação aos membros ausentes (admitida apenas em caso de autorização judicial expressa), aprovação de acordos, distribuição dos fundos de indenização obtidos, arbitramento dos honorários advocatícios, interrupção de prazos de prescrição ou decadência dos direitos e interesses dos integrantes do grupo, entre outras matérias.

Dakota do Sul: a seção 15-6-23 das *South Dakota Codified Laws* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior a 1998, exceto pelo fato de que a regra estadual contém uma disposição específica, possivelmente familiar a um leitor brasileiro, proibindo a propositura de *class actions* contra o estado sobre determinadas matérias tributárias. A jurisprudência local, de uma forma geral, se apresenta consistente com as orientações emanadas da Justiça Federal, não se encontrando maiores peculiaridades na legislação estadual ou na orientação dos tribunais da Dakota do Sul.

Delaware: o estado de Delaware ainda mantém órgãos judiciários distintos para a *common law* e a *equity law*. As regras na Corte Superior (*common law*) e na Corte de Chancelaria (*equity law*) locais são idênticas à Regra 23 federal anterior a 1998 e 2003, de modo que não se encontram previsões similares às alíneas (f), (g) e (h). Uma grande parte das ações coletivas neste estado é proposta em matérias envolvendo acionistas e investidores em geral. A Regra 23 da Corte de Chancelaria recebeu uma emenda em 2007, sendo adicionada uma subseção (aa) para proibir que os representantes da classe recebam qualquer forma de compensação direta ou indireta por ajuizarem a *class action*. A regra também positivou uma



prática da Corte de Chancelaria local, permitindo que, em circunstâncias excepcionais, seja fixada uma gratificação em favor do representante do grupo pelo extraordinário serviço prestado à coletividade⁸⁷.

Distrito de Colúmbia: a Regra 23 local é substancialmente idêntica ao modelo federal, com exceção da alínea (c), em que se permite atribuir ao réu as despesas com a notificação dos membros ausentes para prevenir situação de manifesta injustiça ou caso se verifique que o demandante tem forte probabilidade de prevalecer no mérito. Trata-se, portanto, de orientação em sentido diametralmente oposto ao modelo federal, em que não se admite a prévia análise do mérito para fins de distribuição das despesas de notificação⁸⁸. A Regra 23 estadual permite a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, em moldes similares à norma federal. Não se reproduziram, contudo, as subseções (g) e (h). Na legislação local, existe ainda uma Regra 23-I, com disposições peculiares. Exige-se, em primeiro lugar, que a petição inicial obedeça a alguns requisitos específicos, tais como indicar o número (ainda que aproximado) de pessoas abrangidas na classe e as questões que se alega serem comuns ao grupo. Além disso, o autor tem um prazo específico de noventa dias, contados da petição inicial, para requerer a certificação. O requerimento deve conter um plano, indicando de que forma será feita a notificação, para quem ela será entregue e como as despesas serão pagas. Apresentado o requerimento, a parte adversa pode manifestar oposição à certificação da *class action* ou ao plano de notificação no prazo de dez dias.

Flórida: as *class actions* se encontram disciplinadas da Regra 1220 das *Florida Rules of Civil Procedure*. Estruturalmente semelhante à Regra 23 federal anterior às reformas de 1998 e 2003, sua peculiaridade se encontra na alínea (c), que estabelece requisitos específicos para as ações coletivas: a petição inicial, além de conter títulos especiais, deve indicar em qual das categorias a demanda deve ser admitida; quais as questões comuns a todo o grupo; os fatos e

⁸⁷ V., entre outros, *Raider v. Sunderland*, 2006 WL 75310 (Del.Ch. 2006) (relacionando quatro fatores a serem considerados para se possa atribuir tal recompensa: 1) se o caso demandou do representante muito mais tempo e conhecimentos técnicos do que se poderia esperar de um demandante típico; 2) se a classe como um todo recebeu benefícios extras em decorrência dos esforços do representante; 3) se o representante recebeu apenas uma pequena parte que lhe cabia do total dos recursos obtidos em favor do grupo; 4) se foi providenciada a notificação para os membros ausentes da classe).

⁸⁸ V. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d 732 (1974).



circunstâncias indicativos da tipicidade das pretensões do representante e de sua adequação para representar os interesses da classe e o número aproximado de membros do grupo. A legislação estadual estabelece que as despesas de notificação geralmente devem ser suportadas pelo demandante, mas o juiz poderá discricionariamente atribuí-las ao demandado, caso tal providência se revele o meio mais apropriado para assegurar a comunicação efetiva da coletividade⁸⁹. No que se refere à aprovação de acordos, a norma local não reproduz a regra federal que prevê a possibilidade de objeção por parte dos membros da classe. A possibilidade de recurso imediato contra as decisões de certificação é prevista pelas *Florida Rules of Appellate Procedure*, independentemente de juízo discricionário de admissibilidade.

Georgia: as *class actions* se encontram previstas na seção 9-11-23 do *Official Code of Georgia Annotated*, estruturalmente similar à Regra 23 federal anterior a 2003. A subseção (g) admite que seja interposto de recurso imediato contra as decisões de certificação, não submetido a juízos discricionários de admissibilidade, ao contrário do modelo federal. A alínea (f) é peculiar da legislação local e trata do procedimento de certificação, determinando que primeiro deve ser realizada uma conferência com as partes para definir quais provas serão produzidas para fins de certificação. Deve ficar ajustada nesta oportunidade a data para a audiência em que se decidirá a admissibilidade da *class action*, devendo a mesma se realizar entre 90 a 180 dias da data da conferência. A *discovery* com relação ao mérito fica suspensa até que seja proferida a decisão de certificação. Apesar dessa regra, ocasionalmente os tribunais da Geórgia examinam o mérito conjuntamente com os requisitos de admissibilidade da ação coletiva⁹⁰.

Havaí: a Regra 23 das *Hawaii Rules of Civil Procedure* é idêntica à norma federal anterior às reformas de 1998 e 2003. As decisões de certificação somente são recorríveis na forma da legislação estadual comum sobre processo civil, que impõe juízos discricionários de admissibilidade para a interposição de recurso contra decisões interlocutórias. De acordo com a Suprema Corte do Havaí, os requisitos da tipicidade e representatividade adequada devem ser

⁸⁹ V. *Fla. Dept. of Agric. and Consumer Servs. v. Cox*, 947 So.2d 561 (Fla. 4th DCA 2006).

⁹⁰ V. *Carnett's, Inc. v. Hammond*, 610 S.E.2d 529 (Ga. 2005).



analisados em conjunto⁹¹, de forma semelhante ao que se encontra em alguns julgados da Justiça Federal americana. A jurisprudência local, de modo geral, se revela consistente com a sistemática federal.

Idaho: a Regra 23 das *Idaho Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior a 1998. A legislação local incorpora duas alíneas (f) e (g), que possuem praticamente a mesma redação das Regras 23.1 e 23.2 das FRCP, disciplinando as ações derivativas e as demandas envolvendo entes despersonalizados, respectivamente. As cortes locais consideram relevantes os precedentes na Justiça Federal envolvendo a interpretação da Regra 23. Dessa forma, questões específicas, como a impossibilidade de exame prévio do mérito por ocasião da certificação da ação coletiva, foram decididas da mesma maneira nas cortes federais e na Justiça de Idaho⁹². A inexistência de um número substancial de precedentes jurisprudenciais nas cortes estaduais, apesar do total de *class actions* ajuizadas em Idaho não ser nada desprezível, pode ser explicada, entre outros fatores, pela influência notável exercida pelo modelo federal.

Illinois: as *class actions* se encontram previstas no capítulo 735, seções 2-801 a 2-807 do *Illinois Compiled Statutes*, inspiradas em linhas gerais na Regra 23 federal. Os requisitos de admissibilidade são basicamente os mesmos, mas não há previsão expressa referente à tipicidade. Apesar disso, o requisito da tipicidade não pode ser ignorado, pois ele se encontra implícito na *commonality* e na representatividade adequada. Uma outra diferença importante está na ausência de previsão análoga às subseções (b)(1) e (2) da Regra 23 das FRCP, muito embora a jurisprudência local eventualmente recorra à disciplina dessas categorias na regra federal por ocasião das decisões de certificação⁹³. A predominância é exigida para todas as ações; por outro lado, a superioridade se impõe como um requisito geral de admissibilidade, mas de forma bem menos restritiva que na sistemática federal. Admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, sujeito a juízos discricionários de admissibilidade do tribunal de apelações. A notificação dirigida aos membros ausentes da

⁹¹ V. *Life of Land v. Land of Use Comm'n*, 623 P.2d 431 (Haw. 1981).

⁹² V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 138.

⁹³ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 143.



classe poderá ou não ser realizada, conforme determinação do juiz, cujo juízo de discricionariedade está limitado apenas pela garantia do devido processo legal⁹⁴. Em alguns casos envolvendo pretensões indenizatórias de valor reduzido, tem sido admitida a notificação somente através de publicações, sem a expedição de comunicações individualizadas⁹⁵. O direito de exclusão é assegurado em todas as hipóteses, nos termos da seção 2-804 (b). Não há previsão de regras análogas às alíneas (g) e (h) da Regra 23 federal. Da mesma forma que na Califórnia, tem sido admitida em Illinois a distribuição fluida e a aplicação da *cy pres doctrine*, caso não seja possível reverter todos os recursos obtidos com a condenação do réu ou o acordo individualmente para os membros da classe⁹⁶, tendo sido positivada tal prática através de emenda aprovada em 2008, que acrescentou uma nova seção 2-807, na qual o assunto se encontra detalhadamente disciplinado.

Indiana: a Regra 23 das *Indiana Rules of Trial Procedure* é similar à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. Os precedentes estabelecidos na Justiça Federal são geralmente considerados persuasivos pela Justiça local. Uma peculiaridade da regra estadual está na Regra 23 (C)(1) local, que estabelece a obrigatoriedade de realização de uma audiência específica para decidir a admissibilidade da *class action*, salvo se as partes preferirem dispensá-la. As decisões de certificação somente podem ser revistas se o recurso for admitido de acordo com critérios discricionários do órgão judicial de segunda instância⁹⁷.

Iowa: as *class actions* estão disciplinadas ao longo das Regras 1261 a 1277 das *Iowa Rules of Civil Procedure*. A legislação estadual sobre a matéria se revela muito mais extensa e detalhada do que a Regra 23 federal. Na realidade, suas normas são praticamente idênticas às do estado de Dakota do Norte. A estruturação dos requisitos gerais de admissibilidade, critérios de certificação, hipóteses e critérios de notificação e exercício do direito de exclusão, aprovação de acordos, realização da *discovery* contra representantes e membros ausentes, pedidos contrapostos, distribuição dos fundos de indenização, arbitramento de honorários,

⁹⁴ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 150.

⁹⁵ V. *Avery v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 321 Ill.App.3d 269 (5th Dist. 2001).

⁹⁶ V. *Gordon v. Boden*, 224 Ill.App.3d 195 (1st Dist. 1991).

⁹⁷ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 161.



entre outras matérias, é basicamente a mesma nos dois estados. Por esta razão, remete-se o leitor aos comentários já apresentados com relação à legislação em vigor na Dakota do Norte.

Kansas: as *class actions* se encontram previstas na seção 60-223 das *Kansas Rules of Civil Procedure*, estruturalmente similar ao modelo federal anterior a 2003. As orientações da Suprema Corte do Kansas são compatíveis com a interpretação da Regra 23 na Justiça Federal. Os tribunais locais têm certificado com certa frequência *class actions* de âmbito nacional, fato este que provavelmente sofrerá impactos diretos decorrentes da aprovação do CAFA em 2005. De todo modo, já se destacou que, em demandas de âmbito interestadual ou nacional, os juízes devem realizar uma análise rigorosa dos requisitos de admissibilidade, arcando o representante do grupo com o ônus de demonstrar que as diversas leis aplicáveis são semelhantes ou podem ser administradas através, por exemplo, da criação de subclasses⁹⁸. A distribuição fluída dos recursos financeiros obtidos em uma *class action* tem sido admitida⁹⁹. A regra estadual possui uma subseção (f), admitindo, em moldes semelhantes à Regra 23 das FRCP, a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação.

Kentucky: a Regra 23 das *Kentucky Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior a 1998. Os tribunais locais levam em conta a jurisprudência formada na Justiça Federal para orientar suas decisões¹⁰⁰. As decisões de certificação, pelo menos em princípio, são consideradas irrecorríveis. Um exame da jurisprudência local revela um dado curioso: não existem decisões recentes interpretando os requisitos da tipicidade e representatividade adequada na legislação estadual¹⁰¹. Na realidade, o que se observa é um número muito reduzido de ações coletivas ajuizadas no estado de Kentucky que chegam a ser efetivamente julgadas.

⁹⁸ V. *Dragon v. Vanguard Industries, Inc.*, 89 P.3d 908 (Kan. 2004). A propósito, é importante destacar que, no principal precedente sobre a matéria na Suprema Corte dos Estados Unidos, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797 (1985), foi reprovada a decisão proferida pela Justiça do Kansas, que havia aplicado a lei do foro para todos os integrantes de uma classe de âmbito nacional indistintamente, ainda que a grande maioria deles não tivesse nenhuma relação com o estado do Kansas.

⁹⁹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 189.

¹⁰⁰ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 194.

¹⁰¹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 195.



Louisiana: as ações coletivas se encontram disciplinadas nos arts. 591 a 597 do *Louisiana Code of Civil Procedure*. Em linhas gerais, a regra estadual é similar ao modelo federal, mas existem normas específicas a serem destacadas. Em primeiro lugar, existe um requisito de admissibilidade adicional, segundo o qual a ação somente será certificada se a classe for definida objetivamente, de forma que se possa determinar quem são os integrantes do grupo e delimitar o alcance das decisões na *class action*. A regra estadual também insere mais outros dois critérios específicos para que se verifique a superioridade da tutela coletiva nas *class actions for damages*, quais sejam: se existe a possibilidade de os membros reclamarem suas pretensões sem a certificação de uma classe e se a tutela requerida em benefício da coletividade justifica as despesas e os ônus do litígio. Somente o segundo critério não está em conformidade com a orientação da jurisprudência dominante da Justiça Federal, que entende cabível a ação coletiva mesmo se os custos do processo absorverem os ganhos financeiros obtidos pelo grupo, sob o fundamento de que a *class action* destina-se também a desencorajar a continuidade da prática ilícita pelo réu (*deterrence*). A norma estadual também cria uma nova categoria de ações coletivas específica para fins de acordo, permitindo que se certifiquem mais facilmente as chamadas *settlement class actions*, sem que necessariamente estejam preenchidos os requisitos específicos de predominância e superioridade previstos para as demandas de categoria (b)(3). Trata-se, portanto, de mais uma importante divergência do modelo federal, sobretudo após o julgamento do caso *Amchem* pela Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁰². A regra estadual também estipula um prazo de noventa dias para ser requerida a certificação da classe, contados a partir da data de citação de todos os réus, podendo este prazo ser dilatado por requerimento das partes ou por justo motivo comprovado. A jurisprudência local, de uma forma geral, se mostra mais flexível quanto à possibilidade de decertificação da ação coletiva, convertendo-a em individual mesmo após a matéria já ter sido

¹⁰² V. *Amchem v. Windsor*, 521 US 591, 620 (1997), enfatizando que, com exceção da *manageability*, todos os demais requisitos devem estar preenchidos, mesmo em uma *settlement class action* (“Confronted with a request for settlement-only class certification, a district court need not inquire whether the case, if tried, would present intractable management problems, see Fed. Rule Civ. Proc. 23(b)(3)(D), for the proposal is that there be no trial. But other specifications of the Rule - those designed to protect absentees by blocking unwarranted or overbroad class definitions - demand undiluted, even heightened, attention in the settlement context.”)



examinada em segunda instância¹⁰³. Por outro lado, uma regra estadual específica proíbe a certificação coletiva após o julgamento de mérito contra o réu, revertendo prática antiga dos tribunais locais¹⁰⁴. Uma outra norma local não permite *class actions* cujo julgamento dependa da produção de provas individualizadas para cada um dos integrantes do grupo. Existe ainda previsão legislativa da suspensão dos prazos prescricionais das pretensões individuais enquanto tramita a demanda coletiva¹⁰⁵, existindo precedente jurisprudencial, porém, no sentido de que não se opera a suspensão de prazos prescricionais ajustados em contrato¹⁰⁶. Na Louisiana, admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação¹⁰⁷. A distribuição fluída dos fundos de indenização (*cy pres doctrine*) quando é impraticável a sua reversão individualizada aos membros da classe ainda não está plenamente assentada na jurisprudência. Existe pelo menos um precedente admitindo tal prática, desde que a utilização dos fundos seja a mais próxima possível de sua finalidade inicial, ou seja, se a *class action* foi proposta por danos ambientais em uma área determinada, a distribuição deverá ser realizada em benefício das pessoas dessa mesma área¹⁰⁸.

Maine: a Regra 23 das *Maine Rules of Civil Procedure* apresenta redação idêntica à regra federal anterior às reformas de 1998 e 2003. A jurisprudência estadual, de modo geral, tem decidido em conformidade com as orientações federais. Na ausência de disciplina específica, as decisões de certificação somente poderão ser revistas caso configurada alguma das exceções consagradas pela jurisprudência ou na legislação local para a interposição de recurso imediato contra as decisões interlocutórias em geral, ainda assim sempre submetido a juízo discricionário de admissibilidade¹⁰⁹.

¹⁰³ V. *Richardson v. American Cyanamid Company*, 757 So.2d 135 (La.App. 5th Cir. 2000).

¹⁰⁴ Nesta direção, certificando a *class action* após o julgamento de mérito, *Greater New Orleans Car Dealers Association v. Louisiana Tax Commission*, 663 So.2d 797 (La.Ct.App. 1995).

¹⁰⁵ Devido à forte influência do modelo romano-germânico na Louisiana, o instituto consagrado na sua legislação é denominado *prescription* e não *statute of limitations*, ao contrário dos demais estados.

¹⁰⁶ V. *Katz v. Allstate Insurance Company*, 893 So.2d 1040 (La.App.4th Cir. 2005).

¹⁰⁷ V. *Davis v. Jazz Cassimo Co.*, 869 So.2d 497 (La. 2003).

¹⁰⁸ V. *Cavalier v. Mobil Oil Corporation*, 898 So.2d 584 (La.App.4th Cir. 2005).

¹⁰⁹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 221.



Maryland: as *class actions* se encontram disciplinadas na Regra 2-231 das *Maryland Rules of Civil Procedure*, similar à Regra 23 federal anterior a 1998. Existem, porém, algumas disposições específicas. Na alínea (b), a regra estadual dispõe que uma *class action* poderá ser admitida, desde que presentes os requisitos de admissibilidade, a não ser que a justiça do caso requeira outra medida (*unless justice requires otherwise*). A cláusula destacada não se encontra prevista na regra federal. Dessa forma, ainda que preenchidos os requisitos gerais e subsumindo-se o caso a uma das categorias de *class actions*, o autor não está obrigado a litigar coletivamente, podendo prosseguir em sua demanda individual¹¹⁰. Na subseção (c), existe regra específica obrigando que se realize uma audiência para decidir a certificação da classe, se tal providência for requerida por qualquer uma das partes. Finalmente, há ainda uma alínea (g) dispondo que somente os representantes são considerados partes do processo para fins de realização da *discovery*, muito embora o juiz possa excepcionalmente permitir que se investiguem provas em relação aos demais integrantes do grupo. A Regra 23 federal não contém nenhuma disposição específica sobre a matéria. Revela-se muito difícil o exame da jurisprudência nesse estado, porque as decisões de primeira instância não são publicadas¹¹¹. De todo o modo, pelas decisões das instâncias locais superiores, é possível concluir que as cortes estaduais tem orientação consistente com a jurisprudência da Justiça Federal.

Massachusetts: a Regra 23 das *Massachusetts Rules of Civil Procedure* apresenta importantes diferenças em relação ao modelo federal. Em primeiro lugar, não se reproduziram as categorias (b)(1) e (b)(2) da Regra 23 das FRCP, sendo permitida a certificação somente se ficar demonstrada a predominância das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva, transformadas no modelo estadual em requisitos gerais de admissibilidade. A regra local não contempla previsão expressa de notificação dos membros ausentes, nem o direito de auto-exclusão. Na prática, tal fato impossibilita a certificação de *class actions* de âmbito nacional pela justiça de Massachusetts envolvendo pretensões pecuniárias, porque a falta de notificação dos membros ausentes em tais hipóteses é considerada ofensiva ao devido

¹¹⁰ V. *Gilman v. Wheat, First Securities, Inc.*, 692 A.2d 454 (Md. 1997).

¹¹¹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 226.



processo legal nos demais estados e na Suprema Corte dos Estados Unidos¹¹². Uma outra peculiaridade muito importante é a ausência de previsão na legislação estadual do momento em que se deve proferir a decisão de certificação, permitindo inclusive que a matéria seja examinada apenas por ocasião da apreciação do mérito¹¹³. A inexistência de previsão legal da certificação parcial da ação como coletiva também não pode ser ignorada, porque a Suprema Corte local tem interpretado tal ausência como efetiva proibição¹¹⁴. Apesar disso, as instâncias interiores por vezes têm admitido certificar classes em parâmetros mais restritivos que os propostos pelo representante¹¹⁵. Existe ainda previsão legislativa específica de ações coletivas em defesa do consumidor, no capítulo 93A, seção 9(2) das *Massachusetts General Laws*. Verifica-se, contudo, certa divergência na jurisprudência local se as *class actions* baseadas nesta lei devem também observar os requisitos gerais da Regra 23 das *Massachusetts Rules of Civil Procedure*, especialmente no que tange aos requisitos de predominância e superioridade¹¹⁶. A regra específica em matéria de consumo exige a notificação dos membros ausentes, mas não assegura o direito de auto-exclusão, de maneira que também não podem ser certificadas ações coletivas de âmbito interestadual ou nacional com base nesta legislação que envolvam pretensões pecuniárias, sob pena de ser reconhecida a ocorrência de violação ao devido processo legal.

Michigan: as *class actions* se encontram previstas na Regra 3501 das *Michigan Court Rules*, que apresenta consideráveis diferenças em relação ao modelo federal. Não há previsão de categorias específicas de ações coletivas, sendo a predominância das questões comuns e a superioridade elevadas a requisitos gerais de admissibilidade. No entanto, a redação da Regra 23 (b)(1) federal foi reproduzida como um dos critérios de avaliação da superioridade. Da mesma forma, embora não reproduzida a redação da alínea (b)(2) da regra federal, a formulação de pedidos de natureza declaratória ou mandamental favorece a avaliação da superioridade. A distinção é mais conceitual do que prática, não sendo incomum que as cortes

¹¹² V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 235.

¹¹³ V., por exemplo, *Clery v. Commissioner of Public Welfare*, 485 N.E.2d 955 (Mass.App.Ct. 1985).

¹¹⁴ V. *Fletcher v. Cape Cod Gas Co.*, 477 N.E.2d 116 (Mass. 1985).

¹¹⁵ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 234.

¹¹⁶ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 242.



estaduais se orientem pela jurisprudência federal¹¹⁷. Um dos critérios de avaliação da superioridade, entretanto, revela divergência do modelo federal, na medida em que desaconselha a certificação de uma *class action* se os benefícios a serem revertidos para a coletividade foram insuficientes em relação às despesas processuais e aos ônus decorrentes da administração do litígio. O representante tem noventa e um dias para requerer a certificação, podendo o prazo ser ampliado pelo juiz. O requerimento de certificação deve conter um plano de notificação dos membros ausentes ou uma justificativa para a impossibilidade de sua apresentação. Na ausência de categorias rígidas, a realização da notificação, individualizada ou não, fica sujeita à discricionariedade judicial, assim como o direito de auto-exclusão. Existem, outrossim, regras específicas nas alíneas (F), (G), (H) e (I) da norma estadual no que diz respeito à interrupção dos prazos prescricionais, à realização da *discovery* (limitando seu alcance, em regra, aos representantes da classe e a terceiros intervenientes; os demais integrantes do grupo somente serão submetidos à *discovery* com autorização judicial expressa), à formulação de pedidos contrapostos pelo réu (*counterclaim*) e às ações coletivas passivas (proibindo as *defendant class actions* de natureza pecuniária e permitindo que o representante de uma classe passiva se recuse a defender os interesses do grupo, salvo na hipótese de se tratar de um órgão ou autoridade pública ou quando a conveniência da administração da justiça no caso concreto determinar o contrário).

Minnesota: a Regra 23 das *Minnesota Rules of Civil Procedure* foi modificada no ano de 2006, de modo que a legislação local se apresenta idêntica à Regra 23 federal que vigorava após as alterações promovidas em 1998 e 2003. Os tribunais estaduais se orientam freqüentemente pela jurisprudência formada na Justiça Federal. Não se admite, porém, a formulação de pedidos indenizatórios nas *class actions* de categoria 23.02(b), que corresponde à alínea (b)(2) do modelo federal¹¹⁸. Como na Regra 23 das FRCP, admite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, sujeito a juízo discricionário de admissibilidade do órgão judicial de segunda instância.

¹¹⁷ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 248.

¹¹⁸ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 267.



Mississippi: o estado do Mississippi revela uma situação peculiar sobre o tema. A Regra 23 das *Mississippi Rules of Civil Procedure* está numerada, mas recebeu apenas a denominação “CLASS ACTIONS [OMITTED]”. A Suprema Corte local já afirmou que se omitiu de forma intencional a redação da Regra 23¹¹⁹, sob o fundamento de que as reformas sobre a matéria ainda não tornaram administráveis as demandas coletivas¹²⁰. Embora as *class actions* fossem historicamente permitidas nas cortes de equidade, desde a unificação da *common law* e da *equity law* e a aprovação das *Mississippi Rules of Civil Procedure*, as ações coletivas não são mais admitidas naquele estado. Em um esforço para compensar a falta de mecanismos de tutela coletiva, os tribunais do Mississippi permitiam o litisconsórcio em termos bastante amplos, muito mais flexíveis do que os verificados na Justiça Federal, permitindo demandas envolvendo até mesmo centenas de autores ou réus simultaneamente. Nada obstante, tal prática sofreu um duro golpe com as recentes modificações nas *Mississippi Rules*, restringindo os limites de cabimento do litisconsórcio¹²¹. Na ausência de alternativas processuais, mais do que nunca a doutrina americana reclama pela aprovação de uma norma processual permitindo a propositura de ações coletivas no estado do Mississippi¹²².

Missouri: a redação da Regra 52.08 das *Missouri Supreme Court Rules* é virtualmente idêntica à Regra 23 federal anterior a 2003. Os tribunais locais recorrem freqüentemente aos precedentes federais para interpretar e aplicar a legislação local. Permite-se a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, cuja admissibilidade está condicionada a juízo discricionário do órgão jurisdicional de segunda instância, nos termos da Regra 52.08 (f) local.

Montana: a Regra 23 das *Montana Rules of Civil Procedure* é similar à regra federal anterior às reformas promovidas em 1998 e 2003. Existe uma norma peculiar na alínea (f) da regra estadual, segundo a qual se pode condicionar o processamento da ação coletiva a uma espécie de caução a ser prestada pelo representante da coletividade, em princípio limitada a

¹¹⁹ V. *Marx v. Broom*, 632 So.2d 1315 (Miss. 1994)

¹²⁰ V. *American Bankers Ins. Co. of Florida v. Booth*, 830 So.2d 1205 (Miss. 2002).

¹²¹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 275.

¹²² Entre outros, v. KLONOFF, Robert H. The adoption of a class action rule: some issues for Mississippi to consider, *Mississippi College Law Review*, v. 24, 2005, p. 261.



mil dólares, para cobrir as despesas com a *class action*. A legislação de Montana admite a interposição de recurso imediato contra decisões de certificação, condicionado a juízo discricionário de admissibilidade, como na maioria dos estados americanos. A particularidade aqui se encontra na ausência de uma corte intermediária de apelações: todos os recursos são dirigidos diretamente à Suprema Corte de Montana. Na prática, os juízes estaduais costumam se orientar pela jurisprudência da Justiça Federal, dada a similitude entre os dois modelos de tutela coletiva¹²³.

Nebraska: as *class actions* neste estado se encontram disciplinadas na seção 25-319 dos *Revised Statutes of Nebraska*. A regra local não encontra paralelo no modelo federal, uma vez que este estado continua a basear sua legislação processual no Código Field, antigo conjunto de normas processuais adotado pelo estado de Nova Iorque no século XIX e que influenciou diversas legislações estaduais anteriormente à aprovação das FRCP em 1938. A regra estadual de Nebraska dispõe somente que, quando existir uma questão de interesse comum ou geral de várias pessoas e for impraticável o litisconsórcio, será permitido que uma ou mais dessas pessoas representem em juízo os interesses das demais. Isto é muito pouco para se ter um sistema bem estruturado de tutela coletiva. A Suprema Corte local construiu dois requisitos específicos a partir do conceito de interesses comuns previsto na regra estadual: a) relações jurídicas típicas de um litisconsórcio, devendo as questões comuns predominarem sobre as individuais; b) tipicidade e adequação do representante. Da mesma forma, a partir da exigência da impraticabilidade do litisconsórcio, também estabelecida na norma, foram formulados os seguintes requisitos: a) necessidade (ou seja, a certificação deverá ser necessária para ser admitida; se os membros integrantes do grupo puderem satisfazer suas pretensões individualmente, a *class action* não será certificada), e; b) a demanda coletiva deve ser administrável na prática, ou não será admitida¹²⁴. As decisões de certificação são consideradas irrecorríveis pelos tribunais locais¹²⁵. O exame da jurisprudência estadual revela que as ações coletivas estão pouco desenvolvidas em Nebraska, o que pode em parte ser creditado às

¹²³ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 293.

¹²⁴ V., sobre o desenvolvimento dos requisitos de admissibilidade das *class actions* no estado do Nebraska, AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 303/304.

¹²⁵ V. *Keef v. State of Nebraska, Dept. of Motor Vehicles*, 634 N.W.2d 751 (Neb. 2001).



deficiências na legislação sobre a matéria¹²⁶. Há que se observar, todavia, que a Califórnia conta com regras semelhantes, também inspiradas no Código Field, e lá as *class actions* se encontram relativamente bem desenvolvidas, em virtude de sua posição de destaque econômico e político nos Estados Unidos.

Nevada: a Regra 23 das *Nevada Rules of Civil Procedure* é idêntica à regra federal anterior às reformas de 1998 e 2003. A jurisprudência local costuma se orientar pelas decisões proferidas na Justiça Federal. Embora não existam precedentes relevantes em relação à certificação nas categorias (b)(1) e (b)(2) da regra estadual, um exame das decisões proferidas pela Suprema Corte do Nevada em relação às *class actions* de tipo (b)(3) revela que a jurisprudência das cortes estaduais, pelo menos em linhas gerais, é perfeitamente consistente com a sistemática federal.

Nova Hampshire: à primeira vista, a Regra 27-A das *Rules of the Superior Court of the State of New Hampshire* revela importantes diferenças em relação à Regra 23 federal. Em primeiro lugar, a regra estadual não contempla categorias de *class actions*. A superioridade e a predominância são exigidas para todas as ações coletivas. Existe ainda outro requisito de admissibilidade adicional, este perfeitamente compatível com a orientação federal, dispondo que o advogado também deve representar adequadamente os interesses do grupo. Por uma interpretação literal da norma estadual, a notificação e o direito de auto-exclusão seriam assegurados em todas as hipóteses. Contudo, a distinção entre os dois modelos se revela muito mais teórica do que propriamente prática, na medida em que a jurisprudência local se orienta pelos precedentes da Justiça Federal¹²⁷.

Nova Iorque: o artigo 9 das *New York Civil Practice Law and Rules* apresenta diferenças estruturais em relação ao modelo federal. Não há previsão de categorias de *class actions*. Os requisitos da predominância e superioridade são exigidos para todas as hipóteses de demandas coletivas. A notificação também tem disposições peculiares. Em primeiro lugar, ela somente é obrigatória para ações em que a tutela predominante for de natureza pecuniária. Mesmo nesse

¹²⁶ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 303/304.

¹²⁷ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 312.



caso, entretanto, a regra estadual não exige a notificação individualizada. Muito pelo contrário: para determinar a forma pela qual será realizada a notificação, deverão ser considerados os custos com a comunicação, a capacidade financeira das partes e o valor da pretensão individual dos integrantes do grupo. As despesas com tal providência, em regra, devem ser suportadas integralmente pelo representante da classe. Admite-se, entretanto, que o juiz atribua as despesas ao réu ou promova um rateio, com fundamento na justiça do caso concreto. O direito de exclusão pode ou não ser assegurado, segundo critérios discricionários. Finalmente, a regra estadual prevê que o demandante tem sessenta dias para requerer a certificação. Apesar das diferenças estruturais relevantes, não é incomum que os juízes locais se orientem pela jurisprudência federal, especialmente quanto aos requisitos gerais de admissibilidade¹²⁸. Em princípio, não se admitem ações coletivas contra órgãos públicos, principalmente de natureza declaratória ou mandamental, porque se presume que as autoridades estatais irão respeitar a decisão e aplicá-la para todas as demais pessoas em situação idêntica, em virtude do princípio do precedente judicial vinculante (*stare decisis doctrine*)¹²⁹. As decisões de certificação podem ser objeto de recurso imediato, independentemente de juízo discricionário de admissibilidade, uma vez que as normas processuais locais, mesmo fora do âmbito das ações coletivas, favorecem a reapreciação imediata das questões resolvidas nas decisões interlocutórias.

Nova Jérsei: as Regras 4:32-1 e 4:32-2 das *New Jersey Court Rules* são virtualmente idênticas ao modelo federal, já considerando as alterações promovidas em 2003 na Regra 23 das FRCP. Existem três diferenças dignas de nota na regra estadual. Primeiro, a inexistência de uma subseção comparável à Regra 23 (f) federal, porque as normas processuais de Nova Jérsei já permitiam a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, com juízo discricionário de admissibilidade pelo tribunal. A segunda distinção é mais importante, uma vez que permite, ao contrário do modelo federal, que os custos com a notificação dos membros ausentes sejam impostos a qualquer uma das partes, podendo ainda o juiz determinar o rateio das despesas entre todas elas. A terceira diferença é que não se exige a notificação individual, mesmo nas *class actions for damages*, podendo a mesma ser realizada através de publicações

¹²⁸ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 339.

¹²⁹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 343.



nos jornais ou de qualquer outra maneira, desde que respeitado o devido processo legal¹³⁰. Apesar disso, mesmo nas categorias em que não se assegura o direito de auto-exclusão, os juízes locais recomendam a notificação individualizada, sempre que possível¹³¹.

Novo México: a Regra 1-023 das *New Mexico Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior à reforma de 2003. Da mesma maneira que na regra federal, admite-se recurso imediato contra decisões de certificação, submetido ao juízo discricionário de admissibilidade do tribunal de apelações. Como o estado aderiu à moderna sistemática federal somente no ano de 1995, a jurisprudência das instâncias superiores locais é ainda um pouco incipiente. De um modo geral, juízes e advogados locais ainda não têm muita experiência em lidar com demandas coletivas. As poucas decisões proferidas sobre o tema freqüentemente fazem referências à jurisprudência da Justiça Federal. Em precedente anterior à regra atual, a Suprema Corte no Novo México citou com aprovação o caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*¹³², no sentido de que, em uma *class action for damages*, é necessário que se promova a notificação individualizada de todos os membros ausentes que possam ser identificados com esforço razoável, ainda que as pretensões sejam de valor reduzido¹³³. Ao que tudo indica, a orientação local da jurisprudência neste aspecto específico deve continuar a ser aplicada no Novo México mesmo após a reestruturação das normas estaduais, tendo em vista que se apresenta compatível com a jurisprudência dominante dos tribunais federais.

Ohio: a Regra 23 das *Ohio Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior às reformas de 1998 e 2003. As ações coletivas por responsabilidade civil em matéria de direitos do consumidor, no entanto, devem observar requisitos específicos previstos em uma lei local conhecida como *Consumer Sales Practice Act*¹³⁴. Recentemente, a Suprema Corte de Ohio parece ter adotado uma postura mais restritiva, porque considerou que apenas pode ser admitida uma ação coletiva se a certificação for necessária para satisfazer a pretensão dos membros da classe, contrariando a orientação dominante na jurisprudência federal, que tem

¹³⁰ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 321.

¹³¹ V., por exemplo, *Gallano v. Running*, 33 A.2d 158 (N.J.Super. 1978).

¹³² V. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d 732 (1974).

¹³³ V. *Eastham v. Public Employees Retirement Association Board*, 553 P.2d 679 (N.M. 1976).

¹³⁴ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 374.



rejeitado esse requisito implícito de “necessidade” da tutela coletiva¹³⁵. Outra condição imposta pela Suprema Corte de Ohio diz respeito à “coesão interna” da classe em demandas de tipo (B)(2)¹³⁶, mais uma vez contrariando a sistemática federal, que não tem acolhido tal entendimento. A Suprema Corte local tem ainda recomendado que as instâncias inferiores fundamentem de forma consistente a análise de cada um dos requisitos gerais de admissibilidade nas decisões de certificação¹³⁷. Ainda assim, tal como na grande maioria dos estados, os juízes locais têm se orientado em vários outros assuntos pelos precedentes proferidos no âmbito da Justiça Federal. Quanto à possibilidade de revisão das decisões de certificação, apesar da omissão na Regra 23 local, foi aprovada em 2005 uma norma no *Ohio Revised Code* permitindo a interposição imediata de recurso contra tais decisões, sem condicionar sua admissão a juízos discricionários do tribunal.

Oklahoma: o título 12, seção 2023 do *Oklahoma Statutes* foi modificado no ano de 2009, de modo que, atualmente, a norma estadual apresenta grande similitude com a Regra 23 federal posterior à reforma de 2003. Embora seja exigida a notificação individual de todos os membros que possam ser identificados com razoável esforço nas *class actions* certificadas na categoria (B)(3), a regra local admite outras modalidades de notificação para os demais integrantes do grupo, tais como publicações em jornais ou divulgação nos meios de comunicação em massa, entre outras alternativas. Os membros que não receberem notificação individualizada poderão exercer o seu direito de auto-exclusão a qualquer momento antes da decisão de mérito. Os juízes estaduais costumam se orientar pela jurisprudência federal¹³⁸. As normas processuais locais permitem que se interponha recurso imediato contra as decisões de certificação. Uma regra peculiar foi implementada na reforma de 2009, limitando a abrangência das *class actions* propostas em Oklahoma aos residentes neste estado ou aos não-residentes que tiverem vinculação com o território de Oklahoma, desde que esteja relacionada à matéria discutida na ação (propriedade de bens ou prática de conduta nos limites do território do estado). A ação coletiva somente poderá ter abrangência maior com a concordância do réu.

¹³⁵ V. *State ex rel. Davis v. Public Employment Retirement Board*, 855 N.E.2d 444 (Ohio 2006).

¹³⁶ V. *Wilson v. Brush Wellman, Inc.*, 817 N.E.2d 59 (Ohio 2004).

¹³⁷ V. *Hamilton v. Ohio Savings Bank*, 694 N.E.2d 442 (Ohio 1998).

¹³⁸ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 391.



Oregon: as *class actions* se encontram disciplinadas na Regra 32 das *Oregon State Court Rules of Civil Procedure*, que apresenta importantes diferenças em relação ao modelo federal. Na realidade, a legislação estadual se revela muito mais restritiva do que a Regra 23 das FRCP. Historicamente, as cortes de Oregon têm sido consideradas hostis às *class actions*, mais até do que a própria Justiça Federal. Embora os precedentes federais sejam invocados ocasionalmente, a jurisprudência local tem buscado delimitar de forma rigorosa os aspectos similares e distintos entre os dois modelos de tutela coletiva. Somente onde eles forem considerados semelhantes é que serão invocadas as decisões da Justiça Federal¹³⁹. Os primeiros quatro requisitos de admissibilidade são idênticos: impraticabilidade do litisconsórcio, existência de questões comuns, tipicidade e representatividade adequada. Para as *class actions for damages*, existe ainda mais um quinto requisito, exigindo que o representante notifique previamente o demandado, com trinta dias de antecedência, para que o mesmo corrija sua conduta ilícita, sob pena de ser ajuizada a demanda coletiva¹⁴⁰. A regra estadual exige também que se demonstre a superioridade da tutela coletiva, levando-se em consideração diversas circunstâncias. Não existem na regra estadual, todavia, categorias rígidas de *class actions*, mas apenas fatores para se avaliar a superioridade da tutela coletiva. Entre os aspectos relacionados para este fim, encontram-se os mesmos quatro critérios da Regra 23 federal, além da predominância das questões comuns sobre as individuais; a presença de alguma das hipóteses fáticas correspondentes às categorias (b)(1) e (2) do modelo federal e um fator contrário à orientação da Justiça Federal, segundo o qual as pretensões da coletividade são devem ser tão reduzidas a ponto de serem totalmente consumidas pelas despesas processuais e pelos ônus da administração do litígio. A notificação poderá ou não ser realizada, devendo o juiz observar seis critérios: a) a natureza da controvérsia e da tutela processual pleiteada; b) a extensão e natureza dos interesses de cada um dos integrantes da classe; c) o interesse da parte adversa em assegurar uma solução definitiva para a controvérsia; d) a impraticabilidade ou a ineficiência na propositura de ações separadas para a solução do conflito; e) as despesas para a

¹³⁹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 399.

¹⁴⁰ Segundo Laid Kirkpatrick, o objetivo da regra específica de Oregon seria permitir que o réu emendasse a sua conduta, evitando a publicidade negativa potencial de uma *class action*, que poderia comprometer a sua atividade econômica. V. KIRKPATRICK, Laid. Procedural reform in Oregon, *Oregon Law Review*, v. 56, 1977, p. 547.



notificação do grupo, e; f) o possível prejuízo para os membros que não forem notificados. Em princípio, as despesas com a notificação incumbem ao autor, mas podem ser excepcionalmente atribuídas ao réu. O direito de auto-exclusão pode ser assegurado ou não pelo juiz, dependendo dos mesmos fatores indicados para a realização da notificação. A norma estadual ainda prevê um procedimento peculiar de inclusão (*opt-in*), em que os membros ausentes devem intervir na ação coletiva antes da decisão de mérito, informando quais os danos individuais que sofreram para orientar o juiz na sua decisão. A condenação imposta ao réu a título de indenização dos integrantes da classe não poderá ultrapassar o montante global a ser atribuído a cada um dos membros do grupo que ingressaram antes da decisão de mérito para informar os danos que sofreram. Existe ainda outra restrição, segundo a qual a *class action for damages* será extinta se o réu identificar todos os integrantes do grupo e ressarcir-lhes voluntariamente dos danos ocasionados, comprometendo-se ainda a cessar a conduta ilícita objeto da demanda. Acordos estão sujeitos à aprovação judicial mesmo antes da decisão de certificação. Finalmente, na ausência de uma norma específica, a possibilidade de interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação está disciplinada nas regras processuais comuns de Oregon, normalmente exigindo o duplo juízo discricionário de admissibilidade, em primeira e em segunda instâncias¹⁴¹.

Pensilvânia: as *class actions* se encontram disciplinadas nas Regras 1701 a 1716 das *Pennsylvania Rules of Civil Procedure*, que apresentam algumas diferenças estruturais se comparadas ao modelo federal. Os requisitos gerais de admissibilidade são basicamente os mesmos. Existem, além disso, algumas regras na legislação estadual sobre formalidades na petição inicial e na resposta. O representante tem um prazo de trinta dias, contados do encerramento da fase postulatória, para requerer a certificação da classe, podendo o prazo ser ampliado por justo motivo. Os critérios para a decisão de certificação revelam a distinção mais importante entre os modelos federal e estadual, pois não são previstas aqui categorias rígidas de *class actions*, ao contrário da Regra 23 federal. Quando a única pretensão deduzida for pecuniária, o juiz deve levar em consideração sete critérios: predominância ou não das

¹⁴¹ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 412/413.



questões comuns, a dimensão da classe e as dificuldades de administração do litígio, o risco de decisões conflitantes (onde se reproduziu a redação da Regra 23 (b)(1) federal), a extensão e natureza de qualquer outra demanda já iniciada envolvendo as mesmas questões, a conveniência em processar a ação em determinado foro, a insuficiência ou não das pretensões individuais para serem reclamadas em ações separadas e, contrariando a orientação federal, se os benefícios para o grupo seriam ou não absorvidos pelas despesas processuais e pelos ônus da administração do litígio. Caso, por outro lado, existam pedidos de natureza declaratória ou mandamental, devem ser levados em consideração os cinco primeiros critérios referentes aos pedidos pecuniários e, ainda, se a parte ré agiu ou não com fundamentos aplicáveis à classe como um todo, sendo reproduzida aqui a redação da subseção (b)(2) da Regra 23 federal. Se houver cumulação de pedidos de caráter indenizatório e declaratório/injuntivo, todos os critérios devem ser considerados. A regra estadual, no entanto, não exige em momento nenhum a superioridade da tutela coletiva¹⁴². A notificação é sempre obrigatória, mas será realizada na forma determinada pelo juiz, não necessariamente de modo individualizado. Ao contrário do modelo federal, o sistema de vinculação da Pensilvânia é flexível: em regra, o juiz deve fixar na decisão de certificação um prazo para o exercício do direito de auto-exclusão, que pode ou não ser assegurado. Em circunstâncias excepcionais, contudo, poderá determinar que se adote o sistema oposto, fixando uma data limite para que os membros ausentes manifestem expressamente o desejo de serem incluídos na demanda coletiva (*opt-in*). A sistemática recursal na Pensilvânia também é peculiar: uma decisão de certificação positiva da ação coletiva poderá ser revista em recurso imediato, condicionada a juízo discricionário de admissibilidade; por outro lado, uma decisão denegatória poderá ser objeto de recurso como direito subjetivo da parte interessada (*as a matter of right*), independentemente de juízo discricionário para sua admissão.

Porto Rico: embora não seja propriamente um Estado-membro inserido na federação americana, trata-se de um Estado Livre Associado que adota, em linhas gerais, a sistemática processual estadunidense. As *class actions* se encontram previstas na Regra 20 das *Reglas de*

¹⁴² V. *Weinberg v. Sun Company, Inc.*, 740 A.2d 1152 (Pa.Super. 1999).



Procedimiento Civil de Puerto Rico. Porto Rico é um notável exemplo da grande influência exercida pelo modelo federal. Os principais documentos oficiais em Porto Rico, bem como as decisões judiciais, estão redigidos em espanhol, não em inglês. Isto não impediu, porém, que Porto Rico seguisse a sistemática federal. A regra local nada mais é do que uma tradução para o espanhol da Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. As decisões judiciais da Justiça Federal, mesmo em inglês, são freqüentemente citadas nas decisões da Justiça local. Alguns julgados são realmente interessantes, porque alternam citações em espanhol e inglês a todo instante, conforme o precedente jurisprudencial ou a doutrina citada seja de Porto Rico ou dos Estados Unidos¹⁴³. Em linhas gerais, a jurisprudência se apresenta compatível com a orientação das cortes federais americanas. Na ausência de disposição específica, os recursos contra as decisões de certificação devem ser interpostos conforme as regras gerais de processo civil, que impõem juízos discricionários de admissibilidade.

Rhode Island: a Regra 23 contida nas *Rhode Island Superior Court Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 federal anterior às reformas de 1998 e 2003. De forma geral, as decisões dos tribunais estaduais levam em consideração os precedentes federais e são consistentes com as orientações emanadas da Justiça Federal. Na ausência de norma análoga à alínea (f) inserida na Regra 23 das FRCP, a revisão imediata das decisões de certificação segue as mesmas regras e restrições processuais estabelecidas para as decisões interlocutórias em geral.

Tennessee: as *class actions* se encontram reguladas na Regra 23 das *Tennessee Rules of Civil Procedure*, substancialmente semelhante à Regra 23 federal anterior a 1998. Existem, porém, algumas normas específicas na legislação local. Não se permite, por exemplo, que a certificação seja decidida em audiência, sem que tenha sido concedida a oportunidade para que todos os representantes da classe e todos os réus estejam nela presentes. De forma geral, dada a inegável similitude entre os dois modelos de tutela coletiva, os juízes de Tennessee costumam

¹⁴³ V., por exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal Supremo de Porto Rico em *Guzmán Matías v. Vaquería Tres Monjitas, Inc.*, 169 D.P.R. __ (P.R. 2006), redigida na língua espanhola, com nada menos que quatro citações a diferentes obras doutrinárias norte-americanas, todas em inglês, além dos inúmeros precedentes jurisprudenciais federais, também em inglês.



se orientar pelos precedentes federais¹⁴⁴. Na ausência de regras específicas, as decisões de certificação podem ser revistas na forma das normas processuais comuns atualmente em vigor no estado, que dispensam o juízo discricionário de admissibilidade da instância inferior para qualquer recurso contra decisão interlocutória, sem prejuízo do exame de admissibilidade pelo tribunal, em moldes semelhantes, na prática, ao regime da Regra 23 (f) federal. Em 2009, foi acrescentada a Regra 23.08, que positiva a distribuição fluída da indenização (*cy pres doctrine*), norma esta sem paralelo no modelo federal

Texas: a Regra 42 das *Texas Rules of Civil Procedure* é semelhante ao modelo das FRCP nos seus aspectos mais fundamentais, de maneira que a jurisprudência local considera persuasivos os precedentes federais, embora não vinculantes. Em 2004, houve uma revisão na regra estadual que incorporou em linhas gerais as modificações inseridas em 2003 na Regra 23 das FRCP. A Suprema Corte do Texas tem orientado os juízes estaduais a analisarem de forma rigorosa os requisitos de admissibilidade das *class actions*¹⁴⁵. Com as recentes reformas na legislação local, exige-se que a decisão de certificação positiva ou denegatória de uma ação coletiva de categoria (b)(3) indique todos os elementos das pretensões e defesas deduzidas, as questões comuns e individuais, as questões que provavelmente demandarão maiores esforços para serem decididas, outros métodos disponíveis para a solução da controvérsia, os motivos pelos quais se verificou ou não a predominância das questões comuns, os fundamentos pelos quais se constatou ou não a superioridade da tutela coletiva e, se a demanda for certificada, como as questões individuais serão resolvidas de forma razoável e eficiente. As categorias são as mesmas do modelo federal, mas a Suprema Corte do Texas tem imposto severas restrições às chamadas *injunctive class actions*, especialmente se não for assegurado o direito de auto-exclusão, exigindo a demonstração de uma coesão interna mínima das pretensões individuais envolvidas¹⁴⁶. De um modo geral, a Suprema Corte também tem revelado ceticismo em admitir

¹⁴⁴ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 474.

¹⁴⁵ V. *Ford Motor Co. v. Sheldon*, 22 S.W.3d 444 (Tex. 2000). Veja-se, ainda, o caso *Stobaugh v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 105 S.W.3d 301 (Tex.App. – Houston 14th Dist. 2003) (decisão de um tribunal de apelação local, segundo a qual a Justiça do Texas seria muito mais rigorosa que a de outros estados americanos na análise dos requisitos de admissibilidade das ações coletivas).

¹⁴⁶ V. *Compaq Computer Corp. v. Lapray*, 135 S.W.3d 657 (Tex. 2004).



*class actions for damages*¹⁴⁷. A regra estadual já incorporou dispositivos similares à Regra 23 (g) federal, no que diz respeito aos critérios de indicação do advogado da classe. Existem regras disciplinando a fixação dos honorários do advogado que são similares, em linhas gerais, à Regra 23 (h) das FRCP. No entanto, uma norma específica disciplina o arbitramento dos honorários, caso os benefícios da coletividade sejam revertidos em cupons ou outros benefícios não-pecuniários. Neste caso, os honorários deverão ser fixados em montante pecuniário e não-pecuniário na mesma proporção que forem recebidos pelos membros do grupo, tratando-se de norma mais restritiva até mesmo do que as vigentes na Justiça Federal após a aprovação do *Class Action Fairness Act* (CAFA) de 2005. Outra particularidade do modelo estadual está em uma regra expressa, esclarecendo que os membros ausentes não são considerados partes do processo para fins de realização da *discovery*. Decisões de certificação são recorríveis de forma imediata para a Corte de Apelações local, com possibilidade ainda de novo recurso para a Suprema Corte estadual. Isso significa que as decisões de certificação no Texas estão sujeitas à dupla revisão. Finalmente, existe um precedente em que se permitiu a distribuição fluída da indenização (*cy pres doctrine*), mas o tribunal manteve a decisão de primeira instância pelo simples fundamento de que não havia nenhuma proibição nas regras estaduais, nem precedentes contrários¹⁴⁸. Logo, não teria havido abuso de discricionariedade pelo juiz em admitir tal prática. Na falta de norma expressa e de discussões mais aprofundadas sobre o tema, ainda não está claro se a jurisprudência local irá permitir a *cy pres doctrine* em casos futuros.

Utah: a Regra 23 das *Utah Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior a 1998. Devido à grande similitude entre os dois modelos, os precedentes da Justiça Federal são considerados persuasivos pela Justiça de Utah. A jurisprudência local sobre a matéria se apresenta consistente com as orientações dos juízes federais, não se vislumbrando maiores discrepâncias ou peculiaridades em relação ao regime das *class actions* disciplinado nas FRCP.

¹⁴⁷ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 486.

¹⁴⁸ V. *Northrup v. Southwestern Bell Telephone Co.*, 72 S.W.3d 16 (Tex.App. – Corpus Christi 2002).



Vermont: a Regra 23 das *Vermont Rules of Civil Procedure* é idêntica à regra federal anterior à reforma de 2003. Isso quer dizer que a norma estadual não apresenta as subseções (g) e (h) inseridas na norma federal, que dizem respeito aos critérios de escolha do advogado do grupo e à fixação de honorários advocatícios. A regra estadual reproduziu a alínea (f) da Regra 23 das FRCP, permitindo a interposição de recurso imediato contra as decisões de certificação, cuja apreciação estará submetida apenas a juízo discricionário de admissibilidade do tribunal, mas não da instância inferior. De modo geral, as decisões da Justiça de Vermont sobre *class actions* são compatíveis com as orientações da Justiça Federal a respeito da matéria.

Virgínia: assim como em Mississippi, as *class actions* não encontram previsão legal no estado da Virgínia. Para pretensões tradicionalmente fundadas na *equity law*, normalmente de natureza declaratória ou mandamental, a jurisprudência local permite discricionariamente que os autores representem em juízo outros indivíduos em situação semelhante¹⁴⁹. No entanto, para os pleitos fundados historicamente na *common law*, geralmente de caráter indenizatório, não se admitem ações de natureza coletiva. Uma alternativa que os juízes locais têm se utilizado encontra-se em uma lei designada de *Multi Claimant Litigation Act* (MCLA), codificada nas seções 8.01-267.1 e seguintes do *Virginia Code*. Esta lei permite que processos individuais envolvendo questões comuns de fato ou de direito predominantes, com no mínimo seis demandantes ao todo, sejam reunidos para promover a justa e eficiente administração processual, respeitado o devido processo legal e o direito a um julgamento justo e imparcial¹⁵⁰.

Virgínia Ocidental: a Regra 23 das *West Virginia Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. Até a aprovação da nova Regra 23 local em 1998, a Virgínia Ocidental ainda estava confinada às superadas categorias das *true*, *hybrid* e *spurious class actions*, que já não mais estão previstas no modelo federal desde 1966. A alteração na regra estadual marca o abandono do modelo anterior, que não mais deve ser considerado para fins de certificação de ações coletivas, como já decidiu a Suprema Corte

¹⁴⁹ V., por exemplo, *Johnson v. Black*, 49 S.E. 633 (Va. 1905) (admitida ação coletiva postulando a concessão de tutela mandamental referente à cobrança ilegal de tributos)

¹⁵⁰ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 516.



estadual¹⁵¹. A jurisprudência local, entretanto, ainda não se encontra plenamente consolidada em termos de interpretação da nova legislação estadual, muito embora a tendência pareça ser de progressiva compatibilização com a orientação das cortes federais sobre o tema.

Washington: a Regra 23 das *Washington Superior Court Rules* é praticamente idêntica à Regra 23 das FRCP anterior a 1998. Considera-se, por este motivo, que os precedentes federais sobre a matéria são relevantes para a interpretação da regra local. Observa-se tendência recente nas cortes locais em realizar uma análise rigorosa de todos os requisitos de admissibilidade, seguindo a orientação da Justiça Federal¹⁵². Em janeiro de 2006, foi aprovada uma reforma acrescentando uma alínea (f) à regra estadual, que positiva a aplicação da *cy pres doctrine*, norma esta sem paralelo no modelo federal. Esta norma disciplina de que maneira deverão ser revertidos eventuais resíduos, após a satisfação das pretensões de todos os membros da classe que puderem ser identificados, das despesas processuais, dos honorários e quaisquer outros pagamentos determinados pelo juiz. Segundo a norma estadual, 25% dos resíduos serão destinados a um órgão estadual que promove o acesso à justiça para indivíduos hipossuficientes. O restante poderá ser revertido a este mesmo órgão ou a qualquer outra entidade com objetivos relacionados direta ou indiretamente ao processo coletivo de onde vieram os recursos. Isto não quer dizer, todavia, que um fundo comum de indenização tenha sempre que proporcionar resíduos a serem revertidos ao órgão estadual¹⁵³. Trata-se apenas de uma regra para disciplinar a destinação de valores remanescentes, caso existentes.

Wisconsin: as *class actions* se encontram disciplinadas em uma única norma, na seção 803.08 dos *Wisconsin Statutes*. A regra se apresenta bastante diferenciada do modelo federal. Sua redação se encontra de certa forma inspirada na antiga *Equity Rule* federal de 1912, mas com uma importante peculiaridade: a norma estadual, em sua literalidade, admite demandas de natureza representativa quando existir um interesse comum ou geral de muitas pessoas *ou* se a formação do litisconsórcio for impraticável. Em outras palavras: exige-se somente a existência de interesses comuns *ou*, de forma disjuntiva, a numerosidade das partes. A redação

¹⁵¹ V. *Rezulin Litigation v. Hutchinson*, 585 S.E.2d 52 (W.Va. 2003).

¹⁵² V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 519/520.

¹⁵³ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 528.



literal, no entanto, foi desconsiderada pela jurisprudência da Suprema Corte de Wisconsin, que entende serem necessários três requisitos para certificar uma ação coletiva: a) impraticabilidade do litisconsórcio; b) representatividade adequada; c) existência de questões comuns¹⁵⁴. Todos os requisitos devem estar preenchidos simultaneamente. Além disso, a orientação da Suprema Corte local é que sejam avaliadas também as dificuldades de administração do litígio que provavelmente serão enfrentadas em caso de certificação¹⁵⁵. Ainda não há, entretanto, uma orientação clara na jurisprudência local sobre a aplicabilidade, em Wisconsin, das categorias previstas na Regra 23 federal para determinar se haverá ou não a notificação dos membros ausentes. Também não se tem notícia de qualquer precedente da Suprema Corte de Wisconsin enfrentando de forma mais incisiva determinadas matérias, como a aprovação de acordos, a fixação dos honorários advocatícios, a análise da superioridade da tutela coletiva, a possibilidade de revisão das decisões de certificação, entre outras questões importantes para a disciplina das ações coletivas.

Wyoming: a Regra 23 das *Wyoming Rules of Civil Procedure* é idêntica à Regra 23 das FRCP anterior às reformas de 1998 e 2003. Normalmente, os juízes estaduais consideram persuasivos os precedentes proferidos na Justiça Federal sobre a matéria. Curiosamente, não se tem notícia de um único caso sequer discutindo de forma explícita a interpretação da regra estadual sobre *class actions* na Suprema Corte local¹⁵⁶. Existe uma norma específica que prevê a competência exclusiva das *circuit courts* locais para processar causas de até sete mil dólares, salvo determinadas matérias. Demandas acima desse valor devem ser submetidas às *district courts*. A regra é importante no contexto das ações coletivas porque, em pelo menos um precedente, a Suprema Corte sugeriu (embora não decidindo expressamente) que não seriam admissíveis *class actions* nas *circuit courts* locais¹⁵⁷. Seguindo os precedentes da Suprema Corte federal em *Snyder* e *Zahn*¹⁵⁸, decidiu a Suprema Corte local neste mesmo caso que as

¹⁵⁴ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 538.

¹⁵⁵ V. *Cruz v. All Saints Healthcare Sys., Inc.*, 625 N.W.2d 344 (Wis. 2001).

¹⁵⁶ V. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. Cit., p. 544.

¹⁵⁷ V. *Mutual of Omaha, Ins. v. Blury-Losolla*, 952 P.2d 1117 (Wyo. 1998).

¹⁵⁸ V. *Snyder v. Harris*, 394 US 332, 89 S.Ct. 1053, 22 L.Ed.2d 319 (1969) e *Zahn v. International Paper Co.*, 414 US 291, 94 S.Ct. 505, 38 L.Ed.2d 511 (1973).



pretensões individuais não poderiam ser agregadas para satisfazer o limite mínimo de competência das *district courts*. Isso significa que, em Wyoming, não é possível ajuizar demandas coletivas com pretensões individuais inferiores a sete mil dólares, o que representa uma forte restrição aos processos coletivos instaurados com o objetivo de promover acesso à justiça para os titulares de direitos e interesses de valor econômico reduzido.

4. Algumas conclusões extraídas do presente estudo

Após se ter realizado um estudo panorâmico das diversas legislações estaduais sobre *class actions* no direito americano, podem ser extraídas algumas conclusões.

A primeira delas, obviamente, é a forte influência do modelo federal sobre os estados, empiricamente demonstrada. Mesmo naqueles estados em que o texto legal se apresenta diferenciado do modelo federal em aspectos estruturais, como na Califórnia, Carolina do Norte, Nebraska, Nova Hampshire e Wisconsin, observa-se nítida tendência de aproximação com a sistemática das FRCP através de construções jurisprudenciais. Em praticamente todos os estados, atribui-se maior ou menor relevância aos precedentes da Justiça Federal. Recentes reformas, por outro lado, têm aproximado ainda mais as legislações estaduais do modelo federal, como se observou, por exemplo, nas alterações promovidas no ano de 2010 em Connecticut. Desse modo, além de cerca de dois terços dos estados adotarem, em linhas gerais, o modelo federal de tutela coletiva, a maioria dos que não possuem regras similares, na prática, acaba se aproximando bastante da sistemática regulada nas FRCP mediante interpretação empreendida pelos tribunais locais. Esta conclusão justifica que se continue a examinar as *class actions*, nas obras doutrinárias sobre o tema, com base no modelo federal norte-americano.

Uma outra conclusão a que se chega através do estudo dos modelos estaduais de tutela coletiva é que a matéria sofre rápidas transformações, a ponto de tornar ultrapassadas algumas das tradicionais classificações da doutrina americana. Como já se discutiu no início do presente artigo, segundo Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, em conhecida obra



publicada no ano de 2005, as legislações estaduais poderiam ser divididas em quatro grandes grupos: a) os estados que seguiam o modelo federal atual; b) aqueles que ainda adotavam as classificações *true*, *hybrid* e *spurious class actions* da Regra 23 das FRCP de 1938; c) os que seguiram as orientações de uma antiga lei do estado de Nova Iorque conhecida como Código Field, baseadas na noção de comunhão de interesses, e; d) os que revisaram suas legislações à luz da experiência acumulada ao longo das últimas décadas¹⁵⁹. O estudo apresentado acima revela, no entanto, que já não existe mais praticamente nenhum estado que ainda se oriente pela redação original da Regra 23. Quase todos os estados apontados pelos autores como ainda filiados ao antigo modelo (Michigan, Geórgia e Virgínia Ocidental) já reformaram suas legislações, aderindo à sistemática atual do modelo federal de ações coletivas. Até mesmo a Carolina do Norte, que ainda preserva uma legislação inspirada em parte na Regra 23 original, tem se aproximado consideravelmente do modelo federal através de construções jurisprudenciais.

O estudo das legislações estaduais reforça também a noção de sobreposição entre os requisitos de admissibilidade e categorias de *class actions*. Na maioria das vezes, a ausência de um requisito é forte indicativo da inexistência dos demais. Em um número considerável de estados, não existe previsão de categorias rígidas de ações coletivas. Muitas vezes, a redação da norma federal referente às subseções (b)(1), (2) e (3) é reproduzida pela legislação local como critérios para a aferição da predominância ou da superioridade da tutela coletiva. De forma geral, parece estar assentada a idéia de que os requisitos básicos de uma *class action* são a impraticabilidade do litisconsórcio, a existência de questões comuns, a tipicidade e a representatividade adequada. As categorias previstas na Regra 23 das FRCP, contudo, não são uniformemente adotadas. Da mesma forma, a predominância e superioridade, em alguns estados, é estabelecida para todas as ações coletivas e não somente para as chamadas *class actions for damages*, tal como previsto no modelo federal.

As divergências encontradas em certas legislações estaduais em termos de categorias de ações coletivas estão relacionadas a uma outra questão importante, que é a notificação dos

¹⁵⁹ V. FRIEDENTHAL, Jack H. *et. al.* Op. Cit., p. 774/776.



membros ausentes e o direito de auto-exclusão. Alguns estados não seguiram a orientação federal, como é o caso da Carolina do Sul, Connecticut e Dakota do Norte. Isto reforça a hipótese de que a Regra 23 das FRCP disciplinou a matéria de forma um pouco arbitrária¹⁶⁰. Em determinadas ocasiões, é possível que a comunicação e o direito de auto-exclusão sejam mais importantes em uma *class action* de categoria (b)(2), em que podem estar em jogo direitos fundamentais relevantíssimos, do que numa demanda de tipo (b)(3), tipicamente indenizatória, especialmente se o valor econômico da pretensão de cada um dos integrantes da classe for ínfimo. Isso talvez explique a razão de a legislação em Dakota do Norte e em Iowa dispensar a notificação individual, ainda que a pretensão seja de natureza indenizatória, quando o valor for inferior a cem dólares. Por outro lado, simplesmente extinguir todas as categorias de ações coletivas e deixar que a notificação seja realizada conforme a decisão discricionária do juiz pode abrir espaços para a arbitrariedade. Em alguns estados onde não existem tipos rígidos de *class actions*, a jurisprudência local se orienta pelas categorias federais para decidir se será ou não assegurado o direito de comunicação e auto-exclusão. A melhor solução, portanto, não parece estar na simples extinção das categorias atualmente existentes, já disciplinadas nas FRCP há mais de quarenta anos.

Algumas legislações estaduais apresentam alternativas muito interessantes. Em Iowa e Dakota do Norte, por sinal as regras estaduais mais extensas e detalhadas sobre o assunto, a notificação será realizada na forma determinada pelo juiz, que deverá levar em consideração alguns fatores, tais como os interesses da coletividade, a espécie de tutela processual requerida, as despesas com a notificação e os possíveis prejuízos para os membros ausentes. Procedimentos especiais de inclusão (*opt-in*), tais como previstos nas regras da Pensilvânia, embora não sejam recomendáveis na maioria dos casos por reduzir a abrangência do grupo e não promover o acesso à justiça para quem não tiver informações suficientes para fazer valer os seus interesses, também podem ser úteis em hipóteses específicas, sobretudo quando os

¹⁶⁰ V., entre outros, criticando a diferenciação contida na Regra 23 federal, HOMBURGUER, Adolf. State class actions and the Federal Rule, *Columbia Law Review*, v. 71, 1961, p. 637/647 e FISCH, William B. Notice, costs, and the effect of judgment in Missouri's new common-question class action, *Missouri Law Review*, v. 38, 1973, p. 216.



membros da classe possuírem pretensões de considerável valor econômico e estiverem bem informados de seus direitos.

O exame das legislações estaduais também relativiza um mito comum nos Estados Unidos, segundo o qual as Justiças Estaduais seriam muito mais favoráveis aos representantes da classe do que as cortes federais. A crença se encontra tão difundida que, de certa maneira, foi uma das justificativas apresentadas pelo Congresso para a aprovação do CAFA em 2005, que concentrou as ações coletivas de âmbito nacional e interestadual na Justiça Federal. Alguns dados mostram que, de fato, algumas cortes distritais têm atuado com clara propensão em favorecer a coletividade, sendo conhecido o caso da corte de Madison County, em Illinois¹⁶¹. Existe certo exagero, entretanto, em culpar indiscriminadamente todos os juízes estaduais pelos abusos verificados. A jurisprudência em alguns estados tem se revelado mais restritiva que a própria Justiça Federal, sendo sintomáticos os exemplos do Texas e Oregon.

Uma tendência recente observada nos estados tem sido a aprovação de reformas para compatibilizar as regras locais às recentes alterações de 1998 e 2003 na Regra 23 das FRCP. Ainda não se sabe se este movimento trará maior uniformidade, por exemplo, à sistemática recursal das decisões de certificação. De todo o modo, o impacto das últimas reformas no modelo federal foi relativamente pequeno, visto que muitas das novas disposições apenas consagram práticas jurisprudenciais já consolidadas, em sua maioria, em grande parte dos estados americanos. Em termos de reformas processuais, o que ainda não se pode aferir é o impacto das inovações introduzidas pelo CAFA. Ao que tudo indica, haverá uma forte concentração de *class actions* de âmbito interestadual e nacional na Justiça Federal, o que já foi detectado por estudos preliminares¹⁶². Ainda não se sabe, contudo, se as novas disposições do CAFA referentes à aprovação de acordos e ao arbitramento de honorários advocatícios serão igualmente reproduzidas ou não no âmbito das legislações estaduais.

¹⁶¹ V. BEISNER, John; MILLER, Jessica Davidson. Class action magnet courts: the allure intensifies, *Civil Justice Report*, n. 5, July 2002, disponibilizado em www.manhattan-institute.org/pdf/cjr_05.pdf (acessado em 11 de agosto de 2007).

¹⁶² Nesse sentido, v. estudo promovido pelo *Federal Judicial Center*, sob a coordenação de Thomas E. Willging e Emery Lee. O estudo já divulgou relatórios preliminares, sinalizando um previsível aumento do número de *class actions* ajuizadas ou transferidas à Justiça Federal. Veja-se a relação dos relatórios já divulgados em <http://www.fjc.gov> (acesso em 11 de agosto de 2007).



5. Referências bibliográficas

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Survey of State Class Action Law*. Chicago: First Chair, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana, *Revista de Processo*, n. 130, 2005, p. 131/154.

BEISNER, John; MILLER, Jessica Davidson. Class action magnet courts: the allure intensifies, *Civil Justice Report*, n. 5, July 2002, disponibilizado em www.manhattan-institute.org/pdf/cjr_05.pdf (acessado em 11 de agosto de 2007).

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, n. 82, 1996, p. 92/151.

CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert B. *Newberg on class actions*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 4.

FISCH, William B. Notice, costs, and the effect of judgment in Missouri's new common-question class action, *Missouri Law Review*, v. 38, p. 173-218, 1973.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St. Paul: Thomson West, 2005.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. Un modelo para países de derecho civil. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.



GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class actions for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édis. (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

HOMBURGUER, Adolf. State class actions and the Federal Rule, *Columbia Law Review*, v. 71, p. 609-687, 1961.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. St Paul: Thomson West, 2004.

KIRKPATRICK, Laid. Procedural reform in Oregon, *Oregon Law Review*, v. 56, 1977.

KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. 2 ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

_____. The adoption of a class action rule: some issues for Mississippi to consider, *Mississippi College Law Review*, v. 24, 2005.

KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M; MALVEAUX, Suzette M. *Class actions and other multi-party litigation – cases and materials*. St. Paul: Thomson West, 2006.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *A experiência norte-americana das class actions: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. 1071 f. Dissertação de mestrado (Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

_____. *Class actions e reformas processuais: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 86-124, out./dez. 2007. Disponibilizado em www.redp.com.br (acessado em 6 de setembro de 2010).

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales¹

(The right to a full execution of judicial decisions and the procedural means to
enforce them)

Adrián Simons Pino

Professor at the University of Piura, Peru. Member of the International Association of
Procedural Law and of the Iberoamerican Institute of Procedural Law. Director of the
Peruvian Association of Procedural Law

*“El día en que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede
dormir tranquilo.”*

Eduardo J. Couture²

*“Si se desea un proceso eficaz, necesariamente se deben correr
riesgos.”*

Jorge W. Peyrano³

¹ Debo agradecer el valioso aporte de Martín Chocano Tabja, joven valor del derecho procesal peruano.

² Citado por MUÑOZ SABATÉ, Luis, en *Estudios de práctica procesal*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 603.

³ PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria”, en *Advocatus*, revista de los alumnos de la Universidad de Lima, primera entrega, 1998, p. 11.



I. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a la ejecución de las decisiones judiciales

Constituye doctrina pacífica, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es uno de claras raíces constitucionales. Más de un texto constitucional iberoamericano así lo ha consagrado. En nuestro país se encuentra acogido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado⁴. Es que ese derecho de acceder a los tribunales, que poseen todos los ciudadanos por el solo hecho de serlo y es, por ende, capaz de materializar el derecho de acción, tiene inclusive la categoría de derecho fundamental de la persona.

Pues bien, para que este derecho fundamental pueda ser considerado como pleno, debe ser apreciado en toda su integridad; para tal efecto, el profesor español Francisco Chamorro Bernal⁵ ha subdividido el derecho a la tutela judicial efectiva, a su vez, en cuatro subderechos básicos:

- a) El derecho de libre acceso a la función jurisdiccional y al proceso en sí mismo. Este derecho debe garantizar el irrestricto ejercicio del derecho de acción⁶.
- b) El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión. Este derecho debe organizar el derecho de contradicción, el derecho a la prueba y el derecho de impugnación.
- c) El derecho a obtener una resolución fundada en “Derecho”, que ponga fin al proceso.
- d) El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales, como una de sus manifestaciones.

⁴ “Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

⁵ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela efectiva*. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 12 y 13.

⁶ Entendida la acción como aquel derecho público, subjetivo, abstracto, autónomo y de contenido constitucional, del que goza toda persona para recurrir al órgano jurisdiccional y solicitar tutela judicial efectiva.



Por ello, Jesús Gonzales Pérez concluye que “la obligación de cumplir las sentencias y resoluciones judiciales firmes, así como prestar la colaboración requerida por éstos, se ha constitucionalizado”⁷.

Tan relevante se ha constituido el derecho a la ejecución que, dentro de un Estado de Derecho, no es posible hablar del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si es que no se cumplen a cabalidad las sentencias y otras resoluciones judiciales (ejemplo: medidas cautelares). Así se ha expresado el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 01063-2009-PA/TC, cuando señala que “la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de Derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos (...) reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos”.

Para nadie es desconocida la actual crisis que viven nuestro país y las sociedades latinoamericanas en general, en materia de confianza en el sistema judicial; crisis que se ve agudizada cuando las resoluciones emitidas por los jueces y tribunales se ven burladas por actos que pueden implicar desde la negativa injustificada hasta el fraude o la simulación de la parte que está obligada al cumplimiento.

Para enfrentar dicha crisis, es importante desarrollar una cultura que implique el respeto y obediencia de los mandatos judiciales; los jueces deben estar conscientes del rol social que les ha tocado desempeñar, rol que implica la difícil tarea de tomar decisiones justas pero que, a veces, resultan impopulares. La justicia no se imparte en función de la simpatía o

⁷ GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Tercera edición, Civitas, Madrid, España, pp. 341 y 342.



antipatía que pueda generar una decisión, sino sobre la base de una profunda convicción de que lo que se está haciendo es lo que corresponde hacer.

Es así que, a través del presente trabajo, pretendo ofrecer a la comunidad jurídica (jueces, abogados y estudiantes de derecho) una visión alternativa que privilegie el valor eficacia sobre una visión estática y conservadora del proceso.

En fin, que sea el lector quien juzgue si lo que se está proponiendo va acorde con las necesidades de nuestra sociedad, o si se prefiere dejar las cosas como están y seguir viviendo bajo un sistema que cada día se desprestigia más y más, y deja al ciudadano expuesto a bárbaras fórmulas de autocomposición o, incluso peor, a ideologías violentistas.

II. Los medios compulsorios y los poderes jurisdiccionales

Como bien dice Peyrano⁸, la “eficacia del proceso y obediencia concreta a las órdenes judiciales, son conceptos unidos si se quiere calificar a un sistema procesal como eficiente. Por supuesto que no será bastante para categorizar a un sistema procesal con tal calificativo por el hecho de que haya incorporado todos y cada uno de los institutos que apuntan, en teoría, al debido cumplimiento de las órdenes judiciales. Lo que tanto o más interesa es que tales instituciones se traduzcan en acciones concretas, y he ahí donde la figura del juez resulta decisiva para materializar en los hechos lo prometido por el sistema”. Pues bien, para llegar a tal conjunción de elementos (eficacia y obediencia), debemos reconocer los poderes con los cuales el juez se encuentra investido. Esos poderes pueden ser expresos o implícitos, y provienen del ejercicio natural de la función jurisdiccional.

⁸ PEYRANO, Jorge W. “Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular. Poderes de hecho de los jueces. Su contribución a la eficacia del proceso civil”, en *Procedimiento civil y comercial*, tomo II, Editorial Juris, 1992, pp. 1 y 2.



Para el presente trabajo, haré referencia a los poderes implícitos o también llamados poderes de hecho de los jueces, entendidos éstos como el “cúmulo de previsiones que debe adoptar el juez para obtener una ejecución eficiente en su mandato”⁹. Sobre esta base, todo aquel conjunto de herramientas de las que el juez puede hacer uso para doblegar la voluntad rebelde de quien resiste un mandato judicial (ejemplo: sentencia o medida cautelar), se manifiestan a través de lo que se denomina *medios compulsorios*. Los medios compulsorios se dividen de la siguiente manera:

- a) Medios compulsorios extraprocesales.
- b) Medios compulsorios intraprocesales.

Los medios compulsorios extraprocesales (ejemplo: la imposición de astreintes) son aquellos que no repercuten de modo directo en el trámite regular del proceso, sino que están dirigidos sobre todo a doblegar la resistencia de la parte renuente a acatar una decisión judicial. A su vez, los medios compulsorios extraprocesales se subdividen en: i) patrimoniales (astreintes) y ii) extrapatrimoniales (*contempt of court* y medidas conminatorias).

Por otro lado, los medios compulsorios intraprocesales tienen consecuencias directas en el trámite del proceso dentro del cual se insertan; por ejemplo, la imposición de sanciones por mala conducta procesal como producto de actos de agravio al tribunal o a la otra parte.

Dedicaré las líneas que siguen a un breve desarrollo de lo que significarían para el debido cumplimiento de las decisiones judiciales, los medios compulsorios extraprocesales (patrimoniales y extrapatrimoniales), herramientas jurídicas que debieran servir de instrumento para lograr el cabal, inmediato y fiel cumplimiento de las órdenes judiciales, ya que de no obtenerse ello tampoco se materializarán en los hechos la eficacia del proceso civil ni, mucho menos, la consagración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

⁹ PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 25.



III. Medios compulsorios extraprocesales

Para comenzar, cabe preguntar si contamos con un sistema procesal eficiente y capaz de doblegar la voluntad del renuente a cumplir una orden judicial. La respuesta es simple:

- a) Tenemos un sistema judicial deficiente.
- b) Los jueces no están conscientes de los poderes jurisdiccionales que poseen.
- c) Los otros poderes del Estado encargados de velar por el respeto a las órdenes judiciales, cuestionan e interfieren constantemente con el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como remedio a lo indicado, aparecen en nuestro escenario jurídico los medios compulsorios extraprocesales, también conocidos como medidas de apremio en general, los mismos que se entienden como “procedimientos indirectos de cumplimiento y constituyen de alguna manera la traducción en materia jurídica de la técnica del castigo como método de provocación de conductas socialmente deseadas...”¹⁰.

3.1 Supuestos de aplicación de los medios compulsorios extraprocesales

Los medios compulsorios se podrían aplicar a los siguientes tipos de obligaciones contenidas en decisiones judiciales, y cuyo cumplimiento es materia de desobediencia:

- a) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer.

¹⁰ PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 9.



- b) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de no hacer.
- c) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de dar cosas ciertas.

El común denominador de todos los medios compulsorios extraprocesales es que no resulta procedente su imposición cuando se discutan obligaciones de dar suma de dinero, ya que para dicho supuesto existen el secuestro conservativo y el embargo.

- a. Respecto del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer

Como bien lo refiere el profesor español Juan Montero Aroca¹¹, si el mandato judicial contiene una orden de prestación de hacer algo, pueden presentarse los siguientes supuestos:

- i) Que el obligado ejecute voluntariamente y de modo pleno la actividad ordenada por el órgano jurisdiccional.

- ii) Que el obligado ejecute parcialmente la actividad ordenada, en tal caso la ejecución deberá continuar hasta la satisfacción plena.

- iii) Que el obligado ejecute defectuosamente la actividad ordenada, en tal caso se entenderá que existe un incumplimiento, tanto así que el ejecutante puede solicitar se deshaga lo mal hecho. Y...

- iv) Que el obligado se niega (expresa o implícitamente) a realizar la actividad ordenada. A este supuesto se le equiparán los de realización parcial y defectuosa, debiéndose continuar con la ejecución forzada hasta doblegar la voluntad del ejecutado.

¹¹ MONTERO AROCA, Juan. *El nuevo proceso civil*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 200, 726, 727, 728 y 729.



En este caso hay que distinguir entre la ejecución de conductas fungibles¹² o no personalísimas, de las conductas infungibles o personalísimas.

Tratándose de la ejecución de conductas fungibles, lo deseable es que sea el propio obligado quien cumpla con realizar la actividad ordenada por el órgano jurisdiccional, debiendo ejercerse todos los poderes compulsorios al alcance, para así doblegar la voluntad renuente.

En mi opinión, sólo en el supuesto de que los medios compulsorios no surtan efecto, debería buscarse la ejecución por cuenta de un tercero o el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que cause tal incumplimiento. Soy de tal idea, porque resultaría una burla al propio sistema de justicia y al justiciable vencedor, el que se haya tramitado un proceso durante varios años y que la decisión definitiva recaída en el mismo no pueda ser cumplida por el obligado a ejecutar la prestación de hacer; lo lógico y natural es que primero se busque el cumplimiento “in natura” para luego, de verificarse la real imposibilidad de ejecución, se proceda a la llamada ejecución por transformación o sustitución.

En lo que corresponde a las conductas infungibles o personalísimas, considero que el tratamiento debe ser diferente, ya que se está frente a prestaciones que dependen de alguna especial habilidad o arte, de parte de quien se encuentra obligado a la prestación de hacer. Imaginemos los siguientes casos: un escritor cuya obligación sea redactar una novela, un actor cuya obligación sea actuar en una obra de teatro o cine, un cantante de ópera cuya obligación sea interpretar una obra de Bizet. Como es de notarse, aquí el juez debe tomar en consideración el interés del beneficiario de la prestación personalísima, ya que le puede resultar de mayor perjuicio a éste la aplicación de un medio compulsorio para doblegar la voluntad rebelde, que la ejecución por sustitución (pago de una indemnización), teniendo en consideración la naturaleza del caso, que involucra un acto de creatividad humana. Aquí debe medirse la real efectividad de la aplicación del medio compulsorio con la ejecución de la prestación personalísima según el mandato judicial y el propio interés del beneficiario.

¹² Prestaciones que pueden ser sustituidas.



b. Respetto del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de no hacer

Según Montero Aroca, “teóricamente, las condenas a no hacer, que son siempre infungibles pues no cabe que otra persona no haga por el condenado, pueden consistir bien en una omisión de realizar una conducta, que puede atender a una indefinida duración en el tiempo (prohibición de elevar un piso en un edificio quitando las vistas a otros), o referirse a uno o unos pocos actos determinados (no grabar durante un plazo un disco con otra compañía), o bien en una mera tolerancia de que otra persona realice una conducta (permitir que el actor utilice un camino particular, habiéndose declarado la existencia de una servidumbre de paso)”¹³.

Aquí cabe preguntarse: ¿qué ocurre si el condenado, incumpliendo lo dispuesto por el mandato de no hacer, desarrolla una actividad contraria, acaso ello implicaría un deshacer lo ya hecho? El profesor español David Vallespín Pérez ofrece la siguiente respuesta ante tal inquietud: “La solución de este problema no es que el Juez verifique el correspondiente no hacer, pues esto carecería de sentido, sino que el Juez, en caso de que se incumpla la obligación de no hacer, deshaga lo indebidamente hecho. De esta manera la ejecución transformativa comprendería no sólo el supuesto del hacer físico por parte del Juez, sino también el de deshacer forzoso, cuando se transforma negativamente la realidad material que se opone a la situación jurídica. (...) Ningún inconveniente habría en autorizar al Juez a la destrucción material de lo indebidamente hecho, cuando el título de ejecución así lo establece. No hay ningún obstáculo teórico en admitir que la infracción de una obligación de no hacer provoque la ejecución contraria a ese no hacer, que sea adecuada, reservando la conversión de la ejecución transformativa en ejecución expropiativa a aquellas hipótesis en que el hacer judicial no es posible o no constituya reparación adecuada del acreedor ejecutante”¹⁴.

¹³ MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. 2000, p. 731.

¹⁴ VALLESPÍN PÉREZ, David. “La regulación de la ejecución forzosa ‘no dineraria’ en el Anteproyecto de L.E.C.”, en *Presente y futuro del Proceso Civil*, director Joan Picó i Junoy, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1998, p. 615.



Ahora, puede darse la hipótesis de que el incumplimiento total de una orden judicial de no hacer, haya supuesto la realización de algo que no es posible deshacer. En tal caso, la ejecución debiera consistir en el resarcimiento de daños y perjuicios. En tal sentido, Montero Aroca nos ofrece el siguiente ejemplo: “cuando la obligación consiste en no fabricar un determinado artículo, puede que el condenado realice uno o varios actos de fabricación. La ejecución aquí difícilmente podrá consistir en deshacer lo hecho, porque los artículos estarán en el mercado y posiblemente vendidos; lo que supone que la ejecución habrá de limitarse al valor de lo vendido y al resarcimiento de perjuicios, pero además requiriendo al ejecutado para que se abstenga de hacer en el futuro con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial”¹⁵.

c) Respecto del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de dar cosas ciertas

Para que este supuesto de incumplimiento se produzca, el bien materia de ejecución debe reunir las siguientes condiciones: i) debe ser un bien existente, ii) el bien debe estar bajo la esfera del patrimonio del deudor, y iii) debe tratarse de bienes muebles o inmuebles.

El mayor problema de ejecución se presenta cuando se trata de la obligación de dar bienes muebles, pues facilita su ocultación de parte del que resiste el mandato de entrega, de ahí que siempre es aconsejable el secuestro judicial, que evitaría una frustración de la ejecución.

En este supuesto, el juez podrá disponer de todos los medios compulsorios a su alcance para obligar al vencido a entregar el bien materia de controversia, y sólo en el caso de pérdida del bien y frente a la imposibilidad de su sustitución, la doctrina ofrece lo siguiente: i) que el sujeto vencido pague el valor económico del bien perdido, y además ii) que el sujeto vencido pague los posibles daños y perjuicios.

¹⁵ MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. 2000, p. 732.



3.2 Medios compulsorios extraprocesales específicos

a) El *contempt of court* (rebeldía a cumplir lo ordenado por el tribunal)

Ésta es una institución propia del *commow law*, su origen está asociado con la idea de que es inherente a la propia existencia del Poder Judicial la utilización de los medios capaces de tornar eficaces las decisiones emanadas. Es inconcebible un Poder Judicial, destinado a la solución de conflictos, que no tenga el poder real de hacer valer sus decisiones o mandatos. Ninguna utilidad tendrían las decisiones, sin cumplimiento o efectividad. El negar instrumentos de fuerza al Poder Judicial es lo mismo que negar su existencia¹⁶.

No existe una definición universal del *commow law* respecto de esta institución, sin embargo algunos autores se han aproximado al tema de la siguiente manera:

Según P.G. Osborn, el *contempt of court* es “1) omisión de obrar de acuerdo a una orden de un tribunal superior; o un acto de resistencia o insulto al tribunal o a los jueces; 2) conducta apta para perjudicar el juicio imparcial de una persona acusada, punible con multa o prisión”¹⁷.

Según la definición propuesta por Swayzee, el *contempt of court* “es la práctica de cualquier acto que tienda a ofender a un tribunal en la administración de justicia o a disminuir su autoridad o dignidad, incluyendo la desobediencia a una orden”¹⁸.

El *contempt* se divide en criminal y civil. Como lo ha expuesto claramente la profesora brasileña Ada Pellegrini Grinover¹⁹, el *contempt* criminal está destinado a reprimir una conducta o acto de falta de respeto a la corte o al proceso, o que obstruye la administración de justicia;

¹⁶ MOSKOVITZ, Joseph. *Contemp of injuction, civil and criminal*, 1943. Citado por PELLEGRINI GRINOVER, ADA, en “Ética, abuso del proceso y resistencia a las órdenes judiciales: el ‘*contempt of court*’”, ponencia presentada ante el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, Neuquén, Argentina), 1999, p. 1.

¹⁷ BALLESTER, Eiel. *Libertad de prensa y debido proceso legal. Contempt of court*, en J.A., 1988-I, p. 831.

¹⁸ SWAYZEE, León Oliphant. *Contempt of court in labor injuction cases*. New York, MAS Press, 1968, p. 17.

¹⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ética, “Ética, abuso del proceso y resistencia a las órdenes judiciales: el ‘*contempt of court*’”, ponencia presentada ante el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, Neuquén, Argentina), 1999, pp. 3 y 4.



en cambio, el *contempt* civil se destina al cumplimiento de una decisión judicial, usando para ello medios coercitivos. Es bueno aclarar que una conducta irrespetuosa puede ser pasible, al mismo tiempo, de *contempt* civil y criminal, sea en el proceso civil o en el proceso penal.

En caso de *contempt* criminal que es punitivo, éste se inicia de oficio o a pedido de parte como un proceso autónomo y sumario; en cambio, en el *contempt* civil, el cual es coercitivo, la aplicación de la sanción ocurre en el mismo proceso en que se produjo la desobediencia.

Ahora bien, las sanciones propiciadas por el *contempt*, en cualquiera de sus modalidades, son la prisión, la multa, la pérdida de derechos procesales y el secuestro. En el *contempt* civil la punición es por tiempo indeterminado, es decir, hasta que se haya cumplido con el mandato inicialmente desobedecido. Si la decisión se tornare de imposible cumplimiento, la sanción también debe cesar, motivando, entretanto, el *contempt* criminal.

La multa puede ser compensatoria o no. Cuando es compensatoria, revierte al perjudicado; cuando es coercitiva, revierte al Estado, considerado el gran perjudicado con la contumacia. La prisión, aplicada con prudencia, es considerada medida de gran practicidad para la efectividad de proceso.

El *contempt* civil, destinado al cumplimiento de las órdenes judiciales, puede ser directo o indirecto. El directo autoriza al juez a ordenar la detención inmediata del contumaz, concediéndole un plazo para justificar su conducta. El indirecto exige un procedimiento incidental que se lleva de acuerdo con los siguientes requisitos:

- i) Prueba de la ocurrencia de la acción u omisión;
- ii) Que la orden judicial determine con claridad la acción u omisión impuesta a la parte;
- iii) Que la parte sea adecuadamente informada sobre el tenor y la existencia de la orden judicial;
- iv) Que la orden judicial desacatada sea de posible cumplimiento.



Cumplidos los requisitos antes mencionados, el juez o la corte citan a la persona obligada, a quien se le informa las condiciones dentro de las cuales el cumplimiento de la orden judicial resultará en la revocación de las sanciones. Después de la presentación de las razones, el juez decide, apreciando las pruebas producidas, considerando o no a la parte en *contempt*, imponer una sanción condicionada. Finalmente, la sanción impuesta es efectivamente aplicada, si el “contemptor” no cumple la orden.

Las mayores críticas al *contempt* están dirigidas al de naturaleza criminal o punitivo, debido a la sumariedad con la que aplica la pena y por el hecho de ser el propio juez ofendido quien decide respecto de la sanción a aplicar. En lo que se refiere al *contempt* civil, las mayores críticas apuntan al hecho de que se puede autorizar la prisión inmediata.

Pese a las críticas antes referidas, el *contempt of court* es una herramienta eficiente del *common law*, ya que concede a los jueces los suficientes poderes para reprimir a quienes injustificadamente resisten a los mandatos judiciales. Algunas legislaciones latinoamericanas, como veremos más adelante, han incorporado dicha institución.

Finalmente, como bien lo refiere la profesora Ada Pellegrini²⁰, la constitucionalidad de la prisión civil es defendida porque no se encuentra dentro del ámbito de aplicación a la prohibición constitucional de imponer prisión por deudas, ya que se trata de la imposición de sanciones a quien resiste injustificadamente un mandato judicial.

b) Las astreintes

De origen pretoriano francés, esta institución procesal fue consagrada jurisprudencialmente en el año 1895, cuando fue recibida por la Corte de Casación Francesa.

²⁰ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op. cit. 2000, p. 2.



El profesor argentino Marcelo J. López Mesa²¹ indica que “las astreintes son un medio de tutela, protección, o defensa de un derecho reconocido judicialmente. Constituyen un medio, facultad o herramienta que el derecho ha instrumentado para posibilitar y asegurar la eficacia del crédito. Y, dentro de ellas, ostentan un claro carácter excepcional. Dicho en otras palabras, aun cuando en principio no hay que supeditar la aplicación de las ‘astreintes’ al fracaso o esterilidad de otras medidas, tales sanciones son improcedentes cuando pueden utilizarse medios compulsivos de mayor envergadura y eficacia. Las astreintes son sólo una vía de compulsión, de un medio a fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a que se ha obligado, no son una pena civil ni una indemnización”.

Discrepo de la posición del profesor López Mesa, al darle ese carácter de medio compulsorio subsidiario extremo a las astreintes, y afirmar que ellas no deben ser aplicadas si pueden utilizarse medios compulsivos de mayor envergadura y eficacia. Es que, definitivamente, el orden de imposición de sanciones por desobediencia a las decisiones judiciales, debe ser de menos a más: i) requerimiento de cumplimiento bajo apercibimiento de ejecución forzada, ii) verificación de incumplimiento injustificado de la decisión judicial, iii) amenaza de imposición de medios de compulsión, y iv) imposición efectiva de los medios de compulsión, teniendo en consideración su envergadura: astreintes, *contempt* civil (detención) o medidas conminatorias.

Sin embargo, el prudente orden propuesto no debe ser asumido como una regla matemática, pues pueden darse casos en los que si no se aplica de manera inmediata un medio compulsorio extremo, puede que se cause un daño irreparable, o de muy difícil reparación, al beneficiario con la orden judicial que es objeto de desobediencia.

Considero más adecuada la propuesta hecha por el profesor Enrique Lino Palacio, quien califica a las astreintes (constricción) como “un medio indirecto de coacción destinado a obtener el cumplimiento *in natura* de las prestaciones impuestas por la sentencia, y que opera mediante la aplicación de una condena pecuniaria establecida por días u otro período de

²¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. “La aplicación de astreintes como medio de forzar el cumplimiento de las obligaciones del Estado”. Ponencia presentada en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Neuquén, Argentina, 1999, p. 3.



tiempo hasta tanto el deudor cumpla la obligación. El juez puede, a su arbitrio, disminuir o aumentar el monto de las astreintes, siendo en definitiva el acreedor el beneficiario de ellas”²².

Las astreintes cumplen una doble función: función conminatoria y función sancionatoria. La primera implica la amenaza de imponer una sanción de naturaleza económica, diferente a la reparación de daños, y que podría significar una amenaza de afectación del patrimonio de quien resiste el mandato judicial; la segunda, cumple una función sancionatoria cuando a pesar de la amenaza de imponer una sanción, el obligado continúa con su actitud rebelde, no quedando otra alternativa que imponer efectivamente la sanción pecuniaria hasta el momento en que se doblegue la voluntad de quien resiste la orden judicial.

Las astreintes se aprecian por las siguientes características:

- Constituyen un medio de coacción psicológica.
- Dependen del poder jurisdiccional del juez, quien puede imponerlas o no, variando inclusive su monto o dejándolas sin efecto.
- Son de naturaleza dineraria.
- No tienen relación con el perjuicio sufrido por el titular de la obligación que se pretende cumplir. Es decir, son un medio de compulsión y no de resarcimiento.
- Son aplicables a cualquier obligación con prestaciones de dar bienes ciertos, hacer o no hacer.
- No es procedente su dictado de oficio. Debe existir un pedido de la parte que se ve afectada con el incumplimiento del mandato judicial.
- Son aplicables sólo a favor del acreedor.
- Son subsidiarias, sólo se aplican cuando los medios regulares de conminación no resultan efectivos.

²² PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 668.



Como bien dice el profesor López Mesa, “su génesis y su derrotero posterior muestran un instituto apto para compeler al cumplimiento *in natura* de prestaciones incanjeables. Por tanto, como primer punto de apoyo para juzgar la presente cuestión, puede extraerse como premisa que cuando se trata de dar sumas de dinero las astreintes no tendrían en principio mayor significación, como que puede llevarse adelante la ejecución de la deuda a través de medidas de cumplimiento forzado, siempre que el cumplimiento de la prestación no se hubiere tornado imposible. En dicho caso, también las astreintes devienen insatisfactorias, puesto que sólo deben compelerse a quien se halla en posición de cumplir, pues de otro modo sólo se agravaría una objetiva imposibilidad de efectivizar la prestación”²³.

Ahora bien, frecuentemente se confunde a las astreintes con las multas coercitivas procesales o también denominadas como “pena civil”. Las astreintes constituyen un procedimiento intimidatorio para obligar al deudor a cumplir el mandato judicial expreso, que puede consistir en una medida cautelar o una sentencia definitiva con la autoridad de cosa juzgada; en cambio, la multa coercitiva procesal tiene un ámbito de aplicación más amplio, por medio del cual se vela por el normal desenvolvimiento del proceso y se reprime cualquier conducta que atente contra ello, por ejemplo, la sanción pecuniaria que se impone a quien ofende al juzgador, a la otra parte, o a quien cometa actos contrarios a los principios de buena fe, lealtad y probidad procesales (recusaciones maliciosas, actos meramente dilatorios, abuso de los actos procesales, actos temerarios, etcétera). Las astreintes sólo pueden ir en beneficio del acreedor; en cambio, cuando se impone una multa coercitiva procesal, el monto a recaudarse ingresa al tesoro público. Las astreintes sólo se conceden a petición de parte; la multa procesal puede ser decretada de oficio.

No se piense que las astreintes, como dicen hoy los jóvenes, equivalen a una “Coca-Cola en el desierto” y constituyen un medio compulsorio lo suficientemente eficaz como para doblegar la voluntad de quien resiste una orden judicial específica. Esta figura procesal tiene sus limitaciones, propias de lo que ella misma representa: el dinero, y que puede convertir la

²³ LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. cit. 1999, p. 4.



etapa de ejecución en un vil juego de probabilidades aplicándose el famoso “análisis costo-beneficio”; es decir, ponernos a pensar qué nos conviene más: ¿cumplir o incumplir?, ¿qué nos resultaría más rentable? Cuando lo que realmente está en juego (aparte del cumplimiento específico) es tanto el rol que cumple el sistema de justicia en nuestro país como, por qué no decirlo, el propio Estado de Derecho, elemento indispensable de este sistema imperfecto – como nosotros, los humanos que lo creamos–, pero que hasta ahora nadie ha demostrado que exista otro mejor: la democracia.

c) La medida conminatoria

Esta forma especial de compulsión procesal tiene un cuño muy particular, y nada mejor para entenderla que citar un caso judicial:

“Se inauguró en Rosario un negocio de confitería bailable en un subsuelo muy amplio, con capacidad para más de mil personas. El éxito de la explotación trajo como consecuencia una realidad no sospechada en un comienzo: la ventilación del local era deficiente. Ello determinó que, en forma unilateral, los propietarios del susodicho negocio instalaran unos enormes extractores de aire (forzadores) para hacer más respirable el ambiente. Con tal fin se practicaron grandes boquetes en la parte superior del subsuelo para dar cabida a los conductos de ventilación. Sucedió que dichos conductos arrojaban el aire extraído (que era una gran masa de aire caliente enrarecido) debajo de la puerta de acceso y de las ventanas (que debían permanecer abiertas durante la época estival por tratarse de un gran local que carecía de sistema de refrigeración) de un bar lindero. Con lo que esta última explotación resultaba perjudicada por encontrarse, repetidamente, invadido su interior por una masa de aire caliente que hacía desistir a potenciales parroquianos y que ahuyentaba a los asistentes.

Ante la situación referida, los perjudicados promovieron a la sazón, los autos Cuoco Esteban y Daniel Igareta (Sociedad de Hecho) c. C.A. – Medidas Precautorias – Demanda



Sumaria, radicados en definitiva en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Rosario, a cargo del doctor Hernán G. Carrillo.

Invocando lo dispuesto por el artículo 2618 del C.C., los promotores de los obrados solicitaron y obtuvieron el despacho de una medida cautelar innovativa consistente en ordenar el inmediato cese del funcionamiento de los forzadores – extractores de aires mencionados; con lo que, tácitamente, se estaba ordenando su adaptación de modo tal que su funcionamiento no ocasionara las molestias justificantes de la referida innovativa.

Dicha orden fue desobedecida y los forzadores siguieron funcionando como si nada hubiera ocurrido. Después (segunda orden judicial) el magistrado interviniente dispuso el inmediato acatamiento de la aludida innovativa, sin tampoco lograr éxito alguno.

Posteriormente –y habiendo ya transcurrido más de tres meses de haberse despachado y notificado la innovativa indicada y estándose ventilando un proceso criminal por la desobediencia de marras– se ordenó (tercera orden judicial) constatar si realmente los mencionados extractores de aire seguían funcionando en las mismas condiciones, y en caso afirmativo el precintado. Esto fue cumplido: la contestación fue positiva y, por ende, los meneados aparatos fueron desconectados y precintados.

Empero, aconteció que poco tiempo después se violaron los precintos y se pusieron en funcionamiento los extractores de aire sin repararlos debidamente. Enterados de ello los perjudicados propietarios del bar lindero, solicitaron del doctor Carrillo la comprobación de tal circunstancia y, en su caso, la clausura de la vecina confitería bailable, a lo que –el 1ro. de abril de 1986– se hizo lugar, ordenándose tal clausura hasta tanto se acreditara la desaparición de las molestias ocasionadas por el funcionamiento de los aludidos extractores de aire”²⁴.

Con el citado *leading case*, se puede apreciar con suma claridad cómo es que un juez, frente a una clara conducta de resistencia de una orden judicial, ejerció su poder jurisdiccional

²⁴ PEYRANO, Jorge W. “Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular. Poderes de hecho de los jueces. Su contribución a la eficacia del proceso civil”, en *Procedimiento civil y comercial*, tomo 2, Editora Juris, 1992, pp. 19 y 20.



en aras de obtener el cumplimiento debido del mandato primigenio (cautelar innovativa). Nuestra sociedad de hoy, ávida de justicia, ya no se contenta con simples pronunciamientos jurisdiccionales, nuestra sociedad quiere que el derecho declarado por los tribunales sea efectivamente reparado, aun sin el concurso de la parte vencida. Es que, si no tomamos conciencia y no dotamos a nuestros jueces de herramientas lo suficientemente efectivas para doblegar la voluntad de quien resiste una orden judicial, estaremos contribuyendo a que el sistema judicial cada día pierda lo poco que le queda de credibilidad frente a la sociedad, y nos deje a expensas de los actos abusivos del poder político o de particulares, y, lo que podría ser más trágico, que nos veamos seducidos por sistemas que implican la dictadura de las clases sociales, o sistemas sustentados en el ejercicio abusivo del poder.

La medida conminatoria surge como una sugerente herramienta procesal para contribuir al valor eficacia del proceso. El prestigiado profesor argentino Jorge W. Peyrano la describe de la siguiente manera: "... como cualquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales emanada de un tribunal de justicia que tiende a obtener el debido cumplimiento *in natura* de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que *prima facie* podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha contumaz"²⁵.

Extraigamos de tal propuesta conceptual algunos puntos que caracterizan a la medida conminatoria:

- “Cualquier orden”: con ello se quiere significar que su contenido concreto es creado por el propio intelecto del juez, y que sólo la imaginación y la prudencia del magistrado operarán a modo de un sistema de pesos y contrapesos al momento de dictarla.

²⁵ PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 13.



Dicha orden será considerada como un “mandato derivado”, es decir, la consecuencia de haberse desobedecido previamente otra orden judicial respecto de la cual se pretende acatamiento.

- “*De contenido no pecuniario*”: se procura distinguir el presente medio compulsorio procesal (que es tal, por ser una vía de presión psicológica sobre la voluntad renuente del desobediente) de otros; concretamente, de las “astreintes”, cuyo contenido sí es pecuniario.
- “*De alcances extraprocesales*”: ello porque no repercute directamente sobre las pretensiones que fueron materia de controversia y tampoco sobre el trámite del proceso. Nos explicamos: quien resiste el mandato no se verá sumido en alguna situación procesal desfavorable, sino que será objeto de algún tipo de consecuencia fuera del ámbito de proceso en el cual se encuentra involucrado en calidad de parte procesal. Como se pudo apreciar del *leading case* expuesto, la sanción impuesta por el juez no tenía relación directa con el objeto de la controversia, pero sí estuvo destinada a obtener el cumplimiento forzoso e *in natura* de parte de quien estuvo obligado a dar cumplimiento inmediato a la medida cautelar innovativa.

Peyrano²⁶ agrega que la amenaza que implica la imposición de una medida conminatoria debe tener el suficiente peso específico como para persuadir al desobediente de que más provechoso, o menos perjudicial, le resultará cumplir en especie con lo ordenado, y he aquí precisamente el factor presión psicológica sobre la voluntad del desobediente que caracteriza a los medios compulsorios en general.

Además, quizás lo que más distingue a la medida conminatoria es que se persigue con su dictado no sólo la satisfacción en especie de un mandato judicial originalmente desobedecido (lo que podría, en algunos casos, lograrse a través de la ejecución por terceros),

²⁶ PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, pp. 14 y 15.



sino conseguirlo mediante la participación de la propia voluntad del destinatario del mismo, que a veces y por diversas razones es menester para su adecuado cumplimiento²⁷.

Ahora veamos por qué la ejecución a cargo de un tercero podría atentar contra un adecuado servicio de justicia que reclama el cumplimiento directo y en especie de parte del destinatario de la orden judicial respectiva, y qué mejor para ello que traer la siguiente explicación de Peyrano: “... la orden judicial desobedecida podría ser satisfecha a través del mecanismo de la ejecución por terceros, pero en el que, en concreto, tal posibilidad atentaría contra un buen servicio de justicia. Sobre el particular hemos expresado lo siguiente: ‘repárese que en ciertas ocasiones es menester la participación de la voluntad del destinatario de un mandato judicial para que el mismo pueda ser satisfecho adecuadamente. Imagínese en este orden de ideas y desde una perspectiva meramente crematística, que el cumplimiento en especie de un mandato sea factible a través de la intervención de un tercero colocado *manu militari* por el magistrado para dar cumplimiento, vgr., a un mandato desobedecido cuya satisfacción presupone el desembolso inmediato de una suma de dinero con la que no cuenta el peticionante de la medida incumplida. Léase bien: la medida puede, teóricamente, ser efectivizada a través del concurso de un tercero, pero en los hechos no es factible que dicha ejecución por terceros resulte expeditamente practicable”²⁸.

Considerando lo anterior, es hora de efectuar las siguientes preguntas: ¿es justo, acaso, trasladarle los costos de la ejecución a la parte vencedora, y ponerla en la posterior situación de intentar recuperarlos, de quien mantiene una actitud contumaz?, ¿acaso no es suficiente todo el tiempo, gasto y esfuerzo invertido por la parte que resultó vencedora, para, además, “castigarla” con la asunción de costos adicionales provocados por quien resiste de modo injustificado el mandato judicial?

Por ello, la ejecución a cargo de un tercero debe ser considerada como una alternativa viable sólo en caso de que el cumplimiento *in natura* del mandato se torne en imposible.

²⁷ PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, p. 15.

²⁸ PEYRANO, Jorge W. Op. cit. 1992, pp. 15 y 16.



Finalmente, los poderes conminatorios que hemos descrito, y de los cuales gozan los jueces, tienen sustento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su subespecie conocida como el derecho a la ejecución, categoría jurídica procesal que hoy en día posee rango constitucional.

IV. Los medios compulsorios en la legislación comparada

Código del Proceso Civil del Brasil: Éste contiene las siguientes normas que regulan las siguientes conductas de las partes:

- a) Artículo 17, IV: oponer resistencia injustificada en el transcurso del proceso.
- b) Artículo 600, III: resistir, el ejecutado, injustificadamente, a las órdenes judiciales.
- c) Artículo 60, IV: no indicar al juez dónde se encuentran los bienes sujetos a la ejecución.

En los casos descritos, se aplica una sanción pecuniaria de naturaleza coercitiva y no compensatoria. Su aplicación se da en los mismos autos, de oficio o a pedido de parte.

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

“Artículo 374: Conminaciones económicas y personales.-

374.1 En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astringencia necesarias.

374.2 Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento.



El tribunal dispondrá la liquidación de las mismas una vez transcurrido un plazo prudencial. La cuenta pasará al Alguacil del tribunal, el que embargará bienes del deudor suficientes, los hará tasar por perito que designará y los asignará a un rematador público para su remate por los dos tercios de su valor de tasación, de lo que dará cuenta.

Las cantidades se fijarán teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.

El tribunal podrá en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.

Las cantidades que se paguen pasarán a un Fondo Judicial que será administrado por la Corte Suprema de Justicia.

374.3 Las conminaciones personales consistirán en el traslado ante el tribunal por la fuerza pública de los encargados judiciales que no concurren espontáneamente una vez convocados, incluso testigos, en el arresto, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, en los casos que expresamente fije la ley y para la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso.

374.4 Además de lo anterior, el tribunal podrá elevar los antecedentes al tribunal competente, si estimare que la resistencia a la orden judicial puede encuadrar en alguna figura penal”.

Código Procesal Civil de la Nación Argentina:

“Artículo 37.- Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al



caudal económico de quien debe satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

Ley de Enjuiciamiento Civil de España

“Artículo 709.- Condena de hacer personalísimo

(...)

3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo de un año, el ejecutado continuara rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal.

Artículo 711.- Cuantía de las multas coercitivas

Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores, el tribunal, mediante providencia, tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo, y, si no constarán en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un veinte por ciento del precio o valor, y la multa única al cincuenta por ciento de dicho precio o valor”.



V. Los medios compulsorios en la legislación procesal civil peruana

El Código Procesal Civil peruano, en su artículo 52²⁹, regula las facultades disciplinarias del juez, y en el artículo 53³⁰, las facultades coercitivas. He visto por conveniente citar ambos artículos, ya que han sido redactados para que dependa uno del otro. En efecto, el artículo 52 tiene como finalidad preservar que las partes guarden una conducta procesal acorde con el debido respeto a la actividad judicial, y el artículo 53 otorga determinadas facultades coercitivas a los jueces en atención al fin promovido por el artículo 52, es decir, preservar la conducta procesal.

Pues bien, la manera en que han sido redactados los encabezados de ambos artículos podría llevar a confusión, e interpretar que las medidas coercitivas (multa y detención) sólo serían aplicables en los casos en que se pretenda preservar nada más que la buena conducta procesal de las partes, pero no en los supuestos de que alguna de ellas se niegue a cumplir una resolución judicial que tenga relación directa o indirecta con la materia controvertida (ejemplo: auto cautelar o sentencia definitiva). Esta tesis sólo posibilitaría la imposición de multa o detención cuando se desobedezca un mandato judicial que contenga un deber de conducta acorde con el debido respeto de la actividad judicial.

²⁹ “Artículo 52.- Facultades disciplinarias del Juez.- A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los jueces deben:

1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;
2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y
3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan”.

³⁰ “Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez.- En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.
La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y
2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.
En atención a la importancia y urgencia del mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo.
Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato”.



De acuerdo con lo indicado, las medidas coercitivas contenidas en el artículo 53 del Código Procesal Civil no podrían ser consideradas como medios compulsorios extraprocesales, ya que no provienen de un mandato previamente desobedecido y la multa o detención contenidas en dicha norma sólo estarían destinadas para garantizar la conducta procesal de las personas que intervienen dentro de un proceso.

No comparto tal posición, y considero que el juez sí puede hacer uso de las medidas que regula el artículo 53, cuando se trate de la desobediencia a un mandato judicial que tenga relación con la materia controvertida. En efecto, tales facultades coercitivas son una especie dentro del género de los medios compulsorios procesales, y éstos, por su propia naturaleza, cumplen una doble función: conminatoria y sancionatoria, características indispensables que poseen las medidas coercitivas tipificadas por la norma procesal en cuestión.

De acuerdo con lo desarrollado, es claro que la multa y la prisión civil, contenidos en el artículo 53 del Código Procesal Civil, poseen características propias de los medios compulsorios extraprocesales; y constituyen herramientas al servicio del juez para doblegar la voluntad de quien resiste de manera injustificada un mandato judicial, las mismas que puede aplicar de modo conjunto o individual, teniendo en cuenta la necesidad de cumplimiento urgente del mandato originalmente desobedecido.

Según lo indicado en los párrafos precedentes, haremos un breve análisis de la multa coercitiva y la prisión civil, contenidas en el artículo 53 del Código Procesal Civil:

a) Respecto de la multa compulsiva y progresiva contenida en el inciso 1

Si bien es cierto que este tipo de medio compulsorio se asemeja a lo que conocemos como astreintes, debemos decir que la forma en que ha sido regulado no guarda relación con la real esencia y naturaleza de dicha condena pecuniaria.



En tal sentido, en primer lugar, precisaremos cuáles son los elementos afines con las astreintes:

- Constituye un medio de coacción psicológica, pues la multa puede ser aplicada de manera compulsiva y progresiva (amenaza de incrementar el monto de la sanción periódicamente, hasta el total del cumplimiento del mandato judicial [días, semanas o meses], atendiendo a la gravedad de la orden judicial desobedecida).
- A pesar de haberse indicado que la multa depende del poder discrecional del juez, debemos decir que tal facultad coercitiva radica más bien en el poder jurisdiccional del juez.
- Es de naturaleza eminentemente pecuniaria, es decir que se impone su pago en dinero.

Sin embargo, como lo advirtiéramos en un inicio, la condena pecuniaria (multa) objeto de análisis se diferencia de las astreintes por lo siguiente:

- No se precisa si es aplicable para el cumplimiento de cualquier obligación con prestaciones de dar bienes ciertos, hacer o no hacer. A muestra de ejemplo, el artículo 707 del Código Procesal Civil³¹ privilegia la ejecución por cuenta de un tercero, en el caso del cumplimiento de obligaciones de hacer.
- Otro rasgo que distingue a este medio con respecto a las astreintes, es que el monto mandado a pagar en calidad de multa no es aplicable a favor del acreedor, sino más bien a favor del Poder Judicial.

³¹ “Artículo 707.- Mandato ejecutivo.- El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada. En caso de incumplimiento, se hará efectivo el apercibimiento”.



- Finalmente, la multa puede ser aplicada de oficio, a diferencia de las astreintes, que sólo se aplican a pedido de la parte ofendida con el incumplimiento del mandato judicial.

Opino que existe una contradicción entre lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 53 y el segundo párrafo del artículo 420 del Código Procesal Civil³², pues en el primero se faculta al juez a dejar sin efecto la multa impuesta y, sin embargo, la segunda norma citada prohíbe la exoneración de la misma. En tal sentido, consideramos que a fin de evitar afectar el derecho a la defensa del perjudicado con la multa, debe interpretarse que el inciso primero del artículo 53 es una norma de excepción a la prohibición registrada por el artículo 420; excepción sólo aplicable al supuesto de que se acredite de modo fehaciente que el incumplimiento es justificado, y sólo una prudente apreciación de los hechos por parte del juez evitará excesos por ambos lados.

Por lo indicado, creo que debiera producirse una reforma en nuestra legislación procesal, de tal manera que se introduzca de modo expreso la imposición de astreintes como un medio compulsorio extraprocesal, diferenciándose claramente de la simple multa procesal coercitiva, también denominada pena civil.

b) Respecto de la prisión civil regulada en el inciso 2

La detención hasta por 24 horas de quien se resiste un mandato judicial, sí puede ser considerada como una forma de *contempt of court*. En particular lo que se conoce como *contempt* civil directo (el juez puede ordenar la detención inmediata del sujeto renuente a cumplir con el mandato judicial). Propongo que el juez civil pueda tener la posibilidad de

³² “Artículo 420.- Liberalidad y destino de la multa.- La multa debe ser declarada judicialmente precisándose su monto, el obligado a su pago y la proporción en que la soportan, si fueran más de uno. Cuando no se precise se entiende impuesta en partes iguales.

La multa es ingreso propio del Poder Judicial. *En ningún caso procede su exoneración”.*



ordenar la detención de un sujeto que resiste injustificadamente a su mandato por un plazo mayor al que actualmente se encuentra regulado. Eso sí, pero ya no bajo la forma del *contempt* directo (detención inmediata), sino por el procedimiento incidental sumarísimo del *contempt* indirecto.

Finalmente, cabe preguntarse si es posible que nuestros jueces puedan aplicar una medida conminatoria a quien resiste de modo injustificado un mandato judicial. Sin perjuicio de los argumentos de naturaleza constitucional expresados al comienzo del presente escrito (el derecho constitucional a la ejecución plena de las decisiones judiciales), y de los poderes implícitos del juez, derivados del ejercicio natural de la función jurisdiccional, creo firmemente que nuestro juez puede aplicar medidas conminatorias en atención a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 715 del Código Procesal Civil³³, norma que posibilita dictar un apercibimiento o amenaza de imposición de un mal mayor a quien resista injustificadamente el mandato de ejecución de una resolución judicial firme o de cumplimiento inmediato, siempre y cuando se trate del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, no hacer o dar un bien cierto.

Además, nuestro juez tiene la posibilidad de llenar cualquier vacío legislativo recurriendo a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil³⁴.

Soy consciente de que la decisión de imponer una medida conminatoria, debe llevar una gran dosis de valentía de parte del juez nacional, ya que éste se vería expuesto a actos de persecución como denuncias por prevaricato, abuso de autoridad, quejas ante la Oficina de Control de la Magistratura, quejas ante el Consejo Nacional de la Magistratura, investigaciones

³³ “Artículo 715.- Mandato de ejecución.-

Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el Juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto”.

³⁴ “Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.



parlamentarias, denuncias periodísticas, etcétera. Ataques de quienes siempre quieren que las cosas sigan como están, de quienes siempre han lucrado con el status quo, de quienes quieren a un juez maniatado e indiferente ante las reales necesidades de nuestra sociedad.

La búsqueda de algún precedente judicial peruano para apreciar la aplicación de medios compulsorios, en un principio, había resultado infructuosa. Sin embargo, la vida del abogado procesalista ofreció un caso que resulta ilustrativo, el cual relato a continuación³⁵.

Como ocurre muy seguido en nuestra realidad, los ejecutores coactivos de las municipalidades ejercen un poder casi absoluto y abusivo (funcionarios públicos con poderes de ejecución). En ese escenario, el Ejecutor Coactivo de una municipalidad del interior del país ordenó un ilegal embargo en forma de retención en contra de un banco (Banco 1) cuya sede principal está en la ciudad de Lima, logrando afectar y retener los fondos que poseía en otra institución financiera (Banco 2). Frente a tal situación el Banco 1 recurrió a la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura y postuló una medida cautelar innovativa, a fin de que cese esa actividad contraria a derecho, consistente en el indebido embargo de sus fondos colocados en el sistema financiero nacional.

La Sala Civil de Huaura decidió conceder la medida cautelar peticionada, y dispuso que se notificara a todos los bancos integrantes del sistema financiero nacional (incluido el Banco 2), a fin de que se deje sin efecto cualquier retención de fondos ejecutada en atención al ilegal mandato decretado por el ejecutor coactivo. Todos los bancos dieron cumplimiento al mandato judicial, menos el Banco 2.

En tal sentido, el Banco 1 solicitó a la Sala Civil de Huaura, se requiera al Banco 2 a fin de que proceda al inmediato levantamiento de los fondos retenidos, requerimiento que dicho órgano jurisdiccional procedió a proveer y notificar debidamente. Como no hubo respuesta, la Corte ordenó que el auxiliar jurisdiccional se constituya en la sucursal del Banco 2 en la ciudad de Huaura, a fin de tomar el dicho del funcionario bancario respectivo, sobre los motivos por

³⁵ He obviado mencionar a las partes involucradas.



los cuales no se daba cumplimiento al mandato judicial; actuación que no pudo concretarse por la negativa del funcionario bancario a prestar declaración.

Posteriormente, el Banco 2 se presentó en el proceso cautelar y manifestó su decisión de mantener vigente el embargo en forma de retención sobre los fondos del Banco 1. Argumentó su resistencia al mandato judicial basándose en que ellos sólo se someterían a lo que mandara el Ejecutor Coactivo de la Municipalidad, resultando claro que el Banco 2, en los hechos, había decidido dar cumplimiento a un mandato emitido por una autoridad administrativa (ejecutor coactivo) dejando de lado el mandato judicial cautelar expedido por la Sala Civil de la Corte Superior de Huaura.

Frente a tal situación de contumacia hacia una orden judicial, el Banco 1 solicitó a la Corte de Huaura se apercibiera al Banco 2 bajo amenaza de imposición de multa compulsiva y progresiva, y que ordenara la detención hasta por 24 horas de los funcionarios bancarios responsables, pedido hecho al amparo de lo dispuesto por el artículo 53 del Código Procesal Civil. Todo ello, sin perjuicio de remitir partes al Ministerio Público para la denuncia respectiva por resistencia a la autoridad.

La Corte de Huaura sólo acogió el pedido de imposición de multa equivalente a una unidad de referencia procesal (trescientos sesenta nuevos soles³⁶), y le concedió al Banco 2 un nuevo plazo de tres días bajo la amenaza de imponer nueva multa por un monto mayor. Pero lejos de cumplir con el requerimiento judicial, el Banco 2 intentó de manera infructuosa impugnar los apercibimientos decretados por la Sala Civil de la Corte Superior de Huaura.

Posteriormente, el Banco 2 consignó en el Banco de la Nación el equivalente a trescientos sesenta soles, dando por cancelada la multa impuesta. Además está decir que dicho banco persistía en su actitud de desobediencia al mandato cautelar de levantamiento de fondos, prefiriendo en lugar de ello pagar una multa irrisoria. Era evidente, pues, que el Banco 2 no tenía la menor intención de dar cumplimiento al mandato judicial y prefería pagar las multas que vinieran.

³⁶ Cantidad que equivale a US\$ 128 aproximadamente.



Transcurridos siete meses desde la expedición del auto cautelar, cuatro meses desde el primer apercibimiento, dos meses desde la imposición de una multa equivalente a S/. 360 y casi un mes desde el pago de dicha multa, y un año desde la indebida retención de los fondos pertenecientes al Banco 1, la situación seguía siendo la misma. Por ello, el Banco 1 solicitó nuevamente la aplicación conjunta de los medios compulsorios regulados por el artículo 53 del Código Procesal Civil, pedido que esta vez sí fue admitido por la Sala Civil de la siguiente manera:

“Estando a lo que se solicita y teniendo en cuenta que el Banco (...) se niega a acatar lo ordenado por esta Sala, la que se ve obligada a utilizar las facultades coercitivas de las que está investida: IMPUSIERON multa compulsiva y progresiva al banco (...) de dos unidades de referencia procesal, lo REQUIRIERON para que proceda al levantamiento de la retención de fondos efectuada al banco (...), como consecuencia de la ejecución coactiva (...) dictada por la Municipalidad (...), en el plazo de tres días, bajo apercibimiento de imponérsele multa de monto mayor y de ordenarse la detención por veinticuatro horas a quienes el banco demandante deberá identificar y ORDENARON se remita copia certificada de los actuados al Ministerio Público, para que proceda a sus atribuciones”.

Antes de vencerse el plazo otorgado por la Sala Civil, el Banco 2 dio cumplimiento al mandato judicial liberando los fondos del Banco 1.

En el caso antes descrito, se aprecia claramente que el Banco 1, renuente a cumplir con la decisión judicial, hizo un análisis costo-beneficio entre pagar 360 nuevos soles y liberar fondos embargados inmensamente superiores a dicho monto, análisis que lo llevó a la conclusión que menos perjudicial le resultaba pagar una multa irrisoria que cumplir con el mandato judicial. Recién cuando se incrementó la multa y, sobre todo, se decretó la amenaza de detención civil (forma de *contempt of court*) en contra de los funcionarios bancarios responsables, se pudo doblegar la resistencia del banco.



VI. La ejecución de las resoluciones judiciales en sede constitucional

a. Las medidas conminatorias concedidas al juez constitucional

Si consideramos que el derecho a la ejecución plena de las resoluciones (o decisiones) judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es menester repasar cuál es el tratamiento que el legislador otorga a este tipo de herramienta procesal a los jueces constitucionales peruanos, cuya función es impartir justicia teniendo como fin esencial garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales³⁷.

El artículo 22 del Código Procesal Constitucional³⁸ es la norma que regula el tema en mención, concediéndole al juez constitucional no sólo un valor preponderante de sus sentencias frente a otras de distinta naturaleza (civil, comercial, contencioso-administrativa, etc.) sino que, además, lo inviste de la capacidad de imponer medidas coercitivas a quien se muestre renuente a su decisión. Las medidas compulsorias taxativamente contempladas en el texto procesal constitucional son dos, a saber:

³⁷ “Artículo II, del Código Procesal Constitucional.- Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

³⁸ “Artículo 22.- Actuación de sentencias.- La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad. La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer, es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas deben ser incorporadas como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso de una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial. El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad al titular”.



- a) Multas fijas o acumulativas a discrecionalidad del juez que debe observar la magnitud del agravio constitucional.
- b) La destitución del renuente.

De las medidas compulsorias trazadas, llama la atención fundamentalmente aquella referida al poder del juez constitucional de destituir al rebelde. En efecto, ésta es una innovación respecto de la legislación procesal tratada hasta el momento. De acuerdo con los párrafos que preceden, esta facultad de destitución no puede ser entendida como cosa distinta a las denominadas medidas conminatorias ya explicadas, cuyas características, como ya dijimos, son: (i) es cualquier orden devenida que sea producto de la desobediencia a un mandato judicial primigenio, (ii) es de contenido no pecuniario, y (iii) es de alcance extraprocesal, en tanto no repercute directamente en el trámite del proceso.

Ahora bien, considero que la prudencia del juez constitucional debe salir a flote en la aplicación de esta norma, en tanto que su uso indebido puede ser excesivamente gravoso para el rebelde. En ese sentido, como toda medida conminatoria, para su aplicación, debe existir una amenaza previa de infligir un mal mayor. De ser así, y de acuerdo con el tenor de la norma, en caso de renuencia a cumplirse un mandato judicial, el juez constitucional deberá, en primer término, realizar un apercibimiento de multa; en segundo término, en caso de persistir el desacato, imponer la multa (fija o acumulativa); luego, amenazar con la destitución y sólo como último mecanismo de coerción proceder con la destitución del funcionario involucrado.

Consideramos que de esta forma el legislador habría regulado, dentro de sus posibilidades, una garantía para el cumplimiento de las sentencias constitucionales.

- b. La actuación de la sentencia constitucional impugnada



Además de los poderes conminatorios otorgados al juez constitucional, se debe resaltar la relevancia y preocupación del legislador frente al cumplimiento de las decisiones judiciales en sede constitucional. En efecto, como adición a las medidas compulsorias tratadas, el Código Procesal Constitucional reconoce lo que en doctrina procesal se denomina “actuación inmediata de la sentencia impugnada”. Así, el mismo artículo 22 que describí en el literal precedente establece, además de una prevalencia de las sentencias constitucionales sobre cualquiera de naturaleza distinta, la actuación inmediata de la sentencia constitucional estimatoria; así ésta fuese impugnada, en los casos de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Y es en ese sentido que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia recaída en el expediente N° 00607-2009-PA/TC, el cual señala que “a diferencia del modelo procesal que recogía la derogada Ley N° 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional (C.P. Const.) –vigente desde el 1 de diciembre de 2004– ha incorporado en su artículo 22, segundo párrafo, el régimen de actuación inmediata de sentencias estimatorias para los procesos constitucionales (...) el juez constitucional se encuentra habilitado en estos casos para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria...”.

Pero, ahí no queda la cosa. Es lugar común, en nuestro país, criticar las sentencias que expide nuestro Tribunal Constitucional, pero casi nunca resaltamos las bondades de las decisiones que sí resultan positivas para nuestra sociedad. Y éste es un caso perfecto para resaltar positivamente la actuación de nuestro Tribunal Constitucional, ya que a través de la Sentencia 00607 fija los siguientes presupuestos para la actuación inmediata de las sentencias estimatorias:

- Sistema de valoración mixto: Se fija como regla la actuación inmediata de la sentencia, pero se le concede al juez cierto margen de discrecionalidad para actuar de acuerdo con las circunstancias especiales del caso concreto.



- Juez competente: Será competente el juzgador que dictó la sentencia de primer grado.
- Forma de otorgamiento: Se admite que la actuación inmediata de la sentencia pueda realizarse tanto a pedido de parte como de oficio; en este último supuesto, cuando exista un riesgo de producción de un daño de muy difícil reparación.
- Sujetos legitimados: Podrán solicitar la actuación inmediata el beneficiario de la sentencia estimatoria o, en su caso, el representante procesal.
- Tipo de sentencia: Sólo procede respecto de sentencias de condena.
- Mandato preciso: La sentencia estimatoria, para ser actuada, deberá contar con un mandato específico y determinado, de modo que no haya duda alguna respecto del modo en que deberá ser cumplida.

Además de lo indicado, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes presupuestos procesales:

- No irreversibilidad: No resultara procedente la actuación inmediata cuando no sea posible revertir la ejecución, en el supuesto de que la sentencia estimatoria sea revocada posteriormente.
- Proporcionalidad: Sin perjuicio de observar la regla general, conceder la actuación inmediata, el juez deberá evaluar y ponderar si puede causarle al demandado un mayor daño frente al menor perjuicio que podría sufrir el demandante por la no ejecución.
- No es exigible el otorgamiento de caución: Sin embargo, por excepción, el juez puede exigir el otorgamiento de determinadas garantías cuando las pretensiones amparadas contengan algún tipo de contenido patrimonial.
- Régimen de impugnación: Tanto la decisión que ordena la actuación inmediata como aquella que la deniega, serán inimpugnables.



Siendo así, es notorio que en materia procesal constitucional el legislador peruano le ha otorgado prevalencia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de ejecución plena de las decisiones judiciales frente a los demás intereses que recoge la Constitución, como puede ser el principio de doble instancia o el efecto suspensivo de los recursos.

VII. La ejecución de las decisiones arbitrales en el ordenamiento jurídico peruano

En el punto anterior he realizado un breve repaso sobre el tratamiento del derecho a la ejecución en la que es quizás la materia más importante en un Estado de Derecho, como es la constitucional, rama eminentemente pública. Pasemos ahora al otro extremo del espectro, denominado por algunos como el proceso privado, a efecto de conocer la regulación del tema que nos ocupa y la idoneidad de ésta.

El arbitraje se encuentra sometido a la eterna y a veces improductiva discusión concerniente a determinar si corresponde o no darle carácter de jurisdicción. Quienes sostienen que los árbitros no tienen facultades jurisdiccionales señalan que aquellos no cuentan con dos elementos básicos: (i) ejecución y (ii) coerción. Sin embargo, nuestro legislador ha hecho un avance importante. Ahora, los árbitros sí tienen facultad de ejecutar sus decisiones, muestra de ello son los artículos 48³⁹ y 67⁴⁰ del Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el arbitraje (en adelante, LPA). Sin embargo, en función de estas mismas normas es claro que los árbitros no gozan de la *executio* necesaria para hacer efectivas sus decisiones. Por lo

³⁹ “Artículo 48.- El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente la asistencia de la fuerza pública...”.

⁴⁰ “Artículo 67.- 1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. 2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir a la fuerza pública...”.



tanto, en los casos de ejecución forzada, debe existir una cooperación judicial con relación al arbitraje.

La colaboración señalada y el derecho a la ejecución de decisiones jurisdiccionales que le asiste a toda persona se ven seriamente amenazados por una aparente incoherencia del ordenamiento procesal peruano, que advertimos a continuación.

El artículo 59⁴¹ de la LPA establece la denominada *actuación del laudo impugnado* (en doctrina procesal conocida como la actuación de la sentencia impugnada, como ya vimos en los procesos constitucionales). Es decir que, salvo pacto en contrario, el laudo despliega sus efectos desde su notificación a las partes sin importar la interposición de recurso alguno que cuestione su validez, como el de anulación. Abunda en esta posición el artículo 66⁴² del mismo texto legal. La LPA es una norma que privilegia claramente el derecho de ejecución del vencedor en proceso, en contraste con otros intereses que puedan estar reconocidos al vencido (revisión judicial del laudo vía recurso de anulación). No obstante, se podría presentar una dificultad en la aplicación de esta norma para aquellos casos en los cuales la decisión contenida en el laudo deba ser ejecutada por la vía judicial (ejecución forzada).

En efecto, el Código Procesal Civil peruano regula el Proceso Único de Ejecución a partir de su artículo 688. Y es justamente en este artículo que se establece lo siguiente:

“Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. (...)
2. Los laudos arbitrales firmes; (...).”

⁴¹ “Artículo 59.- 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes...”

⁴² “Artículo 66.- 1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni de su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable... 2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte...”



La norma glosada nos presenta un escenario de aparente incoherencia. Por un lado, la legislación arbitral nos señala que los laudos son ejecutables desde el momento en que se notifica a las partes, sin importar si se ha interpuesto recurso de anulación, pero el Código Procesal Civil indica que sólo son títulos ejecutivos los laudos *firmes*, entendiéndose como tales aquellos contra los que no se ha recurrido, o, habiéndose impugnado, el procedimiento recursivo ha finalizado.

Así las cosas, puede darse el supuesto de que A inicie un arbitraje contra B sobre responsabilidad contractual en el que A resulte vencedor y deba ejecutar el laudo definitivo en sede judicial, pues a pesar de que el mismo ha sido cuestionado a través de un recurso de anulación de laudo, los artículos 48 y 67 de la LPA permiten ejecutarlo. No obstante, el órgano judicial competente podría, debido a la aparente incoherencia normativa señalada, sólo conceder mérito ejecutivo a aquellos laudos firmes, y en este caso el laudo no lo es porque ha sido impugnado.

Para resolver esta incoherencia legislativa, se puede recurrir a la Décima Disposición Complementaria de la LPA, que establece que “las disposiciones de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil”, por lo cual debe prevalecer el mérito ejecutivo inmediato que le otorga la primera a los laudos impugnados. También es cierto que la regulación, tal como se presenta en la actualidad, puede dar lugar a que jueces no expeditos en la materia o conservadores, mediante una interpretación indebida, afecten el derecho a la ejecución de los justiciables.

En ese sentido, advirtiendo la importancia de la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales, es menester una regulación más clara y uniforme en cuanto a este tema, que evitará indebidas afectaciones a los consumidores del sistema de justicia.



VIII. Conclusiones

1) El derecho a la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales constituye un elemento esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido constitucionalmente por nuestra Constitución de 1993 en el inciso 3 de su artículo 139. Para que este derecho sea pleno, se debe dotar a los jueces de poder suficiente para doblegar la voluntad del rebelde que se niegue a cumplirlas.

2) Los poderes jurisdiccionales que deben ostentar los jueces son conocidos como medios compulsorios, los cuales se dividen en extraprocesales cuando no repercuten de modo directo en el trámite regular del proceso, sino a doblegar la voluntad del reuente, y en intraprocesales cuando tienen consecuencias directas en el trámite del proceso.

3) Los medios compulsorios procesales son, por regla, aplicables al incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, de no hacer o de dar cosas ciertas. En el Perú se encuentra reconocido este poder jurisdiccional en los artículos 52, 53, 707 y 715, entre otros, del Código Procesal Civil, y en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

4) Asimismo, por excelencia, se subdividen en (i) el *contempt of court* (prisión, multa, pérdida de derechos procesales y secuestro), (ii) las astreintes y (iii) la medida conminatoria.

5) Las medidas conminatorias se caracterizan por lo siguiente: (i) Su contenido es creado por el mismo juez, (ii) no es pecuniaria y (iii) sus alcances son extraprocesales. Su debida aplicación consiste en que el magistrado, en primer orden, conmine al rebelde a cumplir bajo la



amenaza de infligirle un mal mayor, y sólo si su actuación renuente persiste se debería aplicar la medida conminatoria.

6) Además de los medios compulsorios procesales, una herramienta sumamente eficaz para salvaguardar el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales consiste en la denominada “actuación de la sentencia impugnada”, reconocida en nuestro ordenamiento para las sentencias constitucionales y laudos arbitrales.