



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.4 – N°3 – sep./dec. 2013



Summary

Vol.4 – N°3 – sep./dec. 2013

MEDIACIÓN, CULTURA Y VALORES: POR QUÉ LA CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN “VALORATIVA” (Mediation, culture and values: why the “evaluative” conciliation-mediation)

ROBERTO OMAR BERIZONCE p. 3

LA JUSTICIA CIVIL FRANCESA ENTRE EFICIENCIA Y GARANTÍAS (Civil Justice in France between efficiency and guarantees)

LOÏC CADIET p.25

(FEW) LIGHTS AND (MANY) SHADOWS ON THE NEW PROCESS PROCEDURE INTRODUCED BY THE REFORM OF THE LABOR MARKET IN ITALY FOR THE APPEAL OF LAYOFFS

SIMONE CAPONETTI p.51

CHALLENGES TO GRANT OF INJUNCTION PENDING APPEAL IN NIGERIA – WAY OUT

KUNLE AINA p.77

LAS INMUNIDADES DE ESTADO EXTRANJERO EN LA PAUTA DEL JUDICIÁRIO BRASILEÑO: AVANCES Y DESAFIOS (The State Immunity in Brazilian Judiciary: Progress and Challenge)

MARTHA LUCIA OLIVAR JIMENEZ AND VALESKA RAIZER BORGES MOSCHEN p.99

PRECEDENTES, COOPERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO: CONSTRUÇÃO, IMBRICAÇÃO E RELEITURA (Precedents, cooperation and motivation: construction, imbrication and rereading)

LUCAS BURIL DE MACEDO, MATEUS COSTA PEREIRA AND RAVI DE MEDEIROS PEIXOTO p.122



Mediación, cultura y valores: por qué la conciliación-mediación “valorativa”

(Mediation, culture and values: why the “evaluative” conciliation-
mediation)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the University of La Plata, Argentina.

Honorary President of the Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Abstract: The paper deals with the types of mediation, conciliation and other means of alternative dispute resolutions between the models existing in comparative law and those which should be applied in Latin America.

Keywords: Mediation. ADR's. Argentina.

Sumario: I. Preliminar: los métodos de solución de conflictos como expresión de la cultura comunitaria. II. El método de la mediación en la experiencia norteamericana. III. El trasplante de la mediación norteamericana y su recepción en Iberoamérica y, en particular, en la normativa nacional argentina. IV. Algunas experiencias que se destacan en la legislación comparada. V. Superioridad del sistema de la conciliación-mediación “valorativa” frente al modelo norteamericano. VI. La mediación “facilitadora” no se compadece con el sistema de valores y creencias que prevalece en nuestra sociedad actual. VII. Bases para un esquema superador. VIII. Algunas conclusiones de cierre.



I. Preliminar: los métodos de solución de conflictos como expresión de la cultura comunitaria.

A partir de la premisa indisputada que los métodos de resolución de conflictos se encuentran profunda y recíprocamente conectados con los determinados y específicos elementos que configuran, de modo genérico, el contexto social y cultural y la idiosincrasia de las sociedades en que se aplican¹, lejos de constituir sistemas aislados producto de expertos, especialistas o burócratas de turno², cabe plantearnos algunos interrogantes fundamentales: ¿el modelo de raíz norteamericana adoptado abiertamente, y casi sin concesiones de “adaptabilidad”, en diversas legislaciones de Iberoamérica y, especialmente, en Argentina por la ley 26.589 de 2010, responde a la singularidad de nuestras particularidades culturales? o si se prefiere, ¿reflejan (y se reflejan en) los sistemas de creencias, valores y principios más arraigados que prevalen en la estimativa comunitaria en torno de la justicia? Y lo no menos principal: ¿acaso existen y se muestran rentables otros diversos métodos de solución alternativa de los diferendos, que se experimentan en latitudes diversas y, en todo caso, en sociedades (como algunas de las europeas) que se rigen por valores y principios en esencia similares a los nuestros? Al cabo de todo ello, intentaremos demostrar que la mediación, tal como está regulada la ley nacional argentina vigente se desentiende del valor justicia, sacrificándolo en aras de una pretendida eficacia que en realidad enmascara un esquema de resolución de conflictos arcaico que entroniza soluciones puramente formales “a espaldas de la justicia”. Finalmente hemos de propiciar la superación del aludido sistema de mediación a partir de su paulatina transformación hacia el método, más acorde con los valores y principios superiores, puede denominarse conciliación-mediación “valorativa”.

¹ CAPPELLITTI M., *Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)*, en *Proceso, ideologías y sociedad*, Ediar, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, pp. 34 y ss., especialmente pp. 83-90. Asimismo, sobre la profunda vinculación de las instituciones para la resolución de conflictos con su contexto cultural: DAMASKA M., *The Faces of Justice and State Authority...* Seguimos la versión castellana *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, ed. Juríd. de Chile, Santiago de Chile, 2000, *passim*.

² CHASE O., *Law, culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York University Press, New York, 2005. Seguimos la traducción castellana de F. Martín Diz, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, *passim*.



II. El método de la mediación en la experiencia norteamericana.

Se ha señalado que la aparición de los ADR en la última parte del siglo XX se insertó en un esquema de progresivo abandono del método tradicional de enjuiciamiento jurisdiccional, en consonancia con diversas corrientes sociales. En su génesis influía una importante crisis de litigiosidad, aunque también notorias causas institucionales, políticas y culturales. Más específicamente, atadas a cambios en los valores en conflicto, la desconfianza en el gobierno, las políticas neoliberales de privatizaciones, la humanización de las instituciones a gran escala, el progreso social a través de la mejora individual y el escepticismo posmoderno acerca de la realidad objetiva, que expresaban ingredientes fundamentales de la cultura norteamericana: la libertad, el individualismo, el populismo, la igualdad y el liberalismo³. Los ADR, en realidad, abarcan allí un abanico de métodos y procedimiento que incluyen la negociación, la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral previa, los juicios sumarios con jurado e inacabables combinaciones de algunos o varios de ellos. Bien que han sido la mediación y el arbitraje las formas más difundidas y utilizadas, en vinculación, no siempre certera ni pacífica, con la labor de los tribunales jurisdiccionales. De hecho su expansión ha sido crecientemente significativa a partir de los años ochenta, al influjo de los cambios en el derecho impulsados tanto por el Congreso como por el propio Poder Judicial, a través de diversos programas de utilización “intrajudiciales”. Así, la mediación gestionada discrecionalmente por los jueces y puesta a cargo, generalmente, de abogados que actúan honorariamente sin retribución⁴.

Las bases de semejante movimiento en verdad se encontraban profundamente arraigadas en las raíces y en el pasado histórico del país, que puede reconocerse ya en la ética y la práctica de los primeros colonos ingleses; desde entonces, claro que con fluctuaciones, las alternativas al proceso judicial han sido una característica del modelo norteamericano de

³ CHASE O., ob. cit., p. 133.

⁴ CHASE O., ob. cit., pp. 135-140, donde reseña numerosas estadísticas que avalan sus conclusiones, como también significativos pronunciamientos del Tribunal Supremo y normativas legales que influyeran decisivamente en el desarrollo de los ADR; entre estas últimas la ADR Act de 1998.



resolución de conflictos. Antes del gran impulso de fines del siglo anterior, la conciliación estaba reducida a la “periferia” del sistema jurídico, mientras el arbitraje había quedado reconducido a las necesidades del mundo empresarial –podríamos colegir que semejante realidad era, de alguna manera similar a la nuestra-. La explosión sucesiva y el radical cambio de tendencia a partir de los años ochenta, en verdad no habría sido consecuencia, como corrientemente se piensa, del desborde de la litigiosidad –fenómeno prácticamente universal-, sino que éste último habría tenido un papel mucho más modesto, desde que, afirma CHASE⁵, la verdadera y fundamental causa de semejante cambio de tornas debe buscarse en la conformación de una verdadera y propia *cultura* de los ADR que asienta en diversos pilares: la reacción contra el “hiperlegalismo”; la “contracultura” de los años sesenta; la congoja por la “pérdida de la certidumbre” de la tardía modernidad y el crecimiento de las privatizaciones como un ideal.

a. La reacción contra el “hiperlegalismo”, que criticaba el exceso de confianza en la ley para resolver los diversos problemas de la sociedad y le adjudicaba la proliferación de los reclamos judiciales, fue tanto un fenómeno político como social; empalmaba con las nuevas tendencias sociales, la reivindicación de los derechos civiles y la igualdad de género, la disponibilidad del derecho de asistencia jurídica gratuita, en paralelo con el activismo judicial bajo la Corte Warren. La Conferencia Burguer, sobre las causas de insatisfacción popular con la Administración de Justicia, de 1976, avaló la crítica al “hiperlegalismo” y colocó en el epicentro de la búsqueda de las soluciones, no la expansión irreflexiva y contraproducente de los ADR – que tan solo se los consideraba aptos para la solución de determinados conflictos, como los de escasa cuantía, los familiares, los derivados de daños por negligencias hospitalarias o médicas y ciertas “nuevas vías” para compensar lesiones por accidentes-; sino antes bien, el debate sobre una profunda revisión de todo el sistema de enjuiciamiento. Las nuevas ideas giraban en torno de ciertos remedios orgánicos como el incremento de los poderes discrecionales de los jueces en las diligencias y procedimientos preliminares y, en general, en una más apropiada gestión de las causas.

⁵ CHASE O., ob. cit., pp. 146 y ss..



b. La “contracultura” refiere al movimiento político-social de los años sesenta que se originara en Francia y extendiera influyendo largamente, también a los Estados Unidos. Sus partidarios se manifestaban naturalmente hostiles al sistema judicial y propiciaban la “justicia comunitaria” como panacea, ensalzando la mediación para fomentar la participación directa y un impulso positivo en las relaciones interpersonales, con exclusión de los abogados.

c. Las políticas neoliberales y de impulso a la privatización en época de Reagan influyeron en el ámbito de la resolución de conflictos: los derechos de los litigantes podrían ser remitidos fuera de la órbita de los tribunales y el arbitraje se extendió masivamente a partir de las cláusulas compromisorias en los contratos de empleo, compraventa y corretaje, alentado por la jurisprudencia de la Suprema Corte.

d. Por último, la falta de certidumbre y seguridad, también jurídica, característica de los tiempos posmodernos, influenció en la visión de los procedimientos judiciales: escepticismo y consecuente descalificación de ciertos medios tradicionales de prueba, como el testimonio de testigos directos, el interrogatorio y aún el valor de ciertas pruebas periciales, por la virtualidad y desprecio de la “ciencia basura”. El escepticismo no se limita a la averiguación de los hechos sino que se extiende a la decisión judicial. Si no hay una “realidad” que pueda determinarse independientemente de la metodología empleada, se arguye, ¿por qué buscarla? Precisamente por ello, afirman, la mediación es particularmente atractiva como opción en cuanto su objetivo es el logro de un resultado que no depende de la “justicia”, ni del “sueño” de la certeza absoluta.

e. En definitiva, se concluye, la entronización y el auge de los ADR en los EE.UU. fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural de la época, que han sido fuertemente cuestionadas desde su aparición⁶.

⁶ CHASE O., ob. cit., p. 155, 182-184.



III. El trasplante de la mediación norteamericana y su recepción en Iberoamérica y, en particular, en la normativa nacional argentina.

a. Es bien conocida la génesis del desembarco de la mediación inserta en un amplio y ambicioso “paquete” de reformas con pretensiones de erigirse en verdaderas políticas públicas⁷ imaginadas para la transformación de las estructuras y los procedimientos civiles. Producto de una visión sesgada y unilateral de los complejos fenómenos incardinados en los sistemas judiciales, fueron los estímulos a la reforma que en los años ‘90 se impulsaron en numerosos países del subcontinente americano, por acción de los bancos multilaterales de crédito que inyectaron préstamos restituibles con esa finalidad. Ello en el marco de la búsqueda de transformaciones estructurales del Estado que, según sus inspiradores, encontraban obstáculo en el sistema de justicia. Desde el punto de vista estratégico, y no sin cierta ingenuidad, los programas auspiciados por las entidades crediticias internacionales partían de la premisa que en el sector judicial la transformación se lograría, más que modificando las leyes procesales, por vía de trasladar las nociones de gestión moderna propias del sector privado al quehacer jurisdiccional. La incorporación de técnicas de gestión, de la mano de expertos en tales técnicas, sería el camino para las ansiadas soluciones⁸.

En verdad, más preocupante aún era la ideología de neto sesgo economicista, en boga por ese entonces, que se pretendía imponer con semejantes proposiciones en cuyo centro aleteaba la concepción decimonómica de la justicia civil concebida como “bien privado”, cuyos beneficios son hechos suyos predominantemente por las partes litigantes. De ahí el propósito de desalentar la demanda de justicia, desde que la provisión del servicio como bien público

⁷ VARGAS VIANCOS J.E., *Eficiencia en la justicia en Sistemas Judiciales*, CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003, p. 68, donde se sostiene que la búsqueda de la eficiencia está íntimamente relacionada con la idea de la escasez y finitud de recursos, lo que ha de influir en la toma de decisiones, aún por encima de la concepción tradicional que ve en la justicia un tema de principios y de valores trascendentes, que inexorablemente deben ser cumplidos (pp. 68-99). Se trata, para nosotros, de una sesgada visión economicista, que desconoce principios básicos del acceso a la justicia y el sistema de valores fundantes de la función pública jurisdiccional, de raigambre constitucional en todos nuestros países. Sobre el tema, nos permitimos remitir a BERIZONCE R.O., *El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia)* en *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, pp. 231 y ss..

⁸ Lo que en el fondo suponía dejar de lado la visión de los procesalistas sobre los problemas judiciales para utilizar la de los expertos en gestión (VARGAS VIANCO J.A., *Eficiencia en la Justicia*, cit., pp. 76-78).



incentivaría a los sujetos a litigar más asiduamente⁹. Bajo ese prisma, el funcionamiento óptimo del sistema judicial implica la tutela del derecho al menor costo posible para el erario, como medio para obtener la reducción del costo directo de los recursos destinados a la solución de conflictos y la ocurrencia misma de dichos conflictos por el efecto de disuasión ejercido, a través de las tasas que gravan el servicio¹⁰.

b. En el balance, por cierto negativo, de esas políticas de cuño ultraliberal, ha de rescatarse, sin embargo –como bien lo ha destacado VARGAS VIANCOS¹¹– que los modestos cambios en la gestión judicial –fruto principalmente de la iniciativa de jueces creativos– tímidamente intentados en nuestra región, no obstante el escaso avance que han significado en la mejora del sistema judicial, han tenido la virtud, de todos modos, de instalar ideas de eficiencia y productividad, generando un proceso de innovación nada desdeñable. Sobre todo, vale agregar, si no se pierde de vista la organicidad del íntegro sistema de justicia y se atiende concomitantemente a la mejora en los demás segmentos.

c. En ese marco se propiciaba el impulso a la mediación como punta de lanza para la instalación de una cultura alternativa, en contraposición al tradicional método de composición judicial¹². Poco importa, bajo tan sesgada mirada, que el éxito de las soluciones alternativas venga a ser directamente proporcional a la ineficiencia de la justicia estatal¹³. En todo caso, ni

⁹ VARGAS VIANCO J.A., *Eficiencia en la Justicia*, cit., pp. 80-81. Sobre el fin público de la jurisdicción por todos: COUTURE E.J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 92.

¹⁰ Se ha sostenido que para aliviar y racionalizar la carga de trabajo de los tribunales y evitar la “regresividad del gasto en justicia” hay que preocuparse por controlar la demanda, y no solamente la “oferta del bien”; y que entre otras formas de aliviar aquella carga, además de desahogar los asuntos puramente administrativos y aquellos que pueden canalizarse por mecanismos de resolución alternativos, es menester cobrar por los servicios a través de las tasas judiciales (VARGAS VIANCO J.A., *Eficiencia en la Justicia*, cit., pp. 68-71). Para un análisis profundo de la filosofía economicista y sus reflejos en el derecho en general: MENDEZ H.O. y MENDEZ A.M., *Globalización y justicia*, J.A., fasc. 11, 2011-III, p. 3 y ss..

¹¹ *Eficiencia en la Justicia*, cit., pp. 90-91.

¹² TARUFFO M., *Una alternativa a las alternativas...* en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, trad. M. Aramburo Calle, pp. 114-115.

¹³ Ob. cit., pp. 115-116.



siquiera valdría la pena el esfuerzo por mejorarla si, de todos modos, el atajo de la mediación llegara a funcionar, aunque suponga la “fuga del proceso”, y aún, del derecho y la justicia¹⁴.

d. Tampoco ha sido un dato menor que el virage hacia la mediación supuso, en nuestras latitudes, abandonar las experiencias vernáculas que enraizaban en los viejos odres de la justicia de paz lega de las fuentes revolucionarias francesas de 1789. En su desenvolvimiento, tales experiencias habían terminado por enlazarse con otras diversas corrientes renovadoras que, en un estadio superador, brindan ahora sustento a la denominada *justicia vecinal o de pequeñas causas*, que cobija diversas formas solutorias alternativas dentro del propio proceso de configuración típicamente jurisdiccional¹⁵, siguiendo el difundido modelo oriundo de la legislación brasileña¹⁶. Si en la justicia de paz tradicional la búsqueda de las soluciones concertadas pasaba por la misión del juez de propiciar la conciliación, el modo informal del trámite y la decisión de fondo “a verdad sabida y buena fe guardada”, la encomienda a un juez barrial de las pequeñas causas no es sustancialmente diferente. En uno u otro sistema, el objetivo principal no es la heterocomposición del litigio (*trancher*), sino la solución amigable: la “justicia conciliatoria”. Empero –y aquí radica la fundamental diferencia con el esquema de la mediación- aquellas vías conciliatorias no pueden sustentar una respuesta jurisdiccional “de segunda”, *light*, desentendida de la justa y equitativa composición del diferendo. El gran “pecado por omisión” ha sido, pues, prescindir de las experiencias vernáculas de la justicia de paz tradicional lega y, sobre todo, acoger poco menos que indeliberadamente el modelo

¹⁴ BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, RDP, Bs.As., 2008-I, pp. 533-534.

¹⁵ MORELLO A.M., *El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final (El Tribunal de Pequeñas Causas de Brasil)*, J.A., 1985-III, p. 743 y ss.; *id.*, *Estudios de Derecho Procesal*, LEP-Abeledo Perrot, v. 1, pp. 527, 547, 554 y ss.. MARTÍNEZ O.J., *El acceso a la Justicia. Protección privilegiada de los derechos y procesos de menor cuantía*, El Der., Bs.As., v. 113, p. 903. OTEIZA E., *Los tribunales de menor cuantía*, en Rev. Urug. Der. Proc., Montevideo, 1987-I, p. 39; *id.*, *La justicia de menor cuantía como propuesta de modificación de la Justicia de Paz en la Prov. de Bs. As.*, J.A., 1987-I, p. 806.

¹⁶ Para el análisis de la legislación brasileña: *Juizado Especial de Pequeñas Causas*, Coordinador K. WATANABE, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985. DINAMARCO C.R., *Manual das pequenas causas*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1986. PELLEGRINI GRINOVER A., *Novas tendências do Direito Processual*, F.U., São Paulo, 1990, p. 175. MARINONI L.G. y ARENHART S.C., *Manual do processo de conhecimento*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2001, pp. 649 y ss.. ARRUDA ALVIM E., *Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2008, 2ª. ed., pp. 573 y ss..



norteamericano de la mediación, soslayando la versión actualizada de aquella que trasunta la denominada justicia vecinal, barrial o de pequeñas causas¹⁷.

IV. Algunas experiencias que se destacan en la legislación comparada.

1. De entre la amplísima gama de modelos que se exhiben a partir del análisis comparativo de las legislaciones en vigor, parécenos conducente a los fines de este estudio detenernos en el reciente ordenamiento italiano consagrado por el decreto legislativo nº 28, del 4 de marzo de 2010, en implementación de la Directiva de la Unión Europea del 21 de mayo de 2008 que impulsa el desarrollo de los ADR (art. 8). Se introduce en la legislación peninsular la denominada *mediación estructurada*¹⁸ o *institucional*, integrada por una red de organismos específicamente destinados a actuar la mediación –consejos de las órdenes forenses, de otros colegios profesionales y de las cámaras de comercio-, previéndose un registro de esos organismos y una específica política de sostén a la formación de los mediadores. La mediación estructurada puede ser *facultativa*, cuando las partes deciden libremente recurrir a ella (art. 2); u *obligatoria*, como condición de procedibilidad de una eventual demanda, en supuestos de conflictos que versen sobre condominio, derechos reales, división de bienes, sucesiones, pactos de familia, locaciones, comodato, arrendamientos de haciendas, resarcimiento de daños derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones, de responsabilidad médica y difamaciones por medio de la prensa, contratos de seguro bancarios y financieros (art. 5, inc. 1). Además, puede ser dispuesta por el juez toda vez que durante el desarrollo del proceso lo considere de utilidad (art. 5, inc. 2). El mediador opera sin sujeción a formas determinadas, como mejor lo considere para favorecer el acuerdo entre las partes, bajo reserva de estricta confidencialidad. Si alguna de éstas no participa en la mediación el juez puede inferir de ello, en el ulterior proceso, argumentos de prueba (art. 8). El procedimiento de mediación se abre con la petición que se presente ante algunos de los organismos habilitados, sin sujeción a

¹⁷ MORELLO A.M., obs. cit..

¹⁸ BIAVATI P., *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, Bononia Univ. Press., Bologna, 2011, pp. 809 y ss.. En relación al régimen anterior en confrontación con las garantías constitucionales: COMOGLIO L.P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale*, Rev. Dir. Proc., 2000, pp. 318 y ss..



competencia territorial, y debe referir de modo claro al contenido de la eventual demanda judicial –partes, objeto y causa de la pretensión-, pero sin vínculos limitativos. El material adquirido durante el trámite, de todos modos, no puede ser utilizado en el ulterior actuación judicial (arts. 9, 10). El mediador puede, aunque no está obligado, formular una propuesta de conciliación cuando el acuerdo no se ha logrado (art. 11); propuesta que, si no fuere aceptada, puede generar consecuencias sobre la imposición de las costas en el ulterior proceso (art. 13). El acuerdo conciliatorio que consta en acta debe ser homologado por el presidente del tribunal del lugar donde tiene sede el organismo interviniente, y constituyente título ejecutivo. Lo que resulta esencial, el régimen que se estatuye pone el acento en la comprobación fáctica de los derechos que invocan las partes, admite la presentación de documentos (art. 3, inc. 3; art. 17, inc. 2) y otras pruebas, especialmente periciales, incluyendo las comprobaciones especializadas. Contemple, asimismo, el nombramiento de mediadores auxiliares (art. 8, inc. 4). La homologación judicial no se agota en la mera verificación de la regularidad formal del procedimiento, sino que requiere igualmente constatar si el acuerdo arribado no es contrario al orden público o a normas imperativas (art. 12). En suma, se estructura un sistema que se aleja de modo palmario de la simple mediación “facilitadora”¹⁹.

No es tiempo, todavía de formular balances ni juicios definitivos sobre la intervención legislativa que viene generando vivas disputas doctrinarias²⁰.

2. También ciertamente en las antípodas del sistema norteamericano, aunque por razones diversas, se ubica el modelo desarrollado en la legislación alemana. La tendencia hacia la privatización mediante la adopción de los ADN no tuvo mayor receptividad, entre otros motivos –según se afirma- porque el proceso judicial ordinario funciona adecuadamente y, por lo demás, ofrece dentro de sus propios engranajes suficientes posibilidades de composición

¹⁹ VIGORITI V., *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, RePro, São Paulo, 2010, nº 181, p. 301. El régimen de referencia no instituye una mediación clásicamente entendida, sino un instrumento a través del cual se induce a las partes en conflicto a aceptar una propuesta de conciliación expresada por un tercero (DALLA BONTÁ S., *La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE...*, *Civil Procedure Review*, v. 2, nº 2, pp. 93 y ss., 2011, www.civilprocedurereview.com

²⁰ VIGORITI V., ob. cit., pp. 300-301. BIAVATI P., *Argomenti...*, ob. cit., p. 816. CHIARLONI S., *I meccanismi conciliativi*, RePro, São Paulo, diciembre 2012, nº 214, pp. 251 y ss..



amigable²¹. La expectativa alimentada por la abogacía y otras profesiones liberales deseosas de la expansión en los mercados de mediación y arbitraje, en ese escenario no cuajó sino en forma limitada. En contrapartida son los propios tribunales los que extinguen por transacción entre el veinte y el treinta por ciento de los litigios. Ya desde los años setenta se había instalado una cultura judicial de la transacción, fuertemente auspiciada por el legislador. Se trata de una *rights based mediation* que funciona bajo las reglas del proceso clásico, como una forma de composición por intermediación del juez que encaja sin incoherencias en el curso del proceso. El procedimiento conciliatorio está regulado en el § 278 ZPO. La transacción engloba de forma completa la situación jurídica y las chances procesales de los contendientes, y a ella se arriba a través del diálogo entre el juez y las partes, en reuniones separadas. No se presenta el conflicto entre los papeles del juez y del conciliador, en tanto en la cultura germánica el proceso en un todo, incluso en dicha fase de la transacción, se estructura en forma abierta, dialógica y de hecho, el juez actúa “con libre convicción” y de modo transparente. Por lo demás, el apart. 5 del § 278 prevé que el tribunal puede delegar la dirección de la etapa conciliatoria a un juez *ad hoc* encargado para ello, que sea miembro del colegiado. En la audiencia de conciliación puede interrogar libremente a las partes a los fines del esclarecimiento de la cuestión litigiosa; igualmente, si las partes no presentan una propuesta de transacción por escrito, el propio tribunal puede hacerlo (§ 278, apart. 6). El acuerdo homologado constituye título ejecutivo (§ 794 apart. 1)²².

La satisfacción con el sistema parece ser grande, porque las partes raramente recurren a la mediación privada, sino que prefieren negociar ante un juez estatal en el marco de una instrucción judicial completa. Solo en algunos campos especiales y, por ello, residuales ha tenido suceso la mediación privada, así en las cuestiones de familia y divorcio²³.

²¹ STÜRNER R., *Sobre as reformas recentes no direito alemão...*, RePro n° 193, 2011, pp. 355 y ss., 364-365.

²² STÜRNER R., ob. cit., p. 365. Asimismo PÉREZ RAGONE A.J. y ORTIZ PRADILLO J.C., *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, K. Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 81-83. HAAS U. y BOCUCCI D., *Il rapporto tra il giudice e le parti nell diritto tedesco*, RePro n° 197, 2011, pp. 235 y ss..

²³ STÜRNER R., ob. cit., p. 365. De todos modos, con referencia a los resultados prácticos de los medios alternativos y el grado de calidad alcanzado en comparación con los que se asigna al sistema judicial oficial, habrá que convenir que existen dificultades casi insalvables para una evaluación racional. Conf.: KERN C.A., *Percepção, performance e*



3. Un modelo no menos singular pero que encuadra en las líneas tendenciales prevalecientes, no obstante insertarse en la tradición del *common law*, es el que se articula en Inglaterra, con resultados altamente satisfactorios en tanto la transacción es el epílogo más frecuente de las controversias, gracias a una política pública de promoción de la cultura de las soluciones autocompuestas, que se refleja en diversos momentos. Ya en la fase preprocesal, los *pre-action protocols* regulan las tratativas encaminadas al logro de la transacción, como uno de sus objetivos principales. Fracasado el intento e iniciado el proceso, el CPR de 1998 enfatiza la necesidad de que tanto el juez como los abogados impulsen una transacción. Los deberes del tribunal incluyen la obligación, propia del *case management*, de asistir a las partes a esos fines, pudiendo además derivar el asunto a alguno de los medios alternativos específicos (ADR), incluyendo la intervención a solicitud de parte de un tercero neutral (*early neutral evaluation*). Para forzar a las partes remisas a la utilización de esos mecanismos, cuando el juez los considera como la alternativa más propicia, se admite la postergación en su caso del trámite del proceso. De todos modos –como se ha sostenido- resulta fundamental comprender que la conciliación no ha de tener lugar “a la sombra del derecho”²⁴, que es tanto como decir que su resultado no puede ser injusto a la vista del derecho.

4. Hay todavía otras experiencias que muestra la legislación comparativa y que son útiles a los propósitos de esta indagación. Nos referimos a aquellas otras modalidades superadoras que radican las soluciones autocompositivas en la etapa preliminar del proceso. Es conocida la tendencia a acentuar la importancia de la instrucción preliminar de las causas, articulando procedimientos que anteceden al desemboque en la acción judicial y que, precisamente, tienden a eliminar el conflicto en esa instancia temprana²⁵.

Así, en el derecho alemán, la reforma de 1991 a la ZPO introdujo un nuevo texto al § 485, en cuya virtud puede solicitarse prueba pericial anticipada sobre el estado de una persona

política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil, RePro n° 198, agosto 2011, pp. 321 y ss..

²⁴ ANDREWS N., *Controversie colettive, transazione e conciliazione in Inghilterra*, RePro, n° 169, 2009, pp. 81 y ss..

²⁵ BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, ob. cit., p. 525. VILLA P.S., *La etapa preliminar al proceso civil...*, en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal... Ponencias generales...*, Fac. de Derecho UBA-AADP, Bs. As., 2009, pp. 390 y ss..



o el estado o valor de una cosa, la causa de un daño a personas, a una cosa o vicio de ésta; el costo de la reparación del daño. El interés jurídico se tiene por existente cuando el dictamen puede ayudar a evitar un proceso²⁶.

Al mismo objetivo apunta la reforma italiana del dec-ley de 2005, al ampliar las formas de obtención preventiva de las pruebas, introduciendo la *consulenza técnica* anterior al proceso, con función conciliatoria. Según el art. 696 *bis*, CPC., las partes, antes de comenzar una causa, pueden solicitar que el juez designe un experto para que presente un informe orientado a *comprobar y determinar* los créditos derivados del incumplimiento contractual, o por hechos ilícitos, *intentado, al mismo tiempo, la conciliación de la litis*²⁷. Se persigue allegar una valoración técnica objetiva que permita a las partes embarcarse en una negociación fructífera, tan pronto como queda identificado el conflicto, desempeñando una función reductiva en relación al sistema de justicia, dirigida a evitar el pleito²⁸; además del efecto eventual de la formación de prueba temprana para el futuro proceso²⁹.

Tales experiencias demuestran que el legislador no se contenta con fomentar fórmulas compositivas dejándolas libradas al juego de los puros intereses de las partes bajo la guía de gestores neutrales, como en el modelo californiano de la negociación en boga, sino que se alientan las soluciones autocompuestas en el marco de la justicia oficial, con control del juez y, sobremanera, en la antesala del proceso. Sin clarificación de los hechos, aún en grado de verosimilitud y superficialidad, la negociación “pedalea en el aire”, es algo así como un vuelo a ciegas. Al ensamblarse apropiadamente ambas actividades, las partes llegan al acuerdo amistoso *con conocimiento de causa*, lo que garantiza un consentimiento “maduro” fruto de una evaluación fundada de las circunstancias de hecho y de derecho que particularizan el caso. Lejos, nuevamente, de una insuficiente y menoscabante mediación “facilitadora” de un resultado, cualquiera fuere, aún en el más inequitativo o irrazonable.

²⁶ LEIBLE S., *Proceso civil alemán*, Bib. Jur. Dike; K. Adenauer S., Bogotá, 1999, pp. 269 y ss..

²⁷ BIAVATI P., *ob. cit.*, 526-527.

²⁸ MAGGI F. y CARLETTI F., *I provvedimenti di istruzione preventiva en Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Cedam, 3a. ed., 2008, pp. 159 y ss..

²⁹ BIAVATI P., *Tutela cautelare, anticipatoria y sumaria en al reforma italiana*, RDP, Bs.As., 2009-2, pp. 507 y ss..



V. Superioridad del sistema de la conciliación-mediación “valorativa” frente al modelo norteamericano.

a. En el modelo teórico ortodoxo de la mediación (ADR), el conflicto se resuelve con prescindencia de la aplicación del derecho, y en atención tan solo de los intereses en pugna y cuyo balance se propugna, induciendo a las partes enfrentadas a arribar, por sí mismas, a una solución autocompuesta. La fuga del proceso no significa salir de la jurisdicción judicial –como en el sometimiento a árbitros-, sino lisa y llanamente salir de la justicia misma³⁰, desentenderse de la justa y equitativa composición del conflicto. En buen romance, tanto como contentarse con una justicia “de segunda”, un pobre sustituto de la resolución judicial y, más aún, una retirada de la jurisdicción³¹.

En contraposición, los fines públicos del proceso judicial y consecuentemente la misión de los jueces –como afirma FISS³²- es hacer justicia, dando fuerza y haciendo realidad los valores contenidos en la Constitución y la ley. En la conciliación, en cambio, aunque los contendientes crean indeliberadamente que el acuerdo satisface sus expectativas, bien podrían haber arribado al mismo sin que con ello se hubiere hecho justicia.

b. La teoría de la resolución de conflictos que subyace en los medios alternativos presupone de manera implícita, que entre los contendientes existe una relación de igualdad; la conciliación de intereses se concibe como una anticipación del resultado del juicio, asumiéndose que sus términos son simplemente el producto de las predicciones de las partes acerca de ese resultado. Sin embargo –señala acertadamente O. FISS³³-, la aludida conciliación de los intereses está en realidad en función de los recursos en general de que dispone cada parte por asumir el proceso, los cuales, con frecuencia, están distribuidos en manera desigual. Ello afectará inevitablemente el proceso de negociación, por la situación de desigualdad de la

³⁰ BIAVATI P., *Tendencias recientes de la Justicia Civil en Europa...*, ob. cit., pp. 534. VIGORITI V., ob. cit., pp. 300-301.

³¹ FISS O., *Contra la conciliación en El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs. As., 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, p. 144.

³² FISS O., ob. cit., pp. 140-142.

³³ FISS O., ob. cit., pp. 131-133.



parte menos favorecida, por la menor capacidad para obtener y analizar la información necesaria sea por la urgencia que pueda traer consigo su reclamo, ya por la imposibilidad de costear un proceso judicial. Y, si bien, la desigualdad de las partes también puede distorsionar el propio proceso judicial, en éste queda siempre la posibilidad de que la intervención del juez contribuya a disminuir, utilizando las diversas técnicas procesales, el impacto de aquellas desigualdades. En realidad, la creciente utilización de los medios alternativos constituye un indicador elocuente de la tendencia a la privatización de la justicia estatal³⁴.

c. El problema central que plantea la mediación es el de la insuficiencia absoluta como medio de resolución de las disputas para llevar a cabo una adecuada tutela de los derechos involucrados. No solo porque por definición el acuerdo entre las partes implica siempre una renuncia de derechos –el derecho debe “permanecer tras la puerta”-, sino además desde que el método no está en capacidad para eliminar, o al menos reducir, las consecuencias de la desigualdad que de común traen entre sí los contendientes. El principio de la “neutralidad” de los mediadores, esencial al objetivo de que las partes y sólo ellas alcancen, en cualquier caso, sea como fuere, el acuerdo, conduce inevitablemente a que se arribe, a menudo, a soluciones injustas, no solo porque no se tiene en cuenta la dimensión jurídica del conflicto, sino también porque se posibilita que la parte más fuerte termine imponiendo los términos del acuerdo³⁵. Lo que es peor, nadie será responsable de la pérdida de los derechos o de las chances de la parte desfavorecida en la relación; ya no están los jueces ni el Estado para responder por defectos de la prestación servicial.

VI. La mediación “facilitadora” no se compadece con el sistema de valores y creencias que prevalece en nuestra sociedad actual.

1. Las formas de resolución de conflictos reflejan la cultura de base de una comunidad – sus valores, sus convenciones sociales y los símbolos a través de los cuáles se representan-. Y esa relación es recíproca, los métodos para la resolución de las disputas son un factor de

³⁴ GILLES P., *Civil Justice Systems and Civil Procedures in conversión...*, RePro, n° 173, 2009, pp. 334-335.

³⁵ TARUFFO M., *Una alternativa a las alternativas...*, cit., pp. 116-118.



importancia en la tarea inacabada de “configurar” la cultura en la cual se insertan, en el sentido que los cambios en la litigiosidad repercutirán en la misma cultura. De ahí que cualquier reforma procesal trascendente no puede ser considerada únicamente desde el prisma del tecnicismo legal³⁶.

2. Concretamente en relación a la mediación, parece nítido que el empeño de su imposición obligatoria no puede desentenderse de la existencia entre nosotros de una fuerte cultura tradicional que ha sido refractaria, por razones múltiples, a su admisión. Se trata, precisamente, puede argumentarse, de pujar para permear y transformar esa cultura sustituyéndola por otra de signo opuesto. Sin embargo el interrogante central sigue siendo: ¿esa cultura nueva acompaña y se sustenta en los valores y creencias predominantes, en estos tiempos, en nuestras sociedades?

En otros términos: las ventajas sustantivas que se atribuyen a la mediación, caracterizada por la articulación de procedimientos menos jerárquicos, lineales y contradictorios, más informales y acelerados, que permiten a las propias partes resolver sus conflictos participativamente, bajo la sola “asistencia” del mediador, ¿justifican el sacrificio de los valores de justicia e igualdad, propios del sistema judicial, de los que aquella se desentiende? O, más simplemente, en términos que plantea CHASE, ¿la idea que transmite la mediación respecto a la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, es aceptable?³⁷.

3. Claro que así planteados tales interrogantes no pueden recibir respuestas únicas ni certeras; sería un vano intento, descalificable por su vacua ingenuidad, pretender asumir el reto a falta, como es notorio, de suficiente información objetiva derivada de trabajos empíricos para aventurar juicios de valor sobre tan conflictivos aspectos. Solo podemos transmitir ciertas aproximaciones sin otra pretensión que señalar algunos rasgos típicos característicos de nuestros actuales sistemas de enjuiciamiento civil bajo el prisma constitucional y convencional, que constituyen los arbotantes que refleja la cultura dentro de la cual se desarrolla.

³⁶ CHASE O., ob. cit., pp. 33, 73, 185.

³⁷ CHASE O., ob. cit., p. 188.



En Iberoamérica, principalmente a partir de las reformas constitucionales operadas en la mayoría de los países a partir de los años ochenta, se ha ingresado en la “fase madura” del fenómeno de la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”. La administración de la justicia civil, desde la recepción de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se sustenta en un “núcleo duro” o “esencial” de principios que la gobiernan, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar el acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el 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. 8° CADH y que se integran con el derecho a un recurso sencillo y rápido que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales” (art. 25). De ello se deriva el reconocimiento como garantía fundamental del *derecho a la tutela judicial efectiva*, la “eficaz prestación de los servicios de justicia”, a que alude el art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*, de la Constitución Nacional Argentina reformada en 1994.

4. Sentada la recíproca y profunda conexión entre cultura y medios de solución de conflictos³⁸, cabe afrontar la remanida cuestión de la “cultura del litigio” o “de los derechos” frente a la “cultura alternativa de la pacificación” o “de los intereses”. Debemos comenzar por admitir que en una sociedad libre y plural los conflictos pueden ser resueltos en modos diversos y la elección de una u otra vía depende exclusivamente de la voluntad de los propios interesados. Hay razones, y sobre todo circunstancias –fácticas y jurídicas- que hacen preferible, por regla, el camino de la jurisdicción que conduce a la sentencia. En cambio, cuando se trata de ciertos y determinados conflictos –relaciones de familia, de vecindad, de coexistencialidad en general, de menor cuantía- el sendero de los medios alternativos resulta más propicio.

³⁸ CHASE O., ob. cit., p. 20-21.



En la mediación la razón, la culpa o el error se “disuelven” para fundirse en la ponderación de los intereses. Se evitan ciertamente los riesgos y desventuras del proceso, pero hay que resignarse a la no-justicia. Es posible que sea útil para recuperar la fe recíproca y aún encarrilar las relaciones melladas por el conflicto disuelto por un resultado satisfactorio para ambos.

Sin embargo, como expresa BIAVATI, el proceso judicial está destinado fisiológicamente a regular solo la mínima parte de los conflictos sociales, pero cuando el litigio es tan agudo como para requerir la intervención de la jurisdicción, no se puede comprimir la necesidad de litigar de modo que es necesario encarrilarlo en las vías de una ordenada confrontación judicial. Por otro lado, y quizás lo más importante, nuestras sociedades manifiestan una fuerte necesidad de legalidad. La pérdida de los valores públicos y del bien común en nombre de un interés privado que se persigue a toda costa, es consecuencia también de la decadencia de la fuerza de la ley y de la falta de aptitud para aplicarla. El proceso jurisdiccional desempeña el rol de decir el derecho y de recordar qué cosa, para la comunidad, es justa y lícita y qué cosa no lo es. Se trata de un rol esencial al que no se puede renunciar³⁹.

5. La cultura “adversarial”, ha de admitirse, puede y debe convivir con aquella complementaria de la cooperación pacificadora. Una y otra integran el sistema de resolución de las controversias. Existe consenso social al respecto y ello ha sido el logro y la transformación que opera desde los años noventa: comienza a emerger, paulatinamente y no sin sobresaltos, la nueva cultura de la disuasión y la búsqueda de las soluciones amistosas. Y ello es altamente positivo.

No obstante, no podría afirmarse que igual consenso social se hubiere generado en torno de la mediación “facilitadora”. Por el contrario, puede aseverarse que ese método va a contrapelo de los principios y valores comunitarios recogidos y expresados en la Constitución y el Pacto de San José que la integra, válidos y exigibles *en lo sustantivo para todas las formas de solución de conflictos, incluyendo a la regulación de la mediación*. En el balance de los valores y

³⁹ BIAVATI P. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, ob. cit., pp. 816-817. En sentido similar: GUZMÁN N.L., *Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos...*, RDP, Bs.As., 2010-2, pp. 17 y ss., especialmente pp. 24-29. Asimismo: COMOGLIO L.P., ob. cit., p. 371.



principios implicados, ha de prevalecer aquellos de justicia e igualdad que conforman y se expresan en el “núcleo duro” de las garantías y, en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso irrestricto a la justicia.

Ninguna de las ventajas que se adjudican a la mediación puramente “asistida”, de concertación de los intereses, justifica dispensar la persecución de aquellos valores y principios. El ciudadano tiene la prerrogativa, cuando están en juego el reconocimiento de sus derechos vulnerados, de utilizar el método de composición más adecuado. Pero al Estado Constitucional de Derecho le está vedado propiciar procedimientos, cualesquiera fueren, que lo embreten en esquemas reductores que no puedan asegurarle soluciones justas y equitativas. La justicia, enriquecida desde la equidad, resulta irrenunciable, indisponible de cara a los valores prevalecientes en la sociedad, porque el sistema se deslegitima cuando apaña esquemas que se contentan con brindar al ciudadano una deleznable justicia “de segunda”. Aunque sirviera, lo cual resulta altamente dudoso, para promover una sociedad más participativa e interrelacionada, ventaja que, en todo caso, cabe adjudicar a la regulación de las acciones colectivas y la legitimación extraordinaria. Por último y decisivo: la mediación neutral de intereses, al colocarse “de espaldas” al derecho, renuncia a la misión pública esencial que corresponde al íntegro sistema de justicia del que forma parte, de esclarecer a la comunidad, en relación a los casos concretos, acerca de qué conducta o situación es justa y legítima, y cual no lo es; dar significado a los valores públicos⁴⁰. Que es tanto como resignar la función constructiva de las instituciones jurídicas y la influencia de las decisiones en las relaciones interpersonales, lo que confirma la vinculación recíproca entre litigiosidad y cultura, tanto como la importancia de las actuaciones procedimentales en cuanto a su repercusión en el mantenimiento de las creencias y convenciones sociales⁴¹. La idea que transmite la mediación de intereses, en definitiva, colisiona con la adecuada ordenación de la sociedad en su conjunto, para usar la ya referida expresión de CHASE.

⁴⁰ FISS O., ob. cit., p. 49.

⁴¹ CHASE O., ob. cit., pp. 173-182, 184.



VII. Bases para un esquema superador.

De lo que se trata entonces es de articular formas de mediación superadoras del modelo ortodoxo puramente “facilitador”, insuficiente para asegurar soluciones satisfactorias, equitativas de los derechos en conflicto; tributario de un procedimiento carente de transparencia y de garantías. Un nuevo modelo aceptable que permita alcanzar ese incanjeable objetivo, presupone básicamente que: 1º) el sujeto que desempeña la misión que, por su alcance y finalidades, podría denominarse *conciliador-mediador*, asume funciones cercanas a las del juez en la conciliación judicial; es experto en derecho y, al mismo tiempo, aplica técnicas propias de la mediación y la negociación. Actuará, cuando fuere necesario, asistido por profesionales de otras disciplinas⁴². Naturalmente, se requiere una adecuada preparación profesional que incluya competencias jurídicas y, además, conocimientos específicos de técnicas de mediación. 2º. El procedimiento de conciliación-mediación debe ser público, en el sentido de visible y transparente, asegurando condiciones procedimentales mínimas a que habrá de ajustarse el conciliador-mediador; v. gr., la posibilidad de las partes de presentar sus peticiones y pruebas, la igualdad sustancial en el trato procesal sin perjuicio de la informalidad del procedimiento⁴³. Tanto como la potestad de levantar una instrucción sumaria siquiera superficial sobre los hechos de base. En el acta final debe dejarse constancia sucinta de las posturas de las partes, especialmente cuando el intento de solución autocompuesta hubiere fracasado; se trata de atestaciones esenciales para evaluar el comportamiento y la buena fe que se requiere de las partes. En su caso, se impondrá las costas en el ulterior proceso judicial cuando la sentencia, aún siendo favorable, acordare a quien resultó responsable de la frustración del intento el mismo importe, o uno inferior, al ofrecido por la contraria en la negociación⁴⁴.

⁴² Así funciona el modelo instaurado por la ley 11.453 y modif. de la Prov. de Buenos Aires, que regula la actuación de los Consejeros de Familia en la etapa previa de los procesos familiares (BERIZONCE R.O., BERMEJO S.P. y AMENDOLARA Z., *Tribunales y proceso de familia*, LEP, La Plata, 2001, pp. 22 y ss., 109 y ss., 135 y ss.).

⁴³ TARUFFO M., *Consideraciones dispersas...*, en *Páginas sobre justicia civil*, ob. cit., p. 149.

⁴⁴ En el derecho portugués, el dec.ley 34/2008, modificatorio del art. 447 CPC, establece que el actor que, pudiendo recurrir a medios alternativos opte por el proceso judicial, deberá soportar las costas de parte con independencia del resultado de la litis (TEIXEIRA DE SOUSA M., *Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?*, RePro, nº 161, 2008, p. 208).



Por lo demás, ha de priorizarse la inserción de la conciliación-mediación en la etapa preliminar del proceso, articulándola con los mecanismos de instrucción temprana de la litis, de modo de posibilitar a los contendientes arribar a las soluciones compartidas con conocimiento de causa⁴⁵, bajo la gestión del juez.

Vale tener en cuenta, por último, el novedoso régimen que ha establecido la ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires (2009), en el que despuntan algunas de las premisas a que venimos aludiendo. Se trata de una suerte de conciliación-mediación “valorativa”, sustentada principalmente en la exigencia del “consentimiento informado” de las partes como condición de validez de la autocomposición (art. 1) y la intervención activa del juez en la homologación del acuerdo arribado ante el mediador (arts. 19,20, 21). El juez puede mediante resolución fundada homologarlo o rechazarlo (art. 20); solo procede la homologación “cuando entienda que el mismo (acuerdo) representa una *justa composición* de los intereses de las partes” (art. 19). Será menester seguir atentamente la experiencia práctica del régimen de la ley bonaerense de 2009, que ha suscitado grandes expectativas y no pocas inquietudes críticas⁴⁶. Sea como fuere, hemos de convenir que se trata de un sistema innovador que implica un notorio avance en relación al régimen del ordenamiento nacional argentino.

VIII. Algunas conclusiones de cierre.

1. La profunda y recíproca interrelación entre los métodos de resolución de conflictos y los valores, creencias y principios que caracterizan genéricamente la cultura de los pueblos, impone examinar la congruencia entre aquellos valores fundantes y los medios “alternativos” a la justicia oficial.

2. Bajo ese prima, al hurgar en los principios y valores que sustentan la Constitución “juridizada” y las convenciones, en particular en la CADH, emergen ciertos principios que

⁴⁵ Sobre los estímulos y predisponentes para favorecer la voluntad conciliatoria de las partes: PEYRANO J.W., *Anotaciones sobre la gestión conciliatoria...*, RDP, 2010-2, pp. 97 y ss., especialmente pp. 103-106.

⁴⁶ SOSA T.E., *Especulaciones sobre la ley de mediación civil en la Provincia de Buenos Aires*, RDP, 2010-2, pp. 261 y ss..



integran el denominado “núcleo duro” de las garantías judiciales –juez natural, debido proceso, efectividad de la tutela, efectivo acceso de los ciudadanos-, que deben impregnar al íntegro sistema de justicia. A su vez, los medios alternativos como esquemas adheridos al sistema jurisdiccional, constituyen opciones útiles a disposición de los interesados quienes, en ejercicio de sus libertades, pueden discrecionalmente valerse de ellos.

3. Claro que el legislador común viene condicionado, en la articulación de tales vías alternativas, por aquellos principios y valores fundamentales. De ahí que, al regular la mediación no puede legítimamente adoptar esquemas que por encima y “de espaldas a la justicia” se contenten con la sola e insuficiente finalidad de asistir neutralmente a las partes en la creencia ingenua de que ellas, por sí solas, puedan resolver el conflicto. En la mediación de puros intereses la razón, la culpa y el error se disuelven y más allá de que existen situaciones en que, por excepción, la utilidad se muestra palmaria (cuestiones familiares, de vecindad, menor cuantía o relaciones de coexistencialidad en general), la persecución de semejantes objetivos no justifica el magro resultado de no-justicia a que conduce. Principalmente porque, imaginado desde un esquema ideológico neoliberal, desdeña la desigualdad natural de los contendientes y, de hecho, potencia la injusticia del producto resultante. Aunque se resuelva la puja de intereses, no se garantiza el logro de la paz social.

4. La cada vez más creciente crisis y paralela necesidad de legalidad por la que se agita el inconciente colectivo, ha de corresponderse no solo con el acentuamiento de la fuerza de ley, sino también y de modo especial a través de su aplicación en concreto. Sin mengua del proceso jurisdiccional como escenario natural donde el juez expresa la misión esencial de decir el derecho y, sobre todo, la de interpretar y aplicar los valores básicos en que se soporta el “contrato social”, la mediación solo se valida en tanto diseñada para satisfacer aquellos valores que expresan el “núcleo duro” antes referido, como que viene a insertarse dentro del propio e íntegro sistema de solución de conflictos. Desde ese hontanar, resulta claro que solo la denominada *conciliación-mediación valorativa* puede superar la criba de los valores y creencias que asientan en la raíz de nuestra cultura.



La justicia civil francesa entre eficiencia y garantías

(Civil Justice in France between efficiency and guarantees)

Loïc Cadiet

Professor at the the University of Paris I (*Ecole de droit de la Sorbonne*)

President of the International Association of Procedural Law

Abstract: The present article approaches the dilemmas of french civil procedure between the quest for efficiency and the respect of fundamental rights of parties.

Keywords: Civil Justice. Civil Procedure. France. Efficiency. Fundamental rights.

1. En un artículo publicado en 2011, en la *Revista de processo*, nuestro colega Joan Picó y Junoy publicó un artículo titulado “*Il diritto processuale tra il garantismo e l’efficacia : un dibattito mal impostato*”¹. Este artículo es interesante en más de un sentido.

En primer lugar, porque este artículo de un colega español, escrito en italiano y publicado en una revista brasileña, expresa perfectamente el carácter internacional del tema, que manifiesta igualmente el informe de la profesora Ada Pelligrini Grinover, publicado también el año pasado en la *Revista de processo*, con el título “*Efficienza e garanzie : i nuovi istituti processuali in America Latina*”².

¹ *Revista de processo*, 2011, n° 197, pp. 193 sq..

² *Revista de processo*, 2012, n° 203, pp. 217 sq.



En segundo lugar, debido a que nuestro colega Picó y Junoy expresa inmediatamente la opinión de que el debate entre la eficiencia y las garantías es un problema mal planteado. El proceso civil no tiene que elegir entre la eficiencia y las garantías; debe ser a la vez eficaz y proporcionar las necesarias garantías de buena justicia. Esta es la tesis que quiero ilustrar sobre Francia. Para hacerlo, voy a abandonar el método tradicional francés del plan en dos partes para adoptar un enfoque más flexible en cuatro partes que me llevará a aclarar en primer lugar la problemática de este tema (I), antes de dar una visión retrospectiva de las soluciones que fueron adoptadas en Francia (II), de mirar prospectivamente a las vías de modernización que se pueden proponer en el futuro (III), y de concluir con algunas consideraciones generales sobre la función de la justicia (IV).

I. – PROBLEMÁTICA : ¿EFICACIA *versus* GARANTÍAS?

2. Debe decirse que, desde este punto de vista, los aspectos del problema son sin duda menos rígidos en Francia en comparación con otros países europeos, especialmente Italia, donde la constitucionalización del derecho a un proceso justo, debido al artículo 111 de la Constitución, desplaza sin duda el centro de gravedad hacia la garantía de los derechos y en detrimento de la eficiencia de la justicia. Lo muestran muy bien los problemas importantes planteados por el derecho de acceso a la *Corte Suprema di Cassazione*, que recientemente ha dado lugar a importantes estudios comparativos³.

En Francia, si el Consejo Constitucional ha reconocido el derecho constitucional a *algunos* elementos de un proceso justo, como la libertad de defensa, la igualdad ante la ley o el respeto de la contradicción, la garantía general del derecho a un proceso justo se garantiza principalmente sobre la base del artículo 6 § 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo que no deja de invitar al juez a utilizar su

³ Ver not. S. Chiarloni, « Fundamental tasks of the Corte di Cassazione, hetereneous objectives arosen from the constitutionnal right to appeal and recent reforms », in M. Ortells Ramos (coord.), *Los recursos ante los Tribunales supremos en Europa / Appeals to Supreme Courts in Europe*, Madrid, Difusión jurídica, 2008, pp. 77 sq. – Adde V. Barsotti, V. Varano et alii, *Anuario di diritto comparato e di studi legislative*, 2011, vol. 1.



poder de dar órdenes a las partes para la resolución de los casos dentro de un plazo razonable⁴. La necesidad de un plazo razonable de juicio puede justificar muchos ajustes con respecto a un estricto respeto a los derechos de la defensa. Estos ajustes son además tomados en consideración por las principios directivos del proceso de algunos códigos franceses, por ejemplo, el Código de Justicia Administrativa, cuyo artículo L. 4 establece lo siguiente: « *L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence* » (« La instrucción de casos es contradictoria. Las exigencias de la contradicción son adaptadas a las de la urgencia »), y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea dictaminó, por su parte, que « *le principe des droits de la défense impose un grand nombre d'obligations procédurales à la charge des institutions, mais requiert aussi un minimum de diligences de la part du justiciable* »⁵ (« el principio de los derechos de la defensa impone un gran número de obligaciones procedimentales para las instituciones, pero requiere también un mínimo de diligencias de parte del justiciable »).

Buscando bien, es posible descubrir las raíces históricas de este compromiso francés en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin duda, esta Declaración se preocupa principalmente de las garantías de buena justicia en materia penal, porque aquí es donde la protección de los derechos humanos se ha revelado más necesaria en respuesta a los abusos del antiguo régimen. Pero hay que tener en cuenta las demás disposiciones que no carecen de interés para nuestro debate. La primera, a la que me parece estar unida la preocupación de eficiencia, es el artículo 15, que dispone que « *La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration* » (« La Sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo Agente público de su administración »); la segunda, que parece fundar el derecho a un juicio justo, es el artículo 16, que dispone que: « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de*

⁴ Ver p. ej. CEDH 7 janv. 2003, *C.D. c. France*, *Revue des huissiers* 2003, pp. 229 sq, obs. Fricero. Ver además Consejo de Europa, *Recommendation n° R (84) 5 of the Committee of ministers to member States on the principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*, 28 febr. 1984, relativo al art. 6 conv. EDH, que hace de los poderes activos de administración del juez una herramienta de mejora de la calidad de la justicia, en una perspectiva de refuerzo del derecho a un juicio justo.

⁵ TPICE 11 jul. 2002, *Hyper Srl c. Commission*, *Europe* 2002, n° 326.



Constitution » (« Toda Sociedad en la que la garantía de los Derechos no es asegurada, ni la separación de Poderes determinada, no tiene Constitución »). Razonando por hipótesis, estos dos artículos han sido concebidos en una relación de conciliación y no de exclusión mutua.

Esta preocupación de soluciones procesales efectivas que no afecten sin embargo a los derechos de la defensa es una preocupación tradicional, que aparece claramente durante la elaboración del Código de Procedimiento Civil de 1806, por ejemplo, en las palabras de Treilhard, consejero de Estado, que, durante la presentación del Cuerpo legislativo del proyecto de Código de Procedimiento Civil, exclamó en un estilo tan característico de la época: « *de toutes parts s'élève un cri violent contre la complication des formes : eh ! sans doute, il faut que les formes soient simples ; mais pour simplifier les formes, gardons-nous bien de les détruire* » (« por todas partes se lanza un grito violento contra la complicación de las formas: ¡eh! Sin duda, las formas deben ser simples; pero para simplificarlas, evitemos destruirlas »). Y Treilhard explicó que si « *il faut dans les procès une marche fixe, qui ne permette pas l'arbitraire dans l'instruction, parce qu'il serait bientôt suivi de l'arbitraire dans le jugement* »⁶ (« hace falta en los procesos una marcha fija, que no permite nada arbitrario en la instrucción, porque sería seguido de algo arbitrario en la sentencia »), sin embargo, « *tout a été prévu pour rendre la procédure plus simple, plus courte et moins dispendieuse ; toute formalité inutile a été abolie et toute procédure superflue supprimée* »⁷ (« todo ha sido previsto para hacer el procedimiento mas simple, más corto y más económico : toda formalidad inútil ha sido abolida y todo procedimiento superfluo ha sido suprimido »). En el mismo sentido, la gran reforma que condujo al nuevo Código de Procedimiento Civil, a mediados de 1970, y las reformas puntuales que han tenido lugar sucesivamente desde entonces, estaban todas animadas por el deseo de simplificación y racionalización del procedimiento en medida en que no afecte a las garantías de buena justicia⁸.

⁶ Treilhard, Exposición de motivos de los libros 1 y 2 de la primera parte del Proyecto de Código de procedimiento civil, presentados al Curpo legislativo, sesión de 4 de abril de 1806, Paris, N. Renaudière, mayo de 1806.

⁷ J.-B. Treilhard, Exposición de motivos préc., pp. 2-3 y pp. 22-23.

⁸ Ver L. Cadiet, « Les tendances contemporaines de la procédure civile française », in *Mélanges Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 65-87.



3. Pero, honestamente, debemos reconocer que si el equilibrio entre la eficiencia y las garantías es necesario, su punto exacto no es fácil de encontrar. No se trata de un riesgo puramente hipotético de sacrificar las garantías de buena justicia al culto contemporáneo de la eficacia, impulsado por una ideología liberal que tiende a colonizar todo el servicio público, incluido el servicio público de la justicia⁹. A través de la doctrina del *new public management*, la ideología competitiva se infiltra sutilmente dentro de la institución judicial, difundiendo lógicas de gestión y preocupaciones « *managériales* »¹⁰ que determinan no sólo la forma de administrar la institución¹¹, incluyendo las jurisdicciones, sino también la forma de definir las reglas de procedimiento más eficientes¹²: es entonces la justicia misma la que es concebida según el modelo competitivo, que se erige como modelo de economía procesal, lo que he llamado en otros trabajos, la « *marchésisation* » y la « *marchandisation* » de la justicia¹³, utilizando neologismos cuya traducción al castellano no es obvia, quizás “mercadización” y « mercantilización ».

Una versión absoluta de la eficiencia, en una concepción reduccionista de la economía, proporciona calidad de la justicia a la economía de tiempo y de dinero que permite realizar. En esta concepción, que se refleja en los informes *Doing Business* del Banco Mundial¹⁴, habría que simplificar las formas procesales y limitar las garantías judiciales a lo estrictamente necesario.

⁹ Ver J. Chevallier y D. Lochak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n° 24, 1982, pp. 679 sq.

¹⁰ Ningún ámbito de la justicia escapa a este fenómeno: ver p. ej. J. Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, Presse universitaires de Rennes, 2010. – E. Costa, « Des chiffres sans les lettres – La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA* 2010, pp. 1623 sq.

¹¹ Ver E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011. – H. Pauliat, L. Cadiet y J.-P. Jean (dir.), *Mieux administrer la justice pour mieux juger*, Paris, Agence nationale de la recherche, Programme Gouverner et Administrer, 2008-2012. – J.-P. Jean et D. Salas (coord.), *Une administration pour la justice*, *RFAP* 2008, n° 125. Mais ver también, precursor, S. Rozès et alii, *L'administration de la justice*, *Revue française d'administration publique* 1991, n° 57.

¹² Ver R. Colson, *La fonction de juger – Etude historique et positive*, préf. L. Cadiet, Paris, LGDJ, 2006, spéc. n° 463-494.

¹³ L. Cadiet, « Justice et ordre concurrentiel », in *Mélanges Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 85 sq.

¹⁴ Ver M. Haravon, « Le mirage des classements pour mesurer l'efficacité de la justice civile », *JCP E*, 2006, 2369 y, de manera más amplia, B. du Marais (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing business*, Paris, La documentation Française, 2006. Para una desconstrucción crítica de estos análisis económicos de la calidad de las decisiones de justicia, ver T. Kirat, « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique », in *CEPEJ, La qualité des décisions de justice*, préc., pp. 78 sq.



Esta concepción lleva a promover un procedimiento oral y desformalizado, sin representación obligatoria de las partes ante un juez único cuya decisión, con la motivación reducida al mínimo, sería inmediatamente ejecutoria y susceptible de recursos estrictamente concebidos, después de que los medios de hecho, de Derecho y de prueba se hayan presentado por las partes en una audiencia única que, por otra parte, a veces tendría lugar solo en caso de contestación del demandado en un esquema de litigio invertido, como el procedimiento de requerimiento de pago (« *injonction de payer* ») nos lo muestra en cuanto modelo atenuado¹⁵. En esta concepción, la contradicción extrema del proceso judicial es, sin duda, propicia para el respeto del plazo razonable y de la efectividad de la sentencia, pero es dudoso que la contradicción, la igualdad de armas y otros requisitos del juicio justo sean así respetados. Se trata de un modelo de justicia expeditiva que de justicia solo tiene el nombre, y que ilustra que a base de ahorrar en la justicia, es la justicia misma la que se reduce, lo que ocurrió en Francia, con la eliminación de los procuradores y del procedimiento, al principio de la Revolución, año II, hasta el año VIII¹⁶, que no se recuerda como un período de esplendor¹⁷. No hace falta decir que la búsqueda de la eficacia del proceso se puede solo realizar de acuerdo con los principios de un

¹⁵ Conf. G. de Leval, « Les ressources de l'inversion du contentieux », in M.-T. Caupain y G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 83-97, y R. Perrot, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », in *Etudes offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 387-399.

¹⁶ Decreto del 3 brumaire An II (24 de octubre de 1793) : ver J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^{ème} éd. 2010, n° 165.

¹⁷ Ver, también aquí, Treillard, Exposé des motifs del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, préc. : « *Si l'on en croyait certaines personnes, on supprimerait toute espèce de procédures (...). Comment peut-on se livrer encore à ces exagérations, après l'épreuve récente que nous avons faite ? N'avons-nous pas supprimé tous les avoués et toute la procédure dans un accès ou plutôt dans un délire de perfection ? Qu'en est-il résulté ? On n'a pas eu moins recours aux avoués, parce que l'ignorant et le paresseux seront toujours tributaires de l'homme laborieux et instruit : les avoués ne perdirent que leur titre, ils continuèrent de travailler comme « fondés de pouvoirs » ; mais toute procédure étant supprimée, et l'avoué n'ayant plus d'action en justice pour des salaires légitimes, il se faisait payer arbitrairement, même avant d'avoir examiné l'affaire, beaucoup plus qu'il n'aurait obtenu par une taxe raisonnable de la procédure nécessaire qu'on avait supprimé, et jamais la justice ne fut plus chère » (« Si creemos a ciertas personas, se debería suprimir todo tipo de procedimiento (...). ¿Como puede exagerarse así, tras las pruebas recientes que hemos experimentado? ¿No hemos suprimido todos los procuradores y todo el procedimiento en un acceso o más bien un delirio de perfección? ¿Cuál ha sido el resultado? No por ello hemos recurrido menos a los procuradores, porque el ignorante y el perezoso necesitarán siempre al hombre laborioso e instruido: los procuradores solo perdieron su título, continuaron a trabajar como « *fondés de pouvoirs* »; pero con todo procedimiento suprimido, y con el procurador que ya no tenía acción en justicia posible por salarios legítimos, se hacía pagar de manera arbitraria, aun antes de haber examinado el caso, mucho más que lo que habría obtenido con una tasa razonable del procedimiento necesario que se había suprimido, y la justicia nunca fue más cara que entonces »).*



proceso justo, sin los cuales no hay ningún proceso digno de ese nombre. El principio de eficiencia no puede referirse solo a una eficiencia *relativa*.

Por el contrario, si las normas de referencia para evaluar la calidad del proceso son las del juicio justo, no debe retenerse una concepción absoluta del derecho a un proceso justo, que consta de requisitos que pueden contradecirse entre sí y que constituyen en sí mismos exigencias que deben ser combinadas con otros derechos fundamentales¹⁸: por ejemplo, el derecho a un procedimiento público debe conciliarse con el derecho al respeto de la vida privada; el derecho a un tribunal imparcial, concebido de manera integrista, puede ser contrario al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, multiplicando el examen del mismo asunto por diferentes jueces sucesivos¹⁹. Especialmente, el derecho a un juicio justo solo puede ejercerse dentro de los límites de los recursos asignados a la judicatura. La buena justicia no es solo la justicia justa en el caso concreto ante el tribunal, también es una justicia justa en relación a todos los casos en que deba intervenir la institución judicial. Más allá de la igualdad directa de los justiciables, debe garantizarse la igualdad de las jurisdicciones entre ellas ya que las desigualdades, a partir de proporciones basadas sobre el número de casos juzgados con respecto a los efectivos reales de jueces y secretarios, son a veces muy importantes y no siempre se explican por especificidades locales debido a la naturaleza misma de los casos. Por todas estas razones, la asignación de recursos judiciales debe ser utilizada en base al interés general. Esta es una de las contribuciones de la reforma Woolf que ha hecho de este principio una de las dimensiones del *overriding objective* de las *civil procedural rules*²⁰ y es también uno de los grandes méritos de la proposición del nuevo Código italiano de procedimiento civil, presentado recientemente por el profesor Andrea Proto Pisani: abrirse, ella también, a los

¹⁸ Ver D. Rousseau, « V° Droits fondamentaux », in. L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

¹⁹ Riesgo realizado por Cass. ass. plén. 6 nov. 1998, *Bull. ass. plén.* n° 5 ; *JCP* 1998, II, 10128, rapp. Sargos ; *Dalloz* 1999, 1, concl. Burgelin ; *Revue trimestrielle de droit civil.* 1999, 182, obs. Normand y 193, obs. Perrot.

²⁰ CPR, 1.1. : “(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*”.



Principi fondamentali dei processi giurisdizionali que comportan un artículo 0.8 titulado *Efficienza del processo civile* ²¹.

4. La administración de justicia debe conciliarse por tanto de manera permanente con la preocupación de eficacia y de equidad. La promoción del principio de eficiencia como principio de acción pública debe combinarse con los principios del juicio justo. Toda reforma del procedimiento civil, y más ampliamente, todo elección procesal, no pueden hoy ser concebidas como el resultado de un arbitraje constante, y necesario, entre un principio de eficiencia y un principio de equidad²². Es solo equilibrando estos dos principios que puede medirse la calidad de un proceso, y por tanto de la justicia. Un proceso de calidad es un proceso conforme a la vez a los principios de equidad y de eficacia. Tal desafío desborda además las fronteras de Europa como lo muestran los principios de procedimiento civil transnacional de UNIDROIT, cuyo artículo 11.2 enuncia el principio según el que « *les parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et raisonnablement rapide* »²³ (« las partes comparten con el tribunal la carga de favorecer una solución del litigio equitativo, eficaz y razonablemente rápida »).

Esta disposición es remarcable, no solo por la referencia conjunta que hace a la equidad y a la eficacia, en este orden, sino también por la comunidad que crea entre las partes y el juez, evitando así una definición por categorías de la calidad de la justicia, lo que responde a la cooperación leal y eficaz de las partes y del juez, definidas en Francia por los artículos 1 a 13 del nuevo Código de procedimiento civil en el capítulo sobre los principios directores del proceso²⁴. Es igualmente en base a esta cooperación de los actores del proceso que el legislador inglés a

²¹ A. Proto Pisani, "Per un nuovo codice di procedura civile", *Il Foro Italiano*, gennaio 2009, V, 1 : « E assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entre un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi ».

²² Ver not. G. Canivet, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 243 sq ; « Economie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, 1, 361. – Ver también L. Cadiet, « Efficience versus Equité ? » in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25-46.

²³ ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press y Unidroit, 2006.

²⁴ Ver L. Cadiet et E. Jeuland *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2013, n° 676 sq.



organizado la reforma de 1998 tras el informe de Lord Woolf²⁵. Este equilibrio se sitúa en continuidad directa de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que admite que el derecho a un juicio justo, incluyendo el derecho a un tribunal, puede dar lugar a limitaciones, variables en el tiempo y en el espacio, en función de los recursos de las comunidades y de los individuos²⁶, y partiendo de que la gran regla, como es habitual, es la de la proporcionalidad entre los fines y los medios. Es también en la Europa de los derechos humanos que se constituyó la Comisión europea por la eficacia de la justicia (CEPEJ), cuya misión es definida claramente por la Resolución que la instituye: « *améliorer l'efficacité et le fonctionnement du système judiciaire des Etats membres, afin d'assurer que toute personne relevant de leur juridiction puisse faire valoir ses droits de manière effective, renforçant ainsi la confiance des citoyens dans la justice et permettre de mieux mettre en œuvre les instruments juridiques internationaux du Conseil de l'Europe relatifs à l'efficacité et à l'équité de la justice* »²⁷ (« mejorar la eficacia y el funcionamiento del sistema judicial de los Estados miembros, para asegurar que toda persona que dependa de su jurisdicción pueda hacer valer sus derechos de manera efectiva, reforzando así la confianza de los ciudadanos en la justicia y permitiendo conocer mejor los instrumentos jurídicos internacionales del Consejo de Europa relativos a la eficacia y a la equidad de la Justicia »).

Es a la luz de estas consideraciones generales que debe abordarse la manera en que el Derecho francés ha intentado responder a los problemas creados por la importancia creciente de la demanda social de justicia²⁸. Esta respuesta ha necesitado modernizar tanto el sistema de

²⁵ Ver L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc. n° 516 sq. – Sobre el surgimiento de un modelo cooperativo del proceso, que trasciende la distinción entre el proceso acusatorio y el proceso inquisitorio, ver L. Cadiet, « Avenir des catégories, catégories de l'avenir: perspectives », in J. Walker & O. G. Chase (eds), *Common Law, Civil Law, the Future of categories*, Toronto, LexisNexis, 2010, pp. 635-655, spéc. pp. 649-651.

²⁶ Ver p. ej. CEDH 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, série A, n° 93, pp. 24-25, § 57, recordando los términos de la sentencia *Golder*.

²⁷ Consejo de Europa, Comité de ministros, *Résolution Res(2002)12 établissant la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)*, 18 de septiembre de 2002. Y el Tribunal de Estrasburgo no dude en hacer referencia a los trabajos de la CEPEJ para condenar a los Estados que juzga que el sistema judicial es poco respetuoso de las exigencias del juicio justo, concretamente en cuanto al respeto del plazo razonable para juzgar: ver p. ej. CEDH 29 de marzo de 2006, *Scordino / Italie*, req. n° 36813/97, considerandos n° 73 et 74.

²⁸ Ver L. Cadiet, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, Ecole nationale de la magistrature y Dalloz, pp. 13-35.



justicia como los procedimientos jurisdiccionales. Debe explicitarse, retrospectivamente, las vías utilizadas para ello.

II. – RETROSPECTIVA

5. Si tuviéramos tiempo, habría que profundizar en el pasado para intentar comprender como la institución judicial ha respondido, hasta ahora, a los problemas planteados por el aumento de contenciosos y la complejidad de algunos de ellos. El problema es difícil porque implica la articulación de varios niveles de respuesta que deben conducir a distinguir la justicia de primera instancia y la justicia de jurisdicciones superiores, ante las cuales se plantea el problema específico del filtraje de las vías de recurso²⁹, los aspectos de organización judicial y los aspectos de puro procedimiento, las respuestas de la legislación y las de la jurisprudencia, cada vez más intervencionista en materia procesal³⁰, sin olvidar las innovaciones, numerosas, de la misma práctica judicial, a través de los protocolos de procedimiento concluidos entre las jurisdicciones y las profesiones judiciales, especialmente los colegios de abogados³¹.

La modernización de la justicia es una cuestión profundamente arraigada en el paradigma francés del procedimiento civil. Sus orígenes remontan a 1958 y la creación de la Escuela Nacional de la Judicatura fue una parte importante de esta modernización, a la que también participan la reforma de la profesión de abogado en 1971 y la reforma procesal civil con la promulgación del Código de Procedimiento Civil en 1975. Desde entonces, el Código de Procedimiento Civil fue objeto de unos cincuenta decretos modificativos, más o menos

²⁹ Ver S. Amrani-Mekki et L. Cadiet (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005.

³⁰ Como lo muestra el reciente principio de concentración desde la primera demanda, en cuanto a los medios susceptibles de fundar la pretensión, reconocido por la jurisprudencia *Césaréo* : Cass. ass. plén., 7 jul. 2006 : *Bull. ass. plén.*, n° 8 ; y luego Cass. com., 20 febr. 2007 : *Bull. IV*, n° 49. Ver L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc. n° 734.

³¹ Ver L. Cadiet, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in P. Ancel y M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, pp. 34-55. Para una visión más general, ver L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris PUF, 2010, pp. 445-545, spéc. n° 47, *Pratique judiciaire*, b). Desde una perspectiva comparativa, ver M. G. Canella, « Gli accordi processuali francesi volti alla 'regolamentazione collettiva' del processo civile », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2010, pp. 549 sq.



importantes, y el período más reciente ha estado marcado por tres decretos particularmente notables, promulgados en 1998³², 2004³³, 2005³⁴, 2009³⁵, siguiendo propuestas formuladas por diversas comisiones instaladas por el ministerio de la justicia³⁶.

Tres fuertes tendencias emergen de esta evolución: una tendencia a la desjudicialización de los conflictos, una tendencia hacia la racionalización de los procedimientos y una tendencia a la reestructuración de la instancia. No voy a detallar aquí la tendencia a desjudicializar los conflictos sobre la que mucho a sido escrito³⁷. De estas tres tendencias identificadas, las más tónica y que merece retener la atención en primer lugar es, sin duda, la tendencia hacia la *racionalización del procedimiento* (A). La primera tendencia se ve reforzada por una segunda tendencia paralela, que es la *reestructuración de la instancia* (B).

A. - La racionalización del procedimiento

6. La racionalización del procedimiento ya estaba en marcha en el Código de Procedimiento Civil de 1975, y desde entonces no ha dejado de desarrollarse. La racionalización del procedimiento busca, por supuesto, sobre todo la simplificación de los actos del proceso en

³² D. n° 98-1231 de 28 de diciembre de 1998.

³³ D. n° 2004-836 de 20 de agosto de 2004.

³⁴ D. n° 2005-1678 de 28 de diciembre de 2005.

³⁵ Decreto n°2009-1524 de 9 de diciembre de 2009, relativo al procedimiento de apelación con representación obligatoria en materia civil, y, sobre esta reforma, L. Cadiet et D. Loriferne (dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, Paris, IRJS Editions, 2011.

³⁶ J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Paris, La documentation française, 1997. - J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, Paris, La documentation française, 2004 (dit Magendie I) ; *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Paris, La documentation française, 2008 (dit Magendie II). - S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La documentation française, 2008, sobre la organización del contencioso de primera instancia.

³⁷ L. Cadiet, « I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità », in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, A. Giuffrè editore, 2006, n° 4, pp. 1169-1194. Una versión revisada y corregida ha sido también publicada in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè editore, 2007, pp. 69-106. – L. Cadiet, « Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges », *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milan, Giuffrè ed., 2008, pp. 7-35.



sí mismos, especialmente sus formas, pero concierne de forma más significativa la flexibilización de las formas de proceder, es decir, las formas de proceso.

7. El legislador no ha dudado y no duda en *aligerar las formas de los actos del proceso*: citemos, por ejemplo, el recurso ante el juez por simple declaración ante el secretario; la notificación de los actos de procedimiento en forma ordinaria, es decir por simple carta postal ; las decisiones del juez por mención del dossier; la exposición, en la sentencia, de las pretensiones y los medios de las partes por simple referencia a las conclusiones de las partes con indicación de su fecha³⁸. El legislador utiliza incluso a veces las expresiones « *par tout moyen* »³⁹ (« por todo medio ») y « *sans forme* »⁴⁰ (« sin forma »).

Además, la estandarización de los actos del procedimiento, observable desde 1998, es muestra también de la simplificación del procedimiento⁴¹. De eso se ha tratado con la consagración de las escrituras calificativas y recapitulativas en primera y segunda instancia⁴²: *calificativas*, en el sentido de que deben contener el objeto de la demanda con una exposición de los medios de hecho y *de Derecho* en que se fundan las pretensiones⁴³; *recapitulativas*, en el sentido de que deben retomar las pretensiones y los medios presentados o invocados precedentemente, bajo pena de reputar esas pretensiones y medios como abandonados⁴⁴. Pues, esta técnica de recapitulación ha sido extendida a las observaciones de las partes al

³⁸ Art. 455, al. 1^{er} CPC, réd. D. n° 98-1231, 28 déc. 1998.

³⁹ Ver p. ej. art. 178, 267, 450, al. 3 CPC.

⁴⁰ Ver p. ej. art. 133, 139, 141, 168, 338-2, 704, 1051, 1052, 1061-1 CPC.

⁴¹ Ver por lo demás el informe Magendie II que evoca la "*structuration simplificatrice*" de las escrituras : « Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel » préc., p. 70.

⁴² Para poner término al « *principe de liberté formelle des écritures judiciaires* », llegado a su « *point de rupture* » a causa de la « *insécurité généralisée* » que engendra (dispersión de las demandas y de los medios, pudiendo llevar a olvidos de recapitulación de los abogados o a ausencias de respuesta de la jurisdicción) : J.-C. Magendie, « Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel » préc., pp. 64-72, spéc. p. 64-65 y 70.

⁴³ Ver art. 56, 2° ; 753, al. 1er et 954, al. 1er CPC.

⁴⁴ Ver art. 753, al. 2 et 954, al. 2 CPC. La exigencia ha sido mantenida en materia de peritaje: art. 276 CPC, réd. D. n° 2005-1678 de 28 de diciembre de 2005.



perito⁴⁵, así como a la reunión de las demandas antes la corte de apelación en la parte dispositiva de las conclusiones de las partes⁴⁶.

8. En cuanto a la *flexibilización de las formas del proceso*, consiste principalmente en una mejor economía del tiempo procesal. En vez del « *prêt à porter* » (« listo para usar ») procedimental tradicional, del molde procedimental único, que no permite responder finalmente a la diversidad de las situaciones litigiosas, lo ideal es la adaptación a medida (« *sur-mesure* ») jurisdiccional para que cada caso sea tratado a su ritmo y según su complejidad.

Por ejemplo, las situaciones de urgencia requieren decisiones inmediatas, por tanto debe desarrollarse el procedimiento « *de référé* » (sobre medidas provisionales) y lo procedimientos « *sur requête* » (en solicitud), mientras que los casos complejos necesitan más tiempo y atención en la instrucción preparatoria de los elementos del debate que los dossiers simples en los que, por ejemplo, la demanda no es realmente contestada. Estas múltiples situaciones de hecho justifican la institución de circuitos procedimentales de velocidad variable, que hacen intervenir o no a un magistrado especializado y presentan o no todas las garantías de un juicio justo. Se justifica así el recurso a los procedimientos de medidas cautelares, de pagar o de hacer, de una gran eficacia, articulados alrededor de la técnica de inversión del contencioso, que reposa en una presunción simple del buen fundamento de la demanda. Para darles una idea, 688 000 órdenes o mandamientos de pago fueron adoptadas en 2011 por los tribunales de instancia y de proximidad, que pronunciaron, en el mismo plazo, 580 000 sentencias, con solamente 4 % de oposiciones al orden de pago. Estas situaciones justifican también la organización de pasarelas múltiples permitiendo ir de un tipo de procedimiento a otro: pasarela del juez único a una formación colegial, pasarela del procedimiento « *de référé* » (sobre medidas provisionales) a un procedimiento sobre el fondo a día determinado, pasarela de un procedimiento *ex parte* a un procedimiento contradictorio. Estas diferentes pasarelas

⁴⁵ Ver art. 276, al. 3 CPC : « *Lorsqu'elles sont écrites, les dernières observations ou réclamations des parties doivent rappeler sommairement le contenu de celles qu'elles ont présentées antérieurement. A défaut, elles sont réputées abandonnées par les parties.* »

⁴⁶ Ver art. 954, al. 2 CPC : « *Les prétentions sont récapitulées sous forme de dispositif. La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif.* »



permiten ajustar de manera simple el procedimiento sin vuelta atrás, lo que permite ganar tiempo y dinero.

Esta tendencia, que era la aplicación de una política procesal deliberada desde los años 60, nunca ha sido desmentida. Las reformas posteriores a la elaboración del nuevo Código de procedimiento civil la han profundizado. La pasarela del procedimiento « *de référé* » (sobre medidas provisionales) a un procedimiento sobre el fondo a día determinado, ha sido generalizada en primera instancia y en apelación. El mandamiento de pago ha sido extendido en primera instancia al tribunal de gran instancia, que es la jurisdicción de derecho común, y al tribunal de los asuntos de seguridad social. Así también, se ha consagrado la práctica de depositar el dossier de defensa, lo que permite economizar la audiencia completa y la del pronunciamiento del juicio depositándolo en secretaría judicial en vez de en audiencia pública⁴⁷. La preocupación de apropiarse la realidad del contencioso ha conducido incluso a desarrollar las técnicas contractuales de gestión de la instancia, como lo muestran, además de la práctica que acabo de citar de depositar el dossier, la consagración de la retirada del asunto del registro de causas (« *le retrait du rôle* ») por mutuo acuerdo de las partes que buscan una solución amistosa, y sobre todo la consagración del contrato de procedimiento, con calendario de preparación ante el tribunal de gran instancia. Es importante recordar que este calendario, que se fia con acuerdo de los abogados, implica « *le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de clôture, celle des débats et (...) celle du prononcé de la décision* » (« el número previsible y la fecha de intercambio de conclusiones, la fecha de cierre, la de los debates y [...] la de pronunciamiento de la decisión ») (art. 764, al. 3-5 CPC). Tras las reformas realizadas en primera instancia en 1998, 2004 y 2005, es el procedimiento de apelación que ha sido ahora afectado en 2009 y 2010 por la dinámica contemporánea de racionalización, concebida aun más rigurosamente que en primera instancia⁴⁸.

⁴⁷ Ver L. Cadiet, « Les tendances contemporaines de la procédure civile française », préc.

⁴⁸ Ver not. Decreto n°2009-1524 de 9 de diciembre de 2009, citado.



La tendencia a la racionalización del procedimiento está por tanto bien avanzada, y debería progresar aun más. Esta tendencia ha sido reforzada por la tendencia a la reestructuración de la instancia.

B. – La reestructuración de la instancia

9. La tendencia paralela a la reestructuración de la instancia confirma la tendencia a la racionalización del procedimiento, con el refuerzo considerable de la fase de instrucción del caso entre las manos de un juez especializado cuyos poderes de administración y de jurisdicción no han cesado de aumentar desde 1975.

Esta reestructuración fue primero implementada ante el tribunal de gran instancia, gracias a la institución del juez “*de la mise en état*”, es decir el juez de la preparación del proceso.

Es significativo revelar que, desde 2005, el juez de preparación (« *mise en état* ») del tribunal de gran instancia tiene ahora el *poder de estatuar sobre el conjunto de las excepciones de procedimiento y de los incidentes susceptibles de poner fin a la instancia*, mientras que, al principio, solo tenía el poder de estatuar sobre las excepciones dilatorias y las irregularidades por vicio de forma (Art. 771, 1° *in limine* CPC). Esta extensión de sus poderes se ha acompañado de dos reglas complementarias que refuerzan la eficacia: por un lado, de la regla de *forclusión*, en base a la cual las partes no pueden presentar excepciones ni incidentes de procedimiento una vez que el juez de « *mise en état* » (preparación) ya no conoce del caso (Art. 771, 1° *in fine* CPC); por otro lado, la atribución de la autoridad de cosa juzgada a las decisiones del juez de preparación que estatúan sobre las excepciones de procedimiento y los incidentes susceptibles de dar fin a la instancia (Art. 775 CPC), estas decisiones pueden además ser objeto de una apelación inmediata ante la corte de apelación (Art. 776, 1° et 2° CPC).

El alcance de esta evolución es considerable ya que es susceptible de modificar la naturaleza de la jurisdicción de preparación (« *mise en état* »), llevándolo de un *modelo de instrucción cuasi integrada*, que es el modelo originario del Código de procedimiento civil de



1975, hacia un *modelo de instrucción autónoma*. El juez de preparación se convierte entonces en una jurisdicción plena de primera instancia, « *véritable gestionnaire de l'instruction civile* » (« auténtico gestor de la instrucción civil »), por retomar la expresión del profesor Perrot⁴⁹, lo que introduce una manera de cesura en el proceso civil⁵⁰. Se consagra así una especie de *principio de concentración procedimental* en la instancia, permitiendo disponer en el umbral de la instancia de los elementos necesarios para resolver el litigio, y zanjar en esta fase el conjunto del contencioso procedimental relativo a la competencia, a las nulidades, o a las otras cuestiones incidentales, para que la etapa posterior de la instancia se consagre íntegramente a la resolución de las cuestiones de fondo. Esta nueva perspectiva se legitima por la preocupación de asegurar a la vez la lealtad y la eficacia de los debates.

10. Pero no basta con forjar principios o consagrar reglas, es necesario asegurarse de su aplicación en la realidad judicial. Un código, independientemente de su esplendor, depende de los que deben aplicarlo en función de los medios materiales de los que disponen. Y en ese sentido, debe lamentarse que los medios no estén a la altura de las exigencias de la ley procedimental. No es algo simple sustituir una auténtica preparación (« *mise en état* ») *intelectual* del dossier por una preparación simplemente administrativa, donde la falta de tiempo y de medios limita demasiado frecuentemente a los jueces de preparación, y la rutina se encarga del resto. De todos modos, a la luz de los dispositivos normativos, las respuestas de la ley francesa a los desafíos de la modernidad parecen globalmente satisfactorias vistos los medios disponibles. La institución judicial ha sabido reaccionar de manera más bien racional y eficaz a los desafíos planteados. Los magistrados franceses han afrontado el trabajo realizado cotidianamente en condiciones a menudo difíciles⁵¹. Para darles una idea de estos resultados,

⁴⁹ R. Perrot, *Procédures* 2006, Etude 3, n° 15.

⁵⁰ Ver S. Amrani-Mekki, E. Jeuland, Y.-M. Serinet et L. Cadiet, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? En cuanto al decreto 'procedimiento', *JCP* éd. G 2006, I, 146, pp. 1159-1166.

⁵¹ Por lo demás, los litigantes las juzgan menos severamente que se piensa si se toma en cuenta el último sondeo realizado por el Consejo superior de la magistratura. Según este estudio, 67 % de los franceses dan su confianza a la justicia, mientras que solo el 37 % de los magistrados piensan que los ciudadanos confían en ellos. Ver M. Le Pogam, « Des indications pour les magistrats et les chercheurs », *Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice*, n° 31, 2008-2009, p. 10.



en 2011, los magistrados han pronunciado 2 654 179 en materia civil⁵², tras una duración media de 7,1 meses ante los tribunales de gran instancia, 5,3 meses ante los tribunales de instancia, los tribunales de proximidad y los tribunales de comercio, con solo 6,6 % de apelaciones en cuanto a los tribunales de instancia, 12,3 % los tribunales de comercio, y 19,7 % los tribunales de gran instancia, la mayoría conduciendo a una decisión de confirmación. En suma, la actividad jurisdiccional parece, a la vista de las cifras, más bien satisfactoria⁵³, especialmente si se toma en consideración las 272 064 medidas provisionales y cautelares (« *ordonnances de référé* ») pronunciadas en un plazo medio de 2,1 meses.

Sin embargo, hay numerosos puntos oscuros por aclarar, como el *contencioso del trabajo*, desde la primera instancia hasta la Corte de casación, donde por efecto del sistema la duración de los procedimientos (11 meses) y los porcentajes de recursos (60,8 %) son los más importantes de la justicia francesa. Además, la duración media de los *procedimientos de apelación* se resiente, siendo demasiado larga para un segundo examen del caso ya que es de 11,2 meses en 2011⁵⁴.

Todo ello hace necesaria ir aun más lejos en la vía de modernización del sistema de justicia. Pero, ¿qué direcciones tomar?

III. – PROSPECTIVA

11. Dos direcciones pueden ser previstas desde un punto de vista prospectivo. Primero, la institución judicial debe ser considerada como un sistema *global* cuyos elementos son solidarios, trátense de aspectos de organización o de aspectos de procedimiento, de primera instancia o de instancias de recurso, de modos de resolución jurisdiccionales de controversias o

⁵² 1 580 586 decisiones en materia penal, a las cuales se debe añadir las 9 100 571 multas fijas.

⁵³ Fuente : *Annuaire statistique de la justice*, Ministère de la Justice, édition 2012.

⁵⁴ Además, la extensión de ciertos procedimientos no es un problema exclusivo del proceso civil. En materia penal, las oscilaciones normativas, las cuestiones de poder y la cultura de las estadísticas, más pronunciadas que en materia civil, no pueden dar a la justicia penal la legibilidad, la solidez y la estabilidad que debería tener. La cadena penal evoca demasiado el trabajo en cadena, y el culto de los porcentajes de respuesta penal (este porcentaje de respuesta asciende a 80,4 % en 2007, 85,4 % en 2008 y 87,7 % en 2009, 88,7 en 2011), lo que puede implicar hacer menos presente la necesidad de una respuesta penal de calidad, que no se mide por el lleno de las prisiones, sino por la reinserción de los condenados.



de otro tipo de modalidades, de solución amistosa. Debe someterse la justicia a un análisis de tipo sistémico que permita una mejora de conjunto de la administración judicial. De todos modos, este análisis no debe conducir a una lectura *unitaria* de la institución judicial. La justicia, al contrario, debe ser concebida como un sistema plural. La mejora de la administración del sistema de justicia (A) es pareja a la diversificación de las respuestas de los sistemas de justicia (B).

A. - La mejora de la administración del sistema de justicia

12. Desde un punto de vista prospectivo, es necesario que la institución judicial sea pensada, más que como una universalidad de hecho yuxtaponiendo, apilando jurisdicciones autónomas las unas de las otras, como un sistema global. En la institución judicial, todos los elementos se solapan entre sí, de modo que actuar sobre un elemento puede afectar a otras partes del sistema. En este sistema global, el *proceso administrativo* de toma de decisiones debe tenerse en cuenta en su totalidad y en su complejidad, más allá de los *procedimientos jurisdiccionales* implementados sólo en los casos en que los jueces son solicitados⁵⁵. Este análisis sistémico debe ser central para la definición e implementación de políticas públicas de justicia, a nivel nacional o local, con lo que ello implica para las decisiones de políticas públicas, de orientación estratégica, estudios de impacto, experimentación de las reformas y evaluación de los resultados.

La cuestión de la evaluación de la calidad de la justicia se convierte así, especialmente, en un componente importante de la modernización del sistema de justicia⁵⁶, y no sólo en

⁵⁵ Sobre este punto ver not. L. Cadiet, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », in E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges* préc., pp. 111 sq. - C. Atias, V° « Justiciabilité », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, quien ve en esta distinción « *l'un des grands défis de notre temps* » (« uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo »).

⁵⁶ Voir not. L. Cadiet, « La qualité de la norme juridictionnelle », in J. Pini, M. Fatin-Rouge Stéfani et L. Gay, *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 233-259. - J.-P. Jean, V° « Evaluation et qualité », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc. - H. Pauliat, « L'administration de la justice et la qualité des décisions de justice », in CEPEJ, *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ n° 4, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, pp. 122-138. - Y, para una visión más profundizada, M.-L. Cavrois, H. Dalle y J.-P. Jean (dir.), *La*



Francia como lo muestra la existencia y la actividad de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia⁵⁷. Esta cuestión debe resolverse a fin de obtener el equilibrio ya mencionado, entre un principio de eficiencia, que lleva a valorizar indicadores *cuantitativos*, como, por ejemplo, el tiempo del juicio o de la tasa de recursos, y un principio de equidad, que promueve indicadores más *cualitativos*, como la información del justiciable, la motivación de la sentencia o el respeto de la contradicción. Los jueces miran con recelo esta evolución. Es cierto que los imperativos de gestión pueden legítimamente hacer temer a los magistrados de base evaluaciones a corto plazo, que impliquen un ataque a su independencia y una especie de profanación de sus funciones. Pero el « *management* » no conduce necesariamente a la autocracia. También puede ser concebido como un instrumento para la gobernanza democrática en todos los niveles de la institución judicial, favoreciendo la deliberación colectiva sobre los objetivos y las decisiones que deben tomarse, y la acción colectiva en el ámbito de la innovación organizativa o de intercambio de conocimientos en el marco, por ejemplo, de conferencias de consenso sobre las buenas prácticas judiciales. El trabajo en equipo está demasiado ausente en el poder judicial, especialmente en la sede de los jueces. En uno de sus informes⁵⁸, el Consejo Superior de la Judicatura denunció la concepción demasiado individualista, marco final de una cultura judicial tradicionalmente individualista, que parece ser una pista fundamental de la evolución de la institución judicial. Ahora se debe desarrollar el concepto de equipo jurisdiccional, « *optimiser les coopérations* » (« optimizar las cooperaciones ») de la misma manera que se habla de equipo médico o pedagógico.

qualité de la justice, Paris, La documentation française, 2002. - E. Breen (dir.), *Evaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, pp. 197 sq.

⁵⁷ CEPEJ, « Efficacité et qualité de la justice », *Rapport d'évaluation des systèmes judiciaires européens*, 25 de octubre de 2010. Ver también CEPEJ, *La qualité des décisions de justice*, préc., spéc. J.-P. Jean, « La qualité des décisions de justice au sens du Conseil de l'Europe », pp. 30 sq. Adde B. Frydman, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in CEPEJ, *op. cit.*, pp. 18 sq, spéc. pp. 25-29, spéc. pp. 24-25, que relaciona judiciosamente la concepción procedimental de la calidad del juicio con la aparición, en filosofía del Derecho, de las teorías de Jürgen Habermas sobre las éticas de la comunicación.

⁵⁸ Conseil supérieur de la magistrature, *Rapport annuel 2007*, pp. 108-109.



13. Pero la lógica de la evaluación pública del proceso jurisdiccional lleva más allá de una organización meramente interna de la jurisdicción.

Desde un *punto de vista general*, conduce a promover un modelo de administración de justicia en el que las cuestiones de asignación de recursos se separan de la cuestión del control de su utilización. Esta disociación entre la autoridad de asignación de los recursos y la autoridad de control de la calidad podría conducir a la creación que he sugerido de una agencia nacional de evaluación de la justicia, paralela pero relacionada con el Consejo Superior de la Judicatura⁵⁹. De todos modos, no es sólo a nivel nacional, que la lógica de la evaluación pública de la calidad de la justicia debe encontrar su expresión.

Desde una *perspectiva local*, también puede conducir a favorecer la gestión concertada de las jurisdicciones con sus socios locales, ya sean profesionales del derecho o colectividades territoriales. Como lo propuso acertadamente en Francia la Conferencia Nacional de Primeros Presidentes de Tribunales de Apelación, los tribunales deben ser « *incitées à mettre en œuvre dans leurs ressorts des dispositifs partenariaux destinés à dégager des indicateurs de qualité et à vérifier leur pertinence par l'expérimentation* »⁶⁰ (« incitados a aplicar en sus incumbencias los dispositivos de asociación destinados a dar indicadores de calidad y a verificar su pertinencia por medio de la experimentación »).

Esta tendencia a la contractualización de la justicia local ya está en marcha y probablemente sería aconsejable amplificarla. Ya se trate de contratos de seguridad locales para la lucha contra la delincuencia, de las casas de justicia y del derecho para garantizar una justicia de proximidad, de la asistencia para acceder al Derecho o del establecimiento de la comunicación electrónica de las actas del juicio, todos estos logros parten de la misma lógica de concertación en el nivel local del sistema de justicia. Pero si la institución judicial tiene los rasgos característicos de un sistema, no debe ser considerada como un sistema unitario, uniforme y unívoco.

⁵⁹ Ver, en este sentido, las proposiciones de la Comisión « Gouvernance de la justice » del *Club des juristes* : L. Cadiet (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, Paris, 2012.

⁶⁰ Conférence nationale des Premiers présidents de cour d'appel, « Délibération du 6 juin 2008 : Gestion et indépendance au service de la qualité de la justice », *Gazette du Palais* 11-12 juin 2008, p. 36.



B. - La diversificación de las respuestas del sistema de justicia

14. Al contrario, este sistema debe concebirse como un sistema de justicia plural que ofrece respuestas diversificadas a la demanda social de justicia. Además, el plural es susceptible de adoptar un doble sentido según que nos situemos fuera o dentro de la institución judicial.

15. Desde un punto de vista *externo*, el pluralismo del sistema de justicia debe conducir a combinar las diferentes modalidades de resolución de controversias, las jurisdiccionales y las amistosas, las judiciales y las extrajudiciales, los polos de competencia jurisdiccional especializados y los escalones jurisdiccionales de proximidad generalistas, ofreciendo a cada tipo de conflicto o a cada conflicto el tipo de resolución que le conviene. Es tarea de la ley facilitar el paso de un modo a otro cuando cada uno de ellos presenta garantías equivalentes de buena justicia⁶¹. El desarrollo contemporáneo de las modalidades alternativas de resolución de conflictos participa en la promoción de este pluralismo del sistema de justicia. Puede incluso ser concebido como un instrumento del mismo « *management* » judicial⁶². La reforma inglesa de 1998 ha llevado muy lejos esta concepción, permitiendo al juez sancionar financieramente a las partes que no hicieran lo posible para encontrar una solución amistosa a su litigio. Esta concepción no es aun la del Derecho francés, que prefiere un método más benevolente, concretamente con la extensión realizada en 1988 del sistema de ayuda jurisdiccional a la solución transaccional⁶³ o también, el reciente beneficio de una economía procedimental para las partes que recurren a una convención participativa de procedimiento⁶⁴. Debe seguirse en esta vía ya que los modos alternativos de resolución de controversias no

⁶¹ Ver concretamente, sobre los modos alternativos de resolución de controversias, L. Cadet, . « *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits* », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt y H. Ruiz-Fabri, *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89-109.

⁶² Ver L. Cadet, « *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure* », *Revue française d'administration publique* 2008, pp. 134-150.

⁶³ Art. 10 et 39, Ley n° 91-647 de 10 de junio de 1991 relativa a la asistencia jurídica, completados por el art. 8-1 y 48 de Decreto n° 91-1266 de 19 de diciembre de 1991 que aplica la ley n° 91-647 du 10 juillet 1991 relativa a la asistencia jurídica.

⁶⁴ Art. 2062 à 2068 C. civ, spéc. art. 2066, al. 2, compl. art. 1542-1568 CPC.



deben ser limitados a una cantidad escasa. En 2011, los 1832 conciliadores de justicia han sido solicitados en 130 863 demandas permitiendo una conciliación en 55,1 % de los casos⁶⁵. Este porcentaje es muy apreciable y debería aumentar en los próximos años gracias a las medidas recientes que favorecen la resolución amistosa de los litigios⁶⁶.

16. Pero el pluralismo del sistema judicial no se limita a esto ; tiene también una significación que podría ser calificada de *interna*. La distinción sobre la que reposa hoy la justicia civil de primera instancia entre las jurisdicciones *de derecho común*, ante las cuales el procedimiento es escrito, y las jurisdicciones *especializadas*, ante las cuales el procedimiento es oral, parece desfasada. Esa distinción es una herencia del Antiguo régimen, que debe ser replanteada en función, ante todas las jurisdicciones, de una distinción fundada sobre la necesidad o no de proceder, en función del grado de complejidad del caso, a una preparación (« *mise en état* ») del caso confiada a un juez nombrado para ello, como el juez de la preparación (« *mise en état* ») ante el tribunal de gran instancia. Esta distinción debe aplicarse a todas las jurisdicciones. Eso es lo que empezó a pasar con un Decreto del 1^{ro} de Octubre 2010 que ha reformado el procedimiento oral e implementado una forma de “*mise en état*”, de preparación del proceso, ante el tribunal de instancia y el tribunal de comercio, que le parece un poquito a este tipo de preparación ante el tribunal de gran instancia⁶⁷. Otra manifestación de esta evolución, ante el tribunal de comercio, es el cambio de denominación del juez ponente que se llama ahora el juez encargado de preparar el proceso (“*juge chargé d’instruire l’affaire*”).

En los asuntos más simples donde la solución es clara, la simplificación del procedimiento debería incluso conducir a una inversión general del contencioso en el marco de los procedimientos de mandato de pago o de hacer (« *injonction de payer ou de faire* »), ya que estos procedimientos han sido extendidos a todos los tribunales de primera instancia, incluido el tribunal de gran instancia, salvo el tribunal del trabajo. El legislador de la Unión europea ha

⁶⁵ Fuente : *Annuaire statistique de la justice*, Ministère de la Justice, edición 2012.

⁶⁶ Además de la creación de un nuevo procedimiento de resolución amistosa de los litigios : el procedimiento participativo de negociación asistida por abogado, ver el desarrollo de la conciliación judicial con la generalización a todas las jurisdicciones de la delegación posible por el juez del poder de conciliar, al conciliador de justicia, y el reforzamiento de los procesos de mediación, tanto en la mediación judicial incidente como en la mediación familiar.

⁶⁷ Art. 446-1 à 446-4 CPC, réd. Décret n°2010-1165 du 1er octobre 2010.



consagrado también esta posibilidad en los litigios transfronterizos sobre deudas pecuniarias no contestadas⁶⁸.

Estamos entonces en presencia de un cambio de paradigma procedimental, ya que el soporte escrito, tradicionalmente concebido como el soporte privilegiado de la complejidad, se convertiría así en el soporte privilegiado de la simplicidad procedimental, mientras que la oralidad se ha convertido estos últimos años en una fuente de inseguridad procedimental, bien identificada⁶⁹, y que necesita otra reforma fuerte y vigorosa.

Esta diversificación de los circuitos procedimentales ya está inscrita en el código de procedimiento civil desde 1975. La reforma inglesa de 1998 la ha adoptado también, distinguiendo *small claims*, *fast tracks* y *multi-tracks*. Esta distinción hace eco a la que se hizo en el código francés de procedimiento civil, ante el tribunal de gran instancia, entre los circuitos en uso corto, medio y largo. De cierta manera, el *case management* anglo-americano ya estaba contenido en la preparación (« *mise en état* ») francesa⁷⁰. Probablemente, habría que ir más allá en cuanto a la diversidad y a la flexibilidad, que son una buena respuesta a los desafíos contemporáneos. Estos desafíos son una invitación a abandonar una concepción *estática* del proceso, que reposa sobre una división rígida del trabajo entre el juez y las partes, determinada por la *ley*, para ir hacia una concepción *dinámica*, que supone al contrario una cooperación permanente del juez y las partes y reposa en la medida de lo necesario en el recurso al *contrato* como herramienta de gestión del procedimiento. Esta tendencia contemporánea que hace de la contractualización del proceso un eje de evolución fuerte será necesariamente reforzada en el futuro, a causa concretamente de la desmaterialización de los procedimientos⁷¹, que se basa en la conclusión de convenciones entre la institución judicial y las profesiones judiciales, a propósito de la que se debe observar por otro lado que replantea la distinción de lo oral y lo

⁶⁸ Reglamento n° 1896/2006 de 13 de diciembre de 2006.

⁶⁹ Ver S. Gaboriau et H. Pauliat (dir.), *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXIe siècle ?* Limoges, PULIM, 2011.

⁷⁰ Ver L. Cadiet, « *Case management* judiciaire et déformalisation de la procédure », citado.

⁷¹ Ver art. 748-1 à 748-7 CPC, réd. Decreto n°2005-1678 de 28 de diciembre de 2005.



escrito⁷². Esta desmaterialización va a conducir a una profundización de la homogeneización de los procedimientos y las estructuras de organización, que afecta tanto a la institución judicial como a sus colaboradores habituales, especialmente los colegios de abogados, en todos los niveles de la jerarquía jurisdiccional. Debe de todos modos estarse atentos a que la eficacia buscada por el desarrollo de las nuevas tecnologías no se obtenga en detrimento de las garantías de la buena justicia⁷³. El desafío sigue siendo el mismo, y la ecuación también.

IV.- CONCLUSIÓN

17. En definitiva, la única cuestión que se plantea en realidad es la siguiente: ¿qué ambición para la justicia y a qué coste socialmente aceptable? Esta última interrogación exige una respuesta simple: debe tenerse para la justicia una ambición máxima ya que la justicia es la condición de la armonía social.

Esto se aplica ciertamente a la justicia *substancial*, que debe expresarse a través de leyes bien hechas, que eviten los conflictos en vez de provocarlos, pero vale también, una vez que el conflicto ha surgido o que el litigio ha nacido, por retomar la terminología exacta del código de procedimiento civil, para la justicia *institucional*. Juzgar bien formar parte de la buena convivencia. La lección del filósofo Paul Ricoeur debe ser meditada: el juicio no es solo una decisión que otorga derechos, y que fija las posiciones de las partes dando a cada uno lo suyo, *suum cuique tribuere*; más allá de esta función *técnica*, que se corresponde con la finalidad inmediata del procedimiento, el acto de juzgar desempeña también una función *ética*, que es su finalidad amplia o a largo plazo, es decir, contribuir a la paz social por medio de la reconstitución de la relación rota por causa del litigio, haciendo que se reconozca por todos la contribución que cada uno desempeña en la misma sociedad común, en virtud de lo que se presume que el que gana y el que pierde el proceso obtienen cada uno una parte justa en este

⁷² Ver not. S. Amrani Mekki, « El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil », in F. Carpi, M. Ortells Ramos (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Univeristàt de Valencia, 2008, pp. 93 sq.

⁷³ Ver S. Grayot, « Le droit à un procès équitable à l'aune des nouvelles technologies » y L. Cadiet, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies », *Procédures* 2010, art. 1 à 8, spéc art. 2 et 8.



sistema de cooperación que es la sociedad⁷⁴. Sería paradójico sobredimensionar la importancia de las preocupaciones de gestión en el mismo momento en que el pensamiento económico, especialmente en los trabajos de Amartya Sen⁷⁵, deja atrás una concepción reduccionista de la economía y redescubre Adam Smith como autor de la *Théorie des sentiments moraux* (1759) antes que el de *La richesse des nations* (1776).

18. Sin duda, el coste de la justicia debe ser socialmente aceptable, pero en realidad es la presión fiscal global la que debe ser aceptable, y no de manera abstracta sino *in concreto*, en relación con un cierto número de decisiones políticas hechas para aplicar un proyecto de sociedad. La reducción de gastos públicos no es una finalidad en sí misma; es una elección política entre otras. Después, dentro de la cartera general, todo es asunto de arbitraje, de nuevo político, entre los diferentes componentes del presupuesto de la Nación.

De todos modos, este deseo máximo de una justicia ambiciosa que debe tener los medios necesarios para conducir eficazmente sus misiones, no es ni el deseo de una justicia dispendiosa ni invasora.

Está claro, en primer lugar, que los ahorros deben buscarse donde pueden encontrarse. Desde este punto de vista, aunque haya sido conducida de manera que haya sido objeto de legítimo debate, la reciente reforma francesa de la carta judicial, es decir, la implantación territorial de las jurisdicciones, era y sigue siendo una reforma necesaria. Lo mismo puede decirse de la reorganización de la organización jurisdiccional en primera instancia⁷⁶.

Pero el deseo de esta justicia ambiciosa no es en cambio el deseo de una justicia invasora, total o absoluta, que se ocupe de todo, trate de todo, porque recibiría la totalidad de las quejas de parte de la sociedad. La justicia no debe ofrecer argumentos a su instrumentalización motivada por la única preocupación de ganar tiempo, lo que debe conducir a reducir o evitar todo contencioso artificial, como el que puede nacer por cuestiones de competencia o irregularidades de procedimiento. El juez no debe tampoco ser concebido como

⁷⁴ P. Ricoeur, *Le Juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, pp. 185-192, spéc. p. 10 y pp. 191-192

⁷⁵ A. Sen, *Ethique et économie, et autres essais*, Paris, PUF, 2008.

⁷⁶ L. Cadiet, « Les tendances contemporaines de la procédure civile française », préc.



un primer recurso, sino como un último recurso, al que se acude únicamente cuando no hay otra manera de resolver el conflicto. Deben haberse agotado las vías del diálogo mutuo antes de solicitar la intervención de un tercero como el juez. Es un deber cívico y una responsabilidad social. Nuestra sociedad debe disminuir las causas de violencia social, amplificada estos últimos años, y debe encontrar en su seno, en sus calles, en sus cuerpos intermedios, en sus instituciones privadas o públicas, los procedimientos de mediación que permitan resolver amistosamente el conflicto y evitar así de acudir a la institución judicial⁷⁷. La reforma procesal debe por tanto inscribirse en una misión mucho más amplia de democratización de la regulación social.

⁷⁷ L. Cadiet, « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in P. Chevalier, Y. Desdevises y Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, Paris, La documentation française, 2003, pp. 255-265.



(Few) Lights and (many) shadows on the new process procedure introduced by the reform of the labor market in Italy for the appeal of layoffs

Simone Caponetti

PhD in Labor Law, Labor and Social Security

University of Rome "Tor Vergata"

Abstract: The paper analyses the procedural innovations introduced by the Law of 28th June 2012, n. 92 concerning the claim of layoffs. The author draws a descriptive overview of the new special ritual, accompanied by some critical reflections on the decision of the legislature that is at odds with the principles of simplification measures already introduced by Legislative Decree no. 150 of 2011. The view is even more complex and worrying if it is to be considered the point of view of the legal professionals, considered that the courts, having a lot of leeway on some points of the new rite, have created a real "jungle in the jurisprudence".

Keywords: The Italian Labor Trial; Rito Fornero; Claim of dismissal.

Summary: 1. Introduction 2. Problems concerning the type of ritual: similarities and differences with other procedures in force 3. The so-called "Rito Fornero" and the biphasic nature of the proceedings at first instance: the interlocutory 3.1 ... (continued) the stage of opposition in full knowledge 3.2 (continued) the complaint on appeal and the Supreme Court 4. Judicial practice, application problems, and "Guidelines" of the Courts: judicial conflicts and problems in the new proceedings' rite 5. Some concluding remarks.

1. Introduction

The Law n. 92 of the 28th June 2012, otherwise known as "*Riforma Fornero*", contains detailed and complex provisions regarding the new legislation of the labor market in Italy which



is based on a perspective of growth, mediated by a solution arbitrated by all the political forces, affecting the "incoming" and "out coming" flexibility of workers. Because of its nature of compromise, the law had a parliamentary process rather smooth and quick, compressed by the need to present to the European partners, by the end of June 2012, a series of measures of inclusive and dynamic remodeling of the labor market which should be able to contribute to the creation of employment, both in quality and quantity, but also to the social and economic growth and to a permanent reduction in the unemployment rate.

From the very beginning, the labor law doctrine has not expressed itself in praise of it, rather contesting method and substance. In particular, some commentators have argued that the *corpus* of the Riforma Fornero «is full of apparent contradictions that inevitably lead the impossibility of achieving the predetermined structural purposes in it¹.» It has been argued, in fact, that the innovative solutions proposed to renew the labor market, including those specifically related to flexibility in "out coming", are inspired to European models of management of the labor market which are not feasible in Italy, through the mechanism of the «irreversible fall of the real actual protection as the only exclusive sanction of the unfairness of the individual dismissal within the production unit or a company in excess of the limits provided for the employment as concerned by the article n. 18 of the Law 30th May 1970²». The issue of flexicurity is, now, often quoted in our country, with a particular focus - as much spasmodic as approximate - to the legendary reality of Northern Europe, exemplified in Denmark. But if the flexicurity has not been implemented in Italy before the financial crisis, with the favor of the economic, *a fortiori* it cannot be implemented now, since the total lack of the basis on which it should be built, that's to say, the freedom of employer to dismiss *versus* the guarantee of income and a new employment (with eventual prior training).

¹ S. MAGRINI, "Quer pasticciaccio brutto dell'art. 18", in Arg. Dir. Lav., 2012 3, 535; M. FEZZI – F. SCARPELLI, "Guida alla Riforma Fornero", M. FEZZI – F. SCARPELLI (a cura di), "I quaderni di Wikilabour", Milano, July 2012. These authors express feelings of concern and dissatisfaction on the text of the law.

² F. CARINCI – M. MISCIONE, "Presentazione, in Commentario alla riforma Fornero", F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), in Supplemento a Dir. Prat. Lav., 2012, 33, 7.



On these premises, one of the most important new features, expected from now long³, was about the moderation of real protection, which has been split in a series of penalties, divided between sanctions for reinstatement and sanctions for indemnification of various content, that can differ according to the violated rules and, in some cases, remitted at the discretion of the judge⁴. This feature was introduced in order to present to the European Union, the (exterior) image of a new regime for layoffs which should be inspired to a greater flexibility and certainty for the enterprise, in order to attract foreign investors as well.

As part of this important change lies a more specific one which is identified in paragraphs 47-69 to art. 1 of the Act n. 92 of 2012 concerning a new and articulated process *extra codicem*, and that could be defined as a "second level", which is in any case, not self-sufficient, in that, where the law has not dictated specific provisions it should be applied the rules of labor process, within the limits of their compatibility⁵.

2. Problems concerning the type of ritual: similarities and differences with other procedures in force

The doctrine of labor law has brought the new trial model within the category of special safeguards with non-trial detention⁶. In this sense, it has already been noted as the new

³ M. V. BALLESTRERO, *Declinazioni di Flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola in Lav. dir., La riforma del lavoro del governo "tecnico"*, 2012, 3-4, 445, which states that the first European guidelines on which to orient the Labor market Reform were already present in the European strategy launched in Essen in 1997 and updated in the so called "Lisbon Strategy" firstly and then later also in the "Paper Europe 2020" of 3rd March 2010.

⁴ In S. MAGRINI, *"Flessibilità in uscita e discrezionalità del giudice"*, report to the conference held at the Accademia dei Lincei on "The Reform of the Labour Market", Rome May 2nd - 3rd, 2013, typescript. The choice between reintegration sanctions and indemnity penalties would be remitted, in some of the most relevant hypothesis, to the (subjective) will of the judge.

⁵ This is the case, for example, of the determination of the competent court: the story of 2012 says nothing about it, having considered the general standards applicable as in art. 413 code of Civil Procedure. To this end see, D. DE FEO, *"La prima fase del rito speciale in materia di licenziamenti"*, in Arg. Dir. Lav., 2013, 1, 101.

⁶ See P. SORDI, *"L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase della tutela urgente"*, typescript, Relazione al Convegno di Roma del Consiglio Supremo della Magistratura on 30th October 2012. See also, although the list is not exhaustive: L. De ANGELIS, *"Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni"*, in I Working Paper del Centro Studi di diritto del lavoro Europeo "Massimo D'Antona" (WP C.S.D.L.E), n. 152, 2012; C. CONSOLO – D. RIZZARDO, *"Vere e presunte novità, sostanziali e processuali sui licenziamenti individuali"*, in Corr. Giur. 2012, 735; A. PALLADINI, *"Opposizioni e impugnazioni nel rito "Fornero" "*, Typescript Report at the conference about "La riforma del mercato del lavoro", Milan, 17th



procedural rite presents common characteristics compared to other special procedures already existing in the sorting, without, however, making it possible to trace it within one or the other, because of the peculiar elements that make «difficult its systematical and unitary collocation⁷». The main models of reference are represented, in particular, by:

- the process of repression of anti-union behavior in art. 28 of the Law of 20th May 1970 n. 300 (henceforth Statute of Labor, SoL);
- the application for interim measures of cognition governed by Articles 702 bis et seq. of the Code of Civil Procedure (henceforth Cod. Civ. Proc.); and
- the uniform application for interim relief referred to in Articles 669 bis et seq. of Cod. Civ. Proc.

But before we analyze the differences with these proceedings, it is appropriate to point out that the procedure in question seems to build on the previous work of a ministerial committee established by M.D. of November 8th, 2006 and presided over by magistrate Foglia⁸, who presented to the commission on 8th May 2007, an articulated proposal of reform of the whole labor process⁹. Like the draft proposed by Foglia, also the legislators in the year 2012

october 2012; P. CURZIO, “*Il nuovo rito per i licenziamenti*”, in WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona”, n. 158, 2012, 18 and L. CAVALLARO, “*Il processo del lavoro al tempo dei <<tecnici>>*”, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2013, 285.

⁷ M. CONGEDUTI, “*Natura bisafica del primo grado di giudizio nel “rito Fornero”: poteri istruttori del giudice e obbligo di astensione*”, in Lav. Giur., 2013, 2, 158 e ss; G. BENASSI, “*La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*”, in Lav. Giur., 2012, 8-9, 757; P. SORDI, “*L’ambito di applicazione del nuovo rito per l’impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase della tutela urgente*”, op. cit.

⁸ Without claiming to be exhaustive, on the Commission's draft of Foglia see comments of L. De ANGELIS, “*Rilievi critici al progetto Foglia di riforma del processo del lavoro*”, in WP C. S. D. L. E. “Massimo D’Antona”, n. 59, 2007 and A. VALLEBONA, “*Parola d’ordine: salvare il processo del lavoro*”, in Mass. Giur. Lav., 2007, 1-2, 5.

⁹ After the work of the Commission lead by Foglia, during the following Government, namely the fifteenth, the draft laws n. 106/XV/C (Cords and others); 595/XV/S (Ripamonti - Tibaldi), 1047/XV/S (Salvi, Treu and others), 1163/XV/S (Sacconi and others) were presented to the Parliament. All these bills were, properly, driven by the concern to ensure - without prejudice to the overall structure of the rite of the work and the regime of foreclosures that characterizes it - the speed and resolution of litigation regarding labor relations, according to a line followed for almost all regulatory actions in procedural matters. The procedures included therein would be applicable to the following disputes: layoffs, the legitimacy of the term applied to the contract, transfers pursuant to art. 2103 Civil Code and transfers pursuant art. 2112 Civil Code (while the Foglia’s project limited its applicability only to employment relationships subject to the rules provided for by art. 18 of Statute of Labor). They should have all precautionary nature and were designed as not subject to any preliminary conciliation procedure (then mandatory), and thought to be treated with priority over all other proceedings (except those related to precautions measures and to the repression of anti-union behavior as pursuant to art. 28 SoL.). For a full overview



apply a double-differentiation of procedural safeguard, separating the field of dispute regarding individual dismissals subjected to real protection from other issues pertaining to the employment tribunal, so attributing to these disputes a sort of "fast track", which, at least in the best of intentions, should result in a very short time for the resolution of disputes. It should be specified that, any way, there are significant differences between the so-called paper of "*Commissione Foglia*" and the law currently in force. The most important lies in the different sizes of the project of reform in 2007. The "*Commissione Foglia*" had, in fact, developed an overall project of reform, which covered also the security's and welfare's controversy. Instead, as already stated, the new rite merely introduces new procedural rules that are applicable only to disputes concerning dismissals within the provisions of art. 18 of SoL. Moreover, the Fornero's proposal, in opposition to the Foglia's draft, is not coordinated with the overall balance of the labor process, thus creating the opposite effect to that intended: the extension of procedural time and the delay for all other labor and welfare disputes¹⁰. Furthermore, the reform of 2012 has not provided anything concerning the application of coercive measures (in opposition to other projects or bills) in case of failure of the employer addressed to the reintegration of the sentence, thus leaving a serious and unreasonable gap in the existing legislature; the gap is even more serious because of the explicit exclusion of labor disputes from the general provisions contained in the art. 614 *bis* Cod. Civ. Proc. (About the implementation of the obligations "to do or not to do").

As far as the similarity to other existing procedures within the code of the Italian procedure, there is a clear affinity with the legal instrument provided for the suppression of anti-union conduct pursuant to art. 28 of SoL. The differences, however, are significant both in relation to the amplitude of the terms of handling and in regard to the formalities of the so called Fornero's procedure. Is not negligible the fact that while the opposition to the decree that closes the interlocutory proceedings pursuant to art. 28 SoL opens a process governed by the rules of labor procedures, the opposition against the decree issued according to what it's

see D. DALFINO, "*Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*", in *Giusto Proc.*, 2012, 3, 759, spec. 762.

¹⁰ This opinion is shared by G. BENASSI, "*La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuale*", in *Lav. Giur.*, 2012, 8-9, 749 et seq.



established by the Fornero's procedure is governed by a special ritual¹¹. The same structure - defined by some as biphasic - of the judgment in first instance which connects the two special rites earlier compared, differs from the Fornero's procedure regarding the interlocutory proceedings of cognition referred to in Articles 702 *bis* et seq. Cod. Civ. Proc.: also in this case, however, the similarities are relevant and concern mainly the approximation of the proceeding in the first phase and the emanation, in a very short time, of a decisional measure assuming the aspect of an ordinance¹².

A last model of reference taken into consideration by the legislature in 2012, is finally that of the uniform precautionary procedure laid down in Articles 669 *bis* et seq. Cod. Civ. Proc., especially as regards the demarcation of the investigatory powers of the court in the first phase and the discipline of the opposition¹³. Also in this case, it cannot be silenced a significant difference: the new proceeding introduced by Law no. 92 of 2012 ignores the existence of any *periculum in mora*, which remains alien to the new proceeding and therefore it should not be attached nor proved by the applicant.

3. The so-called "Rito Fornero" and the biphasic nature of the proceedings at first instance: the interlocutory

The article n. 1, paragraph 47 of the Law no. 92 of 2012, has introduced a first brief phase for litigations that began after the entry into force of the law, i.e. from 18th July 2012. According to the paragraph in question - concerning the restrictions to which the object of the

¹¹ The differences between proceedings under Article 28 of Statute of Labor and Fornero's ritual are in: A. PALLADINI, "Opposizioni e impugnazioni nel rito "Fornero"", Typewritten Report at the Conference "La riforma del mercato del lavoro", Milano, 17th October 2012; L. De ANGELIS, "Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni", in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", n. 152, 2012 and G. BENASSI, "La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali", in Lav. Giur., 2012, 8-9, 757.

¹² For further information on the interlocutory in art. 702 *bis* et seq. cod. civ. proc. please refer to M. CATALDI, "Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 *bis* ss. c.p.c. e d.lgs. 1.9.2011, n. 150", Torino, 2013. About the exclusion from this type of proceeding about labor disputes, see D. DALFINO, "Sull'inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro", in Foro It., 2009, 5, 392 and G. TEGLIA, "Brevi note sul nuovo processo del licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro", in Lav. Giur., 2012, 768.

¹³ M. CONGEDUTI, "Natura bifasica del primo grado di giudizio nel "rito Fornero": poteri istruttori del giudice e obbligo di astensione", op. cit., 164.



application is limited to appeals of dismissals falling within the scope of Article n. 18 of SoL.¹⁴ -, it is solely admitted that these cases can be dealt together with applications <based on identical constituting facts> - this hypothesis can be considered as purely theoretical¹⁵ - and any eventual <situation related to the qualification of labor contract>, in other words the subordinated nature of the subject itself, this aspect being a prerequisite for the application of Article n. 18 of SoL.

The new rite has four "levels of protection": two steps at first instance, an appeal court and a judgment of legitimacy.

The first phase, characterized by brevity involves, as will be better explained in the continuation of this paper, the execution of inquisitor acts that are "indispensable" in view of

¹⁴ A part from the dimensional limit established in art. 18 Statute of Labor, which is repeated here for proper memory and is determined in more than fifteen employees in each production unit or more than sixty employees nationwide, the ritual also encompasses other circumstances not directly related to this limit. This is the case of discriminatory dismissals, layoffs determined by an illegal reason, and dismissals imposed in violation of the standards of protection, or the dismissal so-called <really ineffective> because missing of a written communication. This means that the ritual will apply in all these circumstances regardless of the number of employees occupying the enterprise or production unit. Having the "Riforma Fornero" then applied to collective redundancies for staff reduction as provided by Articles 18 Statute of Labor and 6 of Law no. 604 of 1966, also in this case we can refer to special ritual. *Contra*, A. CIRIELLO – M. LISI, "Disciplina processuale", in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 284, according to which the Fornero's procedure would be inapplicable to collective redundancies, the latter having their source in a different law (Law no. 223 / 1991).

¹⁵ This opinion is shared by S. MAGRINI, "La risoluzione del rapporto di lavoro (Appunti per gli studenti del Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli)", Free University Press, 2012 and A. VALLEBONA, "La Riforma del lavoro 2012", 2012, Torino, e-book which states that the phrase <based on constituting identical facts> refers to circumstances really hard to imagine, since, for example, the demand for compensation for not patrimonial damages caused by dismissals with real protection presupposes that such damages are constituting facts, not identical, but rather ulterior. While if the damages of any type arising from a further fact in relation to dismissal, as in the case of abusive dismissal, is the illicit itself to be not identical. After all, it would be inadmissible a forced interpretation that adds the word "even" after the words "founded", expanding, moreover and widely to all the applications also based on the qualification of the report (for example, on precedent salary differences). On this point it should be noted that there are markedly divergent opinions: on the one hand, there are those who will object to the phrase as a <blank mass>, being difficult to conceive an application paradigmatically different from those intended for special rite, really founded exclusively on identical constituting facts and that does not involve further segments respect to the main application (this is what the authors mentioned above intended, but also D. DALFINO, in "L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. "Rito Fornero": questioni interpretative", in *Foro It.*, 2013, 1, 6, which states that the wording of paragraph 47 of Article. 1 of Law no. 92 of 2012 is quite clear and decisive in limiting the subject of the application.). Another reading admits that the case can also be extended to additional facts: in this perspective, one may admit the special Fornero's proceeding, including, for example, the demand for compensation or payment of salary differences, or even of the indemnities, resulting from the difference in quality of the relationship. This reconstruction is made clearly by M. DE CRISTOFORO and G. GIOIA, "Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata", in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2013, 1, 3.



the immediate assessment of the *fumus boni iuris*, or appearance of a good right, but not already of the *periculum in mora*, or imminent and irreparable prejudice of the delay in the protection afforded, which is, in this case, presumed by law according to the nature of the cause¹⁶. This means that there will be a cognition characterized by the interlocutory nature of the trial, certainly a simplified cognition, but not a precautionary measure, because it lacks both the provisional and anticipatory measure, and because, as stated above, it is not generally required the *periculum in mora*.

From the set of rules that regulate this early stage, it seems to be intended to assess - in a not formalized proceeding, i.e. devoid of foreclosures and forfeitures¹⁷ -, *sic et simpliciter*, the *fumus* of validity of the request that is, to allow an assessment of likelihood about the existence or not of dismissal's defects alleged by the complainant and not the full truth of the case.

Due these premises on the nature of the proceedings, from a pragmatic point of view, subject to the jurisdiction of the Court according to the jurisdiction of the work¹⁸, the special ritual begins with the filing of the appeal in the form required by art. n. 125 of the Code of Civil Procedure. Therefore, it must be indicated: 1) the judicial office, 2) the purpose, 3) the reason for the claim and 4) conclusions. The act, however, may be signed by the plaintiff or by his lawyer that, in the event, must provide his social security number, the e-mail address and fax number. Apparently, it is not considered necessary, according to article n. 414 of the Code of Civil Procedure, <the explanation of the facts and matters of law on which the request was made>, being sufficient a synthetic and overall exposure of the request and its reasons. Furthermore, because there is not an application of the requirements of art. 414 Cod. Civ. Proc.

¹⁶ D. DALFINO, "Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento" (in L. 28th June 2012), in *Giusto Proc. Civ.*, 2012, 3,759.

¹⁷ In fact, a cautious interpretation of the rule leads to the conclusion that this new rite does not contain the strict foreclosures typical of the process of the work, except as regards the type of application (appeal of the individual dismissal covered under the scope of Article 18). About this see, G. TEGLIA, "Brevi note sul nuovo processo per i licenziamenti introdotto dalla riforma del mercato del lavoro", in *Lav. Giur.*, 8-9, 2012, 763, spec.767. The same conclusion is drawn also by I. PAGNI, "L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e rapidità della tutela", in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2013, 1, 75.

¹⁸ Whose jurisdiction shall be determined by art. 413 CCP, for which the applicant will either sue in the courts of the judicial district where the employment relationship has arisen, or where the company was or its dependence, or where the production unit was at the moment in which the employee worked at the time of dismissal.



on the formulation of request and those of art. n. 416 Cod. Civ. Proc. on the appearance of the defendant in front of the Court, the parties are free to promote the preliminary motions throughout the proceedings.

The timing of this first phase shows the rationale behind the introduction of this new rite: the speed of the rite and at the same time its simplification. As to the first, it can be assumed that the entire procedure can be objectively marked by narrower timings than those set by the rite of the labor proceeding, which, in fact, are already reduced compared to the civil ceremony¹⁹. The second aspect - detectable especially in this first phase - is distinguished by the significant simplification of procedural rules²⁰.

Following the submission of the application, the court must fix, by decree, the hearing of the parties not later than forty days from the filing of the appeal²¹. The appeal and the decree must be served on the defendant, like in the "ordinary" labor trial. The deadline for the notification cannot be less than twenty-five days before the hearing²², but the defendant can present five days prior to the hearing of discussion in court²³. As for notifications, since the ordinary way is through the bailiff, the new rite provides for the possibility, in conjunction with the so-called telematic process, to be able to make use of certified electronic mail (from now on c.e.m.)²⁴. Another peculiar fact and corollary of the new system, there is the rule, although

¹⁹ The first phase, in terms of procedural rules, it is functional ascertaining the legality or otherwise of the dismissal. Nevertheless, the second paragraph of paragraph 49 of the art. n.1 of Fornero's Act - contrary to what happens in the common procedure according to article. 420 Code of Civil Procedure - does not foresee the hearing of the Parties or either references to previous art. 417 Code of Civil Procedure, on the establishment and personal defense of the parties, with the aim of making more flexible the new procedure based mostly on the investigatory powers of the judge. See C. ROMEO, *"Le controversie nella legge Fornero tra specialità e ambito di competenza"*, il Lav. Giur., 2013, 3, 221, spec. 231.

²⁰ This is the case of the presentation of the application with the contents of art. 125 cod. Civ. Proc. and not with those of art. 414 cod. Civ. proc.

²¹ In the "ordinary" rite of the labor trials, pursuant to art. 415, paragraph III, CCP., is sixty days.

²² As provided for in art. 415, paragraph V, CCP., the term in the "ordinary" proceeding is thirty days.

²³ In this case, the legislature pursuant to art. 416 CCP, with reference to the "ordinary" ritual procedure, establishes a deadline of ten days before the hearing.

²⁴ The possibility to notify via certified e-mail must necessarily combine with the general arrangement provided for by art. 149 bis of the Civil Procedure Code, as introduced by art. 4 of Decree Law December 29th, 2009, n. 193, converted into Law n. 24 of 22nd February 2010, laying down rules for the digitization of justice, requiring, on the one hand the observance of the procedure described herein, including the obligation to digital signature, and, on the other hand, the certainty of the existence of a c.e.m. of the recipient resulting from the public lists. P. COSMAI, - *"L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di*



organizational, that both parties must file the documentation, annexed to the Act of appearance in court, in duplicate, at the offices of Chancery²⁵.

Once the proceeding is started, the court after hearing the parties, may proceed as better and fit as possible according to the acts, requested by the parties or disposed *ex officio* pursuant art. n. 421 Cod. Civ. Proc. and shall, in accordance with paragraph 49, by order immediately enforceable, the rejection or acceptance of the request, omitting any formality not essential to be heard. Modeled on art. n. 28 of SoL., the order of the judge shall not be suspended either revoked until the definition in the first degree of the eventual opposition. In the event that the judgment in ordinary cognition is not established, the procedural logic of the process - which involves the opposition clause <against the order of acceptance or refusal> within a mandatory period - suggests that the decision is formed judged, whether the order has accepted or rejected the instances of the complainant²⁶. For this reason it is supposed that it should also be applied the general canon as in art. n. 112 in the Code of Civil Procedure, i.e. the obligation of the judge to express himself <on any question concerning the request and not beyond the limits of it>, while the judge should not express *ex officio* on <exceptions, that can be proposed only by parties>.

It should be said - concluding the analysis of this first phase - that the approximate nature of it does not mean, in itself, the use of emergency measures pursuant to art. 700 of the

riflessione, in Commentario alla riforma Fornero, F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), in Supplemento a Dir. Prat. Lav., 2012, 33, 22 – affirms that the latter hypothesis is very farfetched in the present case, having the recourse to be notified to a private party, not yet established through a prosecutor entered into the Register of Lawyers, and therefore obliged to have a c.e.m., matter of storage, control and update from the belonging *Consiglio dell’Ordine*.

²⁵ According to M. DE CRISTOFARO – G. GIOIA, in “*Il nuovo rito dei licenziamenti: l’anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*”, in C. CESTER (a cura di), “*I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*”, Padova, 2013, 377, there is not a purpose of the legislation which provides for the filing of documents with the Registrar, if not in the circumstance merely to make it easier the receiving of documents by the defendant. Moreover, the above mentioned authors detect that the same provision does not allow to reconnect preclusive consequence, not even for the purpose of the interlocutory phase. P. COSMAI punctuates that, even if adhered to, such a prediction is unable to achieve its end in the case of *litisconsortile* process. See “*L’impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione*”, as quoted above.

²⁶ A. VALLEBONA, “*La riforma del lavoro 2012*”, op. cit., 75, D. BORGHESI, “*I licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale, in Commentario alla riforma Fornero*”, F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), in Supplemento a Dir. Prat. Lav., 2012, 33, 14.



Cod. Civ. Proc.²⁷. The risk, in fact, that by the time required for the enactment of the measure, the right of the worker could suffer irreparable harm, continues to be very envisaged and this only will legitimize the use²⁸.

3.1 (continued) the stage of opposition in full knowledge

According to the provisions of paragraphs 51-57 of art. n. 1 of the Act reforming the labor market, it is possible to appeal against the order of acceptance or rejection, which was issued as a result of the interlocutory, thus opening a new trial phase characterized this time by a full knowledge. In this way, the losing party may appeal in opposition, within a period of thirty days from notification (or such communication, whichever is earlier) addressed to the tribunal that issued the opposite order²⁹. It opens thus a real second phase of judgment in appeal with

²⁷ About this see A. CIRIELLO – M. LISI, “*Disciplina processuale*”, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 281. In the jurisdictional practice see Tribunale di Bari’s order in October 17th, 2012, in *Foro it.*, 2013, 1, 673. The Court of Bari declared that the precautionary protection of urgency and the so called “rito Fornero” are not structurally incompatible. They believe instead that this incompatibility can be founded in the interpretative directives of the President of the employment section of the Court of Monza issued October 10, 2012. In addition, the Court of Bologna, by order of 25th October 2012, following to an action under Article. 700 of the CCP, fixed *ex officio* the hearing referred to in paragraph 48, Art. 1 of law no. 92 of 2012, with the consequent application of the relevant special ritual.

²⁸ The Court of Bari expressed an opposite point of view by order of the 17th October 2012, in <http://www.dplmodena.it/02-11-12TribBarLicL92-12.html>. According to this Judge the appeal pursuant to art. 700 of the CCP was dismissed because the introduction of the interlocutory while not excluding the abstract proposal of the application for interim measures, particularly for its quickness can consider the appeal as urgent only if there is a *periculum in mora*. This same opinion is expressed by D. DE FEO in “*La prima fase del rito speciale in materia di licenziamenti*”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, 106, according to whom, the issue of the relationship between the “Rito Fornero” and the urgent procedure pursuant to Art. 700 of the CCP, recalls the debate that followed the adoption of the law of 11th August 1973 no. 533, about the interference between the “new” labor process and procedures of urgency pursuant to art. 700 of the CCP. The result of a long debate was that the precautionary protection could also be operated to ensure the effects of a provisional decision concerning the litigation in work, while noting that the increased speed of the special ritual would have minimized the cases in which the time required to enforce the law in the ordinary way would cause imminent and irreparable harm. The problem is then that the practical reality was far from this.

²⁹ P. COSMAI, “*L’impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito, primi spunti di riflessione*”. He states that the opposition in question is also crucial to the successful party, especially in the case of reinstated worker, since according Article n. 2909 of Civil Code, only judgments (i.e. the measure that defines the judgment) and not also the orders (like the one issued pursuant to paragraph 49 of the first phase) have ability to pass final, between the parties, and the heirs and their dependents. In this way, in case of transfer or inheritance from the employers' side, the assessment contained in the not-opposed pronouncement, becomes subject to contestation by the new owner. About this refer to Cass. June 26, 2001, n. 8765, in *Rep. Foro It.*, 2001, 5185, 41 and Cass. December 2nd, 1996, n. 10756, in *Rep. Foro it.*, 1996, 5340, 44. *Contra* G. BENASSI, “*La riforma*



respect to the previous *decisum*, but also characterized by a fuller and more in-depth cognition in view of the court, this time expressed by the legislator, according to the provision contained in the art. n. 414 Cod. Civ. Proc. for the formulation of the application.

This second phase is characterized by the possibility for the sued to introduce counterclaims, if these are based on constituting facts that are identical to those forming the basis of the main application, or simply briefings of defense pursuant to and in accordance with the foreclosures in art. 416 Cod. Civ. Proc.. It should be noted, nevertheless, with reference to this latter issue that if (any) counterclaims are different with respect to the relief (*petitum*) sought by the opposition proceedings, the court shall provide for the separation of judgments.

The methods, then, are those of adversarial institution proper to the trials' rite about job issues; the court shall determine by decree the hearing not later than sixty days after the filing of the opposition and assigns to the opposite party a term of up to ten days before the hearing. The appeal, together with the order setting the hearing, shall be notified by the opponent, even through c.e.m., to the opposed at least thirty days prior to the date of the constitution (paragraph 52). The constitution of the opposite occurs, as required by paragraph 53, in the same form and with the same forfeitures provided for by art. n. 416 Code of Civil Procedure. In the case of third party proceedings, the court attains to the following articles of the Code of Civil Procedure: ex art. n. 102, paragraph 2 (*litisconsorte* necessary), art. n. 106 (call of the third party that considers the process as common) and art. n. 107 (call of a third party to whom the court considers the process as common). The court shall determine within the next sixty days, a new hearing and has to be notified to the third party, by the parties³⁰, the decree, the appeal and the briefing observing the terms referred to in paragraph 52. The setting up of

del mercato del lavoro: modifiche processuali", in Lav. Giur., 2012, 8-9, 749. The author believes that if it is possible to adopt, in the silence of the law and in analogy to the proceedings for interim measures of cognition, the provision in art. 702 *quarter* CCP., the order, unless it is proposed the opposition, should produce the effects of art. 2909 of Civil Code., i.e. acquire force of *res judicata* between the parties, their heirs and assigns.

³⁰ The notification to the third party must be made exceptionally by the other parties instead of the office, as it is prescribed in general labor litigation pursuant art. 420, last paragraph, CCP. According to M. DE CRISTOFARO – G. GIOIA, "Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata", in "I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012", op. cit., 377, this entrusting of the duty of notification to the parties <causes high probability of prejudices that can be sometimes irreversible> being the parties always accustomed to the fact that it's up to the office to undertake all endo-trial notifications (that's to say during the trial proceeding).



the proceeding for the third party is modeled in almost the same way, as those of the defendant.

At a first reading, the opposition phase introduces a judgment measured in an almost comparable way to the ritual of trial for job's litigation pursuant to art. 409 Cod. Civ. proc., with which the legislature seems to remind the parties and the court about what are the trial terms according the code (largely superseded by the practice³¹). There seems to be no other purpose than the one just quoted, since the timing intervals are equal to the "ordinary" ritual³².

As in the interlocutory phase, the judge <having heard the parts and omitting any formality which is not essential to the counterclaim, proceeds properly to eligible and relevant acts as required by the parties or *ex officio*>, as in art. n. 421 cod. Civ. Proc.

It is thus easy to identify that the difference between the two phases of the ritual lies in the type of instruction: while in the first phase, because of its interlocutory nature and brevity, must be performed only the acts exclusively for the necessary investigations, in the second phase, with opposition in full knowledge, only relevant and eligible investigations must be made. The investigations of the latter will therefore be performed within a wider range because the selective criterion passes from indispensability to eligibility and relevance³³. In this sense, the second phase can be rightly considered as a phase of extension and completion of the acquisition and formation of the proof which is not completely released from the first, but rather related to it. After the examination of the case, it is possible to proceed directly to the discussion or the judge can defer the discussion, giving the parties, if appropriate, an expiring date to deposit or submit defensive notes up to ten days before the hearing.

³¹ About this see E. BARRACO, "*Il rito speciale per le cause di licenziamento: il legislatore complica anche il profilo processuale*", in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 11, 894.

³² E. BARRACO, "*Il rito speciale per le cause di licenziamento: il legislatore complica anche il profilo processuale*", He states that these schedules operate a change *in melius* for the parties in the proceedings, given that the "ordinary" labor trial provides for a shorter time to prepare the defense, as pursuant to art. 415, paragraph 5, CCP, which provides that from the date of notification and the hearing to discuss there must be a period not less than thirty days, thus leaving the defendant only twenty days, instead of thirty days, in order to prepare its defenses.

³³ P. CURZIO, "*Il nuovo rito per i licenziamenti*", in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 158, 2012, 1, spec. pag. 25.



Appeal proceedings culminates in the issuance of a judgment, or by a decree which must contain the information required by art. n. 132 Code of Civil Procedure (Content of the judgment) and art. 118 in implementation of the cod. Civ. proc (The motivation of the judgment).

Also on this point, the legislature of 2012 dictates a peculiar rule: <the judgment, with the full explanation of reasons must be filed in the Chancery within ten days from the hearing of the discussion>. This formula is essentially different from the “ordinary” ritual of labor’s trial, as in this case <the judge – at the end of the discussion - formulates the judgment by reading the device and the exposure of the reasons of the decision, *de facto* and in law. The fact remains that, in cases of particular complexity of the dispute, the judge sets in the device a limited time which shall not exceed sixty days, for the filing of the judgment> (Article 429, paragraph 1, Code of Civil Procedure).

3.2 (continue) the complaint on appeal and the Supreme Court

Paragraphs 59 and 60 govern, however, the trial phase of the proceedings of complaint, essentially modeled on that of the proceedings at first instance (phase to full knowledge). It is a real second degree of judgment concerning the control of the decision at first instance, through a unique juridical instrument that is called generically “complaint”³⁴, which in reality is nothing more than an appeal and as such should be formulated³⁵. The meager legislative provision on

³⁴ See G. BENASSI, “*La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*”, in *Lav. Giur.*, 2012, 8-9, 757. Benassi states that the legislature has probably been influenced by the mechanism of appeals as outlined by the “Commissione Foglia”, according to which the order issued by the single judge at the end of trial actions was to appeal against the Board, in which the judge who issued the claimed judgment could not be part of. About the identities and differences of this special rite with that provided by the “Commissione Foglia” see the paragraph 2.

³⁵ S. MAGRINI, “*La risoluzione del rapporto di lavoro (Appunti per gli studenti del Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli)*”, Free University Press, 2012: the author believes that to use the word “complaint” to indicate the appeal «makes the legislature smarter». C. CONSOLO – D. RIZZARDO, “*Vere e presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*”, in *Corr. Giur.*, 2012, 6, 736: for these authors it’s just a mere and apparent «word game for needs of tribute to the semantic speed». M. DE CRISTOFORO – G. GIOIA, “*Il nuovo rito dei licenziamenti: l’anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*”, *op. cit.*, 377: these authors have defined this terminology as “inexplicable”. hanno definito <inspiegabile> l’operazione terminologica del legislatore del 2012. On the relationship between complaint and appeal, see N. RASCIO, “*Note sull’impiego del reclamo (in luogo dell’appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena*”, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 955.



the proposal of the request imposes the inescapable need to supplement the rules by taking the Code as model, or art. 434 cod. Civ. Proc., with its reference to Article 414 cod. Civ. Proc. and the new requirements of content and form introduced by the so called Development Decree (D.L. 22th June 2012, n. 83, converted into Law the 7th August 2012, n. 134³⁶). Thus, it will be necessary also for the claim, the oblige to state, under penalty of inadmissibility, the parts of the order that you intend to appeal and the changes that are required with respect to the ruling made by the court of first instance as well as the circumstances giving rise to the violation of the law and their relevance to the contested decision. The application of Art. n. 434 Cod. Civ. Proc., has as a consequence the subjugation of the litigation of the layoffs to the new "filtering" rules on appeal pursuant to art. 348 *bis*. Cod. Civ. Proc. (Inadmissibility of the appeal).

Nothing is said about the accidental appeal, which of course will be proposed at the time of the response of Appeal: in this case, however, the absence of any reference to the oblige of notification according to art. 436 Cod. Civ. Proc. (in the same period prescribed for filing the statement of defense) should lead to the exclusion of the conceivability of such an additional burden, since this one is not related to the conduct of the hearing³⁷.

During this stage it is not allowed, as indeed also in the "ordinary" Labor trials, to introduce new evidence or documents unless the Board decides that these are essential to the decision or the part proves that it was not possible to put forward those documents during the first instance for reasons not attributable to him/her³⁸, with implicit reference to art. 345 Cod. Civ. Proc.

As previously mentioned, the timing for notice-appearance-constitution of the case are the same as for the proceedings at first instance, referred to in paragraphs 51, 52 and 53 art. 1

³⁶ See L. VIOLA, *"L'appello motivato della legge 134/2012"*, in Civ. Proc. Rev, 2013, 1, 87 and R. CAPONI, *"La riforma dell'appello dopo la svolta delle commissioni parlamentari,"* in Judicium.it, 2012.

³⁷ See M. DE CRISTOFARO – G. GIOIA, *"Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata"*, in *"I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012"*, C. CESTER (a cura di), Padova, 2013, 377.

³⁸ This is set also by the art. 345 Code of Civil Procedure which regulates precisely the appeal in a civil ceremony. According to P. COSMAI, in *"L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito, primi spunti di riflessione"*, op. cit., 29, such a remedy against the first-instance judgment can be defined as original, as lexically improper, usually used for the opposition to the ordinances. Moreover, according to the same author, the complaint should not be brought to the Court of Appeal, but at the same Court in a panel, as it normally happens in the case of actions of species.



of Law no. 92/2012. Actually, this is nothing new since it was already in the "ordinary" rite for labor trials, operating in the second degree identical foreclosures and similar powers of the Board. After hearing the arguments, the same Court of Appeal may suspend the sentence claimed only if there are serious reasons³⁹. This is certainly not a novelty of little relevance as to the judgments containing orders for reinstatement, the effectiveness of which was not considered in the "ordinary" process of labor, likely to be suspended by the Court of Appeal through the infringement as in art. 431 Code of Civil Procedure.

This third phase ends with a judgment, complete with reasons, that must be filed in the Chancery within ten days from the hearing of discussion. According to paragraphs 61-63 of art. 1, the final judgment that defines the complaint is ordinarily to be appealed to the Supreme Court, according to precisely the rules of the appeals to the Supreme Court⁴⁰. Only two specificities must be punctuated for the degree of legitimacy. The first is the one that provides the oblige for the Supreme Court to set a hearing within six months from the filing of the appeal (paragraph 63, Art. 1 of law no. 92 of 2012): this precept is inspired by the need to accelerate the procedure, but which are still unrealistic, considering the time and the number of litigation in the courts. Secondly, it is confirmed that the inhibitory enforceability of the judgment of the second degree, according to the general principle of art. 373 Cod. Civ. Proc., has to be requested to the Court of Appeal, where however, the reference to paragraph 60 also appears to rely on the criterion laid down therein about the "serious reasons", certainly more subdued compared to the more restrictive requirement of serious and irreparable damage that is quoted in Article 373 Cod. Civ. Proc. and that both in the civil and labor litigation, is the "ordinary" condition for the inhibition of the judgments under appeal in Supreme Court.

³⁹ It's clear the similarity with the ordinary appeal of judgments, with a petition for suspension, abandoning that of the complaint under Article 669 *terdecies* CCP, despite the formal definition used by the legislature, where the assumptions of suspension are marginal and exceptional features as already highlighted. On this point, it must be specified also that the appeal subject to the reasons outlined in Article. 433, comma 2, cod. proc. civ. disappears.

⁴⁰ Any phase of legitimacy must be promoted - now also for the reasons set out in the new art. 30, paragraph 1, of Law no. 183 of 2010, under penalty of forfeiture - within sixty days from the notification of the judgment, or of the notification, whichever is earlier, or pursuant to art. 327 CCP.



4. Judicial practice, application problems, and "Guidelines" of the Courts: judicial conflicts and problems in the new proceedings' rite

Barely a year after the entry into force of the new rite, there have been clarifying interventions and interpretations of the Reform expressed by the courts about the scope and operation of the new trial procedure. As already foreseen by the doctrine, following the enactment of the "Riforma Fornero", the nodal points that have then generated conflicts are essentially three:

- the compulsory or optional nature of the new rite;
- the wrong choice of the rite and a possible conversion "in progress" of itself; and finally
- the problem related to the court called upon to decide during the phase of opposition, and specifically whether it can be identified in the same individual of the interlocutory.

As regards the first problem about the obligatory nature of the "new" rite, the doubts raised by the Labor Process doctrine have been expressed in the practice through different and contradictory interpretations of the Courts.

Indeed, in general, it's not the text of subsection 48 (the use of the present tense leaves no doubt <the request... proposes>), although clear, that may be noted as not mandatory, but rather it's the underlying rationale (*ratio*) and the function of the rite (the acceleration of judicial protection in view of the formation of a stable decision) that seem to argue in favor of not allowing the employee (or the employer, where it is apparent the interest of the latter to seek the assessment of legitimacy of the dismissal⁴¹), to opt for the rite in full knowledge ex art. 414 et seq Cod. Civ. Proc.⁴². This consideration is proved by a judgment of the Court of Monza

⁴¹ About the problem of interest on the part of the employer to choose to use the "Rito Fornero", see A. PICCININI, "Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento ex rito Fornero da parte del datore di lavoro", in Lav. Giur., 203, 4, 376. See also the order of the Court of Genoa on January 9, 2013 and the order in Reggio Calabria, 6 February 2013, both in Lav. Giur., 2013, 4, 367.

⁴² See the doctrinal opinion espressa by A. BOLLANI, "Il rito speciale in tema di licenziamento", in La nuova riforma del lavoro, M. MAGNANI – M. TIRABOSCHI (a cura di), Milano, 2012; F. P. LUISO, "La disciplina processuale speciale della legge n. 92/2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico", Report during a Conference at CSM 5966, "La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92", Roma 29-31 ottobre 2012, typescript; M. DE LUCA, "Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del



on 22nd October 2012⁴³ and the Court of Rome, by order of 28th November 2012⁴⁴, and in policy and organizational documents of the Courts of Rieti⁴⁵ and Venice⁴⁶, which consider in fact that the rite in question is not optional but mandatory; on the contrary, a different opinion is expressed by the Labor Section of the Court of Florence, which has released on 17th October 2012⁴⁷, a document, approved unanimously by the judges of labor, that with an unusual (in practice) praiseworthy way, has set out the interpretative <options that all the judges of the labor will use within the Court of Firenze>. The first step of the document states the right of the plaintiff to choose whether to challenge the dismissal with the new rite or with an ordinary appeal under Art. 414 Cod. Civ. Proc., if deemed more suitable to the client's. The Florentine judges move their conviction by the premise that it would be illogical to constrain the party to propose more causes, thus multiplying the trials. It is then called in support of the voluntary nature of the rite the jurisprudence of the Supreme Court, albeit with reference to another procedure, which could accept the ordinary appeal because of the charge of anti-union as stated in art. 28 of Sol⁴⁸.

Another matter concerning the one just summarized is related to the mistake in choosing the proceeding. The law makes no provision in this regard, revealing, even in this case, the guidelines of the law. The Court of Naples, by order dated October 26th, 2012 and the Court of Lecce, by order of 21st November 2012⁴⁹, appear to suggest that the judge - when found that

mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime", in Foro It., 2012, 5, 345, 2; L. De ANGELIS, "Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni", in I Working Paper at "Centro Studi di diritto del lavoro Europeo "Massimo D'Antona" (WP C.S.D.L.E)", n. 152, 2012 and P. CURZIO, "Il nuovo rito per i licenziamenti", in I Working Paper del Centro Studi di diritto del lavoro Europeo (WP C.S.D.L.E) "Massimo D'Antona", 2012, n. 158, 18. *Contra*, C. CONSOLO – D. RIZZARDI, "Vere e presunte novità, sostanziali e processuali sui licenziamenti individuali", in Corr. Giur. 2012, 735.

⁴³ The order can be read on the website: http://www.bollettinoadapt.it/site/home/bollettino-adapt/speciale/13-febbraio-2013-n-8.html?int=node/newsletter&ext=template/template_newsletter.

⁴⁴ In Riv. Ita. Dir. Lav., 2012, 2, 1115.

⁴⁵ In http://www.tribunale.rieti.giustizia.it/doc/modulistica/Prime_indicazioni_applicative_Rito_Fornero.pdf, which paragraph 2 states that <the new rite is mandatory and not optional>.

⁴⁶ Published in Riv. Ita. Dir. Lav., 2012, 2, 1115.

⁴⁷ The document can be read in Riv. Ita. Dir. Lav., 2012, II, 1110.

⁴⁸ See Cass. 26th January 1982, n. 515, in Foro It., 1982, 1, 1048 ; Cass. 8th September 1995, n. 9503, in Mass. Giur. Lav., with notes by CECHELLA; Cass. 3rd May 2003, n. 6723, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2003, 622.

⁴⁹ Both published in Mass. Jur. Lav., 2013, 1-2, 81, with note by A. VALLEBONA, "Domanda estranea al nuovo rito speciale per i licenziamenti: mutamento di rito e non improponibilità".



in the ordinary forms of art. 414 cod. Civ. Proc., a dismissal is challenged falling in art. 18 SoL. - shall, *ex officio*, govern the dispute according to the forms of special provision⁵⁰. It seems that this guide line has been adopted by most of the Italian courts. With one exception, in this case resulting from a policy document issued by the Court of Monza on 30th October 2012⁵¹. According to this judicial office in fact <the claim under Article 414 cod. Civ. Proc., about a dismissal with real protection, proposed after July 18th, 2012, is inadmissible>.

The error can also occur in the opposite manner, i.e. in the presentation *ex* article n. 1, paragraph 48 of the Law n. 92 of 2012 of an application containing questions that are outside the area of the particular proceeding. On this specific aspect the Court of Milan, by order of 15th October 2012⁵², stated that the claim is unthinkable because - and this is what interests us - in the interlocutory phase is not provided the possibility of obtaining a conversion of the proceeding. There is, also in this case, some jurisprudence opinions (endorsed by almost all of the doctrine⁵³) that interpret the norm in a different way, that's to say in favor of the possibility of conversion of the rite, even *ex officio*. This is the case with the guidelines of the Venice Court of 12th December 2012⁵⁴ where it is appropriately specified that - having realized the existence of the dimensional requirement for the application of Article 18 of Labor Statute -, it is possible to separate at the first hearing the summed up applications, changing the procedure and the date of hearing pursuant to art. 414 cod. Civ. Proc., continuing the special rite for the applications referred to in the new rite. The judge excludes the declaration of inadmissibility (that would terminate the process with pronouncement in ritual) being the vice corrected with the change of the same and re-establishing the "ordinary" labor trial *ex* art. 414 cod. Civ. Proc.. This solution, in my opinion, is to be preferred for two reasons: the first is that it is a way to

⁵⁰ About this issue see, A. VALLEBONA, "Domanda rientrante nel nuovo rito speciale per i licenziamenti proposta col rito del lavoro ordinario: trattazione con rito speciale", in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 1-2, 86.

⁵¹ The text can be read in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2012, 2, 1113.

⁵² As far as we know, it's not yet published, but this judgment was taken as example by A. BOTTINI, "Il nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti: obbligatorietà e selezione all'ingresso", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, 1104, spec. 1106.

⁵³ Without claiming to be exhaustive, please refer to the following list: A. VALLEBONA, "Nuovo rito per i licenziamenti: obbligatorietà e applicazione di ufficio", in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 1-2, 85 and S. MAGRINI, "Flessibilità in uscita e discrezionalità del giudice", Report at the Conference at Accademia dei Lincei about "La Riforma del Mercato del lavoro", Roma 2-3 may 2013, typescript.

⁵⁴ It is possible to read the guidelines of the Court of Vence in *Riv. Ita. Dir. Lav.*, 2012, 2, 1115.



prevent the forfeiture proceedings pursuant to art. n. 32 of law no. 183 of 2010; the second is strictly connected to the first one so that, in order to avoid such forfeiture, the lawyers would be forced (if only for the mere sake) to multiply the complaints, with deleterious effect on the courtrooms, because of the loads of work on judges and for the same *ratio* of special ritual⁵⁵.

An additional and important issue that has brought many problems in the courtrooms is related to the figure of the judge competent to hear the case in full knowledge and, specifically, whether it may be the same person of the interlocutory. This problem is particularly stressed in the Courts of smaller size in which a single judge, expert in labor issues, operates. Starting from the premise that in this circumstance the law did not comment about it, the operational model was left to the discretion of the judges. There is no denying that the grounds of the conflict arises from internal organization of the Court: the smaller it is, the lower it's the number of judging personnel and, of course, also the number of cases in the register; therefore the Court of reference will identify two judges⁵⁶; while conversely, the problem does not arise, or arises minimally, because in the case of large courts, both judges and controversies have high numbers⁵⁷.

5. Some concluding remarks

Wanting to draw conclusions on the so called "Rito Fornero", it has to be remarked firstly that it is appreciable, even if in principle, the considerable effort that the legislature

⁵⁵ This solution would be in line with what was stated by the Constitutional Court on 12th March 2007, n. 77, in Foro It., 2007 1, 1009, which imposed the *traslatio iudicii* even between different jurisdictions, so that it would be inconceivable to remove a judgment or an application for which it is competent the same court.

⁵⁶ This is the case of the Court of Rieti and Monza mentioned above. They do not feel to exclude a priori the possibility that the phase of opposition in full cognition has to be decided by the same judge who was involved in the first phase. On this point, in fact, in the Court of Rieti has determined that *<the judge of urgent step is not incompatible with that of opposition when it comes to decide>*. On the same wave length also, the Court of Piacenza on 12th November 2012, in Lav. Giur., 2013, 2, 158.

⁵⁷ For example, the Courts of Florence on 17th October 2012 and in Venice on 12th December 2012 already mentioned, agree to exclude that the opposition is being decided by the same judge who has taken steps in the interlocutory. In this sense, the Court of Bologna on 27th November 2012, in www.dplmodena.it, has pronounced an opinion about the appeal against a judge of the employment section under the ground that, since he had participated and emitted an order during the first phase of the trial, was not entitled to judge the next phase of opposition, otherwise he would have violated the Article. 51 CCP.



sought to accomplish, offering an alternative procedural and faster channel for disputes within the scope of the actual protection.

It does not seem, however, that the first impression can be considered entirely positive, indeed more shadows than lights emerge. Shadows are exacerbated by Tribunals enunciations which are often at opposite sides and have produced a real "jungle in the jurisprudence."

Furthermore, the doubling of the processes in the first instance and the lack of foreclosures in the interlocutory, have already resulted in an insecure time dilation assumed for the conclusion of trials and an increase in the rate of variance of judicial decisions. A dilation that is added to that which arises from substantial problems relating to rewriting the art. n. 18 of Labor Statute, that in the near future will enforce the doubts on the merit and the ritual itself⁵⁸.

In this sense, we should ask ourselves two questions: the first one is about whether it was necessary to introduce this new rite, considering the fact, which lays in the negative sense, that few month before the "*Riforma Fornero*", a new legislative instrument, the Legislative Decree no. 150⁵⁹ of September 1st, 2011, was launched and it aimed at the reduction and simplification of civil proceedings of cognition. Moreover, it fits into a frame that is not that of ordinary civil proceedings, but that of Labor trial, already considered a special and "fast" ritual, compared to ordinary civil proceedings.

The second question is about whether the growing jurisprudential uncertainty is beneficial or not for the acclaimed << prospect of growth >> to which it was entitled the whole Law n. 92 of 2012.

In a mere indicative way, in order not to frustrate the efforts of the legislature of 2012 and to make less heavy the four sets of proceedings⁶⁰, this new procedure should be perhaps

⁵⁸ See A. SALETTI – B. SASSANI, "*Commentario alla riforma del codice di procedura civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*", Torino, 2009.

⁵⁹ For a deeper reading see A. SALETTI – B. SASSANI, "*Commentario alla riforma del codice di procedura civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*", Torino, 2009.

⁶⁰ A. MARESCA, "*Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori*", in Riv. Ita. Dir. Lav., 2012, 420, spec. pag. 457. The author underlines that the load due to the four



accompanied by the reorganization of judicial offices – which is the result of mere political purposes for some commentators of the doctrine⁶¹ -, such as the increase in the number of judges, or that of human capital in support of the court, as happened in 1973 in the aftermath of reform that involved the Labor procedures. Failing that, it can't be denied that the introduction of a new rite was the easiest and less expensive answer in order to meet immediately the expectations of the audience, especially foreign⁶², but at the same time the tool that will block the courtrooms, slowing other disputes.

BIBLIOGRAPHY:

BALLESTRERO, M. V., *Declinazioni di Flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola in Lav. dir., La riforma del lavoro del governo "tecnico"*, 2012, 3-4, 445;

BARRACO, E., *"Il rito speciale per le cause di licenziamento: il legislatore complica anche il profilo processuale"*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 11, 894;

BENASSI, G., *"La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuale"*, in *Lav. Giur.*, 2012, 8-9, 749;

BOLLANI, A., *"Il rito speciale in tema di licenziamento"*, in *La nuova riforma del lavoro*, M. MAGNANI – M. TIRABOSCHI (a cura di), Milano, 2012;

BORGHESI, D., *"I licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale, in Commentario alla riforma Fornero"*, F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), in *Supplemento a Dir. Prat. Lav.*, 2012, 33, 14;

BOTTINI, A., *"Il nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti: obbligatorietà e selezione all'ingresso"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, 1104;

levels of courts is further burdened by the preventive procedure aimed at reconciliation in the case of dismissal for justified and objective reason.

⁶¹ R. CAPONI, *"La corsia preferenziale per alcune controversie di lavoro rallenta le altre in assenza delle adeguate risorse"*, in *Guida al dir.*, 2012, 18, 9.

⁶² *Ibidem.* R. CAPONI as above.



CAPONI, R., *“La riforma dell’appello dopo la svolta delle commissioni parlamentari,”* in *Judicium.it*, 2012;

CAPONI, R., *“La corsia preferenziale per alcune controversie di lavoro rallenta le altre in assenza delle adeguate risorse”*, in *Guida al dir.*, 2012, 18, 9;

CARINCI F. –MISCIONE M., *“Presentazione, in Commentario alla riforma Fornero”*, F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), in *Supplemento a Dir. Prat. Lav.*, 2012, 33, 7;

CATALDI, M., *“Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d.lgs. 1.9.2011, n. 150”*, Torino, 2013;

CAVALLARO, L., *“ Il processo del lavoro al tempo dei <<tecnicici>>”*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2013, 285;

CIRIELLO A. – LISI M., *“Disciplina processuale”*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 281;

CONGEDUTI, M., *“Natura bisafica del primo grado di giudizio nel “rito Fornero”: poteri istruttori del giudice e obbligo di astensione”*, in *Lav. Giur.*, 2013, 2, 158;

CONSOLO C. –RIZZARDO D., *“Vere e presunte novità, sostanziali e processuali sui licenziamenti individuali”*, in *Corr. Giur.* 2012, 735;

CONSOLO C. –RIZZARDO D., *“Vere e presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali”*, in *Corr. Giur.*, 2012, 6, 736;

COSMAI, P., *“L’impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione, in Commentario alla riforma Fornero”*, F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), in *Supplemento a Dir. Prat. Lav.*, 2012, 33, 22;

CURZIO, P. *“Il nuovo rito per i licenziamenti”*, in *WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona”*, n. 158, 2012, 18;

D. DALFINO, *“L’impugnativa del licenziamento secondo il c.d. “Rito Fornero”: questioni interpretative”*, in *Foro It.*, 2013, 1, 6;



DALFINO, D., *“Sull’inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro”*, in Foro It., 2009, 5, 392;

DALFINO, D., *“Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento”* (in L. 28th June 2012), in Giusto Proc. Civ., 2012, 3,759;

De ANGELIS, L., *“Rilievi critici al progetto Foglia di riforma del processo del lavoro”*, in WP C. S. D. L. E. “Massimo D’Antona”, n. 59, 2007;

De ANGELIS, L., *“Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni”*, in I Working Paper del Centro Studi di diritto del lavoro Europeo “Massimo D’Antona” (WP C.S.D.L.E), n. 152, 2012;

DE CRISTOFORO M. - GIOIA G., *“Il nuovo rito dei licenziamenti: l’anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata”*, in Le Nuove Leggi Civ. Comm., 2013, 1, 3 ed in C. CESTER (a cura di), *“I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012”*, Padova, 2013, 377;

DE FEO, D., *“La prima fase del rito speciale in materia di licenziamenti”*, in Arg. Dir. Lav., 2013, 1, 101;

DE LUCA, M., *“Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime”*, in Foro It., 2012, 5, 345, 2;

FEZZI M.– SCARPELLI F., *“Guida alla Riforma Fornero”*, M. FEZZI – F. SCARPELLI (a cura di), *“I quaderni di Wikilabour”*, Milano, July 2012;

G. BENASSI, *“La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali”*, in Lav. Giur., 2012, 8-9, 757;

LUISO, F. P., *“La disciplina processuale speciale della legge n. 92/2012 nell’ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico”*, Repor during a Conference at CSM 5966, *“La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92”*, Roma 29-31 ottobre 2012, typescript;



MAGRINI, S., *“Flessibilità in uscita e discrezionalità del giudice”*, report to the conference held at the Accademia dei Lincei on "The Reform of the Labour Market", Rome May 2nd - 3rd, 2013, typescript;

MAGRINI, S., *“Quer pasticciaccio brutto dell’art. 18”*, in Arg. Dir. Lav., 2012 3, 535;

MAGRINI, S., *“La risoluzione del rapporto di lavoro (Appunti per gli studenti del Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli)”*, Free University Press, 2012;

MARESCA, A., *“Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 statuto dei lavoratori”*, in Riv. Ita. Dir. Lav., 2012, 420;

PAGNI, I., *“L’evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e rapidità della tutela”*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2013, 1, 75;

PALLADINI, A., *“Opposizioni e impugnazioni nel rito “Fornero””*, Typewritten Report at the Conference *“La riforma del mercato del lavoro”*, Milano, 17th october 2012;

PICCININI, A., *“Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento ex rito Fornero da parte del datore di lavoro”*, in Lav. Giur., 203, 4, 376;

RASCIO, N., *“Note sull’impiego del reclamo (in luogo dell’appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena”*, in Riv. Dir. Proc., 2008, 955;

ROMEO, C., *“Le controversie nella legge Fornero tra specialità e ambito di competenza”*, il Lav. Giur., 2013, 3, 221;

SALETTI A. –SASSANI B., *“Commentario alla riforma del codice di procedura civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)”*, Torino, 2009;

SORDI, P., *“L’ambito di applicazione del nuovo rito per l’impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase della tutela urgente”*, typescript, Relazione al Convegno di Roma del Consiglio Supremo della Magistratura on 30th October 2012;

TEGLIA, G., *“Brevi note sul nuovo processo per i licenziamenti introdotto dalla riforma del mercato del lavoro”*, in Lav. Giur., 8-9, 2012, 763;



VALLEBONA, A., *“Domanda rientrante nel nuovo rito speciale per i licenziamenti proposta col rito del lavoro ordinario: trattazione con rito speciale”*, in Mass. Giur. Lav., 2013, 1-2, 86;

VALLEBONA, A., *“Parola d’ordine: salvare il processo del lavoro”*, in Mass. Giur. Lav., 2007, 1-2, 5;

VALLEBONA, A., *“La Riforma del lavoro 2012”*, 2012, Torino, e-book;

VALLEBONA, A., *“Nuovo rito per i licenziamenti: obligatorietà e applicazione di ufficio”*, in Mass. Giur. Lav., 2013, 1-2, 85;

VIOLA, L., *“L’appello motivato della legge 134/2012”*, in Civ. Proc. Rev, 2013, 1, 87;

JURISPRUDENCE:

Cass. 26th January 1982, n. 515, in Foro It., 1982, 1, 1048;

Cass. 3rd May 2003, n. 6723, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2003, 622;

Cass. 8th September 1995, n. 9503, in Mass. Giur. Lav., with notes by CECHELLA;

Cass. December 2nd, 1996, n. 10756, in Rep. Foro it., 1996, 5340, 44;

Cass. June 26, 2001, n. 8765, in Rep. Foro It., 2001, 5185, 41;

Court of Bologna on 27th November 2012, in www.dplmodena.it;

Court of Genoa on January 9, 2013, in Lav. Giur., 2013, 4, 367;

Court of Reggio Calabria, 6 February 2013, in Lav. Giur., 2013, 4, 367;

Court of Piacenza on 12th November 2012, in Lav. Giur., 2013, 2, 158;

Court of Bari on October 17th, 2012, in *Foro it.*, 2013, 1, 673;

Constitutional Court on 12th March 2007, n. 77, in Foro It., 2007 1, 1009;



Challenges to grant of injunction pending appeal in Nigeria – way out

Kunle Aina

Senior Lecturer at the University of Ibadan, Nigeria.

Abstract: This paper examined the conditions for the grant of Order of Injunction Pending Appeal by Nigerian Courts. The paper traced the origin of the Order from the English authorities, and the adoption into the Nigerian judicial system. The author examined the High Court of Lagos State Rules and the Federal High Court Rules to establish the procedural source of the application of the Injunction Pending Appeal by the Courts and concluded that the rules do not support the Order. The confusion by the Courts in associating the conditions for the grant of Interlocutory Injunction and Injunction Pending Appeal was critically examined. The proper and acceptable conditions for the grant of the Order as laid down recently by the Supreme Court and a call for liberal application of the conditions by the Court as well as a suggestion for a change in the nomenclature concludes the paper.

Keywords: Injunction. Appeal. Nigeria.

INTRODUCTION

A party who fought and won a matter in court is entitled to the fruits of his labour, the court will not therefore make it a practice to deny a successful party the fruits of his judgment¹, a successful party without any further requirement, may proceed to enforce the judgment of court using the procedure laid down in the Sheriffs and Civil Process Act². The law however allows for appeals against judgments of the lower courts, until the matter is finally settled at

¹ Vaswani Trading Co V Savalack & Co (1972) 1 All: N.L.R. (pt. 2) 483

² Cap.S6 LFN 2004



the Supreme Court, there is a constitutional right of appeal³ which can still be exercised by the unsuccessful party whether Plaintiff or Defendant. Even though there is a presumption that the trial court's decision is correct⁴, an appellant still has the opportunity to overturn the lower court's decision on appeal. The implication of this is that where execution has been carried out pursuant to the judgment of the lower court, the judgment of the Appeal Court would become a worthless victory, especially where there is a *res* or subject matter of the action which would have been permanently destroyed irretrievably. There is therefore a necessity for the Court of Appeal to protect not only the *res* but also to ensure that their judgment is not rendered nugatory upon being delivered. The court is therefore empowered to grant an order for stay of execution of the judgment pending the determination of an appeal lodged against the judgment. This is the way the court preserves the *res* and also protects its judgment from being rendered nugatory.

There are two main types of judgment, it is either the judgment is executory or declaratory⁵. However, only the executory judgment can be executed, and therefore could be stayed by order of stay of execution. Obaseki JSC⁶ pointed out that where the judgment is a declaratory judgment or where a court merely ruled that it has no jurisdiction⁷, there is nothing that can be enforced by any of the parties so that there is nothing to be executed and the court order of stay of execution is of no use in the circumstances⁸.

Contrary to above, the law in fact recognises a situation where a declaratory judgment is made by the court, and the dissatisfied party is entitled to also appeal against such declaratory order or any other type of order which requires no execution⁹. In the circumstances, the plaintiff may further appeal against refusal to grant a declaratory order by a lower court. Here,

³ See Sections 233 and 243 Constitution of the Federal Republic of Nigeria. 1999

⁴ *Otogbolu v Onwumena Okehuwa* (1981) 6-7 SC 99, *Agbonmagbe Bank Ltd v C.F.A.O.* (1966) All N.L.R. 140 at 143.

⁵ *Akunnina v Attorney – General of Anambra State* (1977) 5 S.C. 161 at 177.

⁶ *Government of Gongola state v Turkur* (1989) All N.L.R. 647.

⁷ *Government of Gongola State v Turkur* (1989) All N.L.R. 647 at p. 653

⁸ *Mobil Oil Ltd v Agadaigho* (1988) 2 NWLR 383 of 405-406.

⁹ Such as order striking out a matter for lack of jurisdiction, or other orders that requires no enforcement or cannot be executed.



the plaintiff cannot apply for an order for stay of execution as there is nothing to execute¹⁰. The Plaintiff may however find it necessary, in order to preserve the *res* and in the event that the appeal court finds in his favour, the appeal would not have become an exercise in futility, or foist upon the court a *fait accompli* situation may apply to the court for an order of injunction pending the outcome of the appeal.¹¹ In this paper we shall examine critically the nature and conditions for the grant of the order for injunction pending appeal, and recommend a more simpler and practicable conditions precedent for the grant of the order.

2. Historical and conceptual developments.

Historically, the order for injunction pending appeal is an order that is granted by court after the court has delivered judgment. The court lacks jurisdiction in fact it becomes *functus officio* once it has delivered its ruling or judgment in a matter and may not give any further directions on it. Turner L.J. in the case of *Galloway v The Mayor, the Commonality, Citizens of London*¹² observed thus,

I think that the plaintiff if he intended to appeal to the House of Lords, ought at the hearing to have asked the court so to frame its order to keep alive its jurisdiction pending the appeal. This is not having been done, we should be departing from what I understand to be the course and practice of the court if we were to grant the plaintiff the injunction he asks.

The point made in the Galloway case is that once a court has dismissed or refused a claim for injunction, the court no longer has power to entertain or grant the same claim

¹⁰ See the judgment of Nnaemeka – Agu JSC in *Government of Gongola State v Tukur* supra. Note 7. Page 657-658, *Shell Petroleum Development Company of Nig Ltd. v Amadi* (2011) sc 1501

¹¹ See the judgment of Idigbe JSC in *Chief Yeshua Popoola Oyeshile Shodeinde and others v Registered Board of Trustees of the Ahmadiya Movement- in- Islam* (1980) 1-2 SC 163, see also, *Okoya v Santili* (1966) 2 NWLR 172 at 221.

¹² 46 E.R. 560



(injunction) even in the interim. This may sound reasonable, but misconceived.¹³ McPhillips J.A.¹⁴ observed,

with great respect to all contrary opinion, even although the judgment has been taken out and entered, there remains the power to preserve the *res*- it is not in any way changing or altering the judgment, it is merely a preservative order from time immemorial exercised by the courts.

Cotton L. J. in the same vein observed that,

It (the court) does so (i.e. suspends pending an appeal, what it has declared to be the right of one of the litigant parties) on this ground that where there is an appeal about to be prosecuted the litigation is to be considered as not at an end, and that being so, if there is a reasonable ground of appeal, and if not making the order to stay the execution of the decree... would make the appeal nugatory... then it is the duty of the court to interfere and suspend the right of the party who, so far as the litigation has gone, has established his rights. That applies... just as much to the case where the action has been dismissed, as to the case where a decree has been made establishing the plaintiffs title¹⁵

¹³ See McPhillips, J.A. in the British Columbia Court of Appeal in his dissenting judgment *in Adler v Duke* (1932) D.L.R. 210

¹⁴ *Ibid*, p, 218

¹⁵ *Polani v Gray* (1879) 12Ch.D 438 at 446, cited with approval by Idigbe JSC in *Shodeinde v Ahmadiya*.



In *Orion Property Trust v Du Cane*¹⁶ the Court¹⁷ was of the view that on principle the court will intervene pending an appeal to restrain an act that might deprive an appellant of the results of the appeal, Pennyquick J has no problem in concluding that the court had jurisdiction to grant an injunction and in the circumstances of the case, he granted the injunction sought. This was the same position taken by Meggery J in the case of *Eringford Properties Ltd v Cheschire County Council*¹⁸.

The position of the law was clearly stated in Nigeria in the case of *Ogunremi v Dada*.¹⁹ In this case, Brett F.J and with which Taylor and Bairamian F.JJ concurred, observed as follows:

I hesitate to propound any general principle without a more complete review of the authorities and of the history of the jurisdiction, than we have had in this case, than we have had in this case, but the authorities appear to me at least to justify the proposition that a court of record whose judgments are subject to appeal has inherent power to stay the execution of any judgment against which an appeal has been brought, in order to render the right of appeal more effective. It is clearly not an appellate power, since it is possessed in England by the court from which an appeal lies as well as by those to which the appeal is brought.

The power of court to exercise such power originated as far back as the supreme Court of Judicature Act 1875²⁰ upon which Sir George Jessel M.R. relied when he held as noted in the case of *Wilson v. Church No (1)*²¹ that ‘when an action has become altogether dismissed by a Divisional Court, no order can be made under Rules of Court of 1875(Order 58 Rules 2 and 5) to stay proceedings pending an appeal, but the Court of Appeal will in a proper case, grant an injunction to restrain any of the parties parting with the property till the hearing of the appeal²².

¹⁶ (1962) 3 All E.R. 466

¹⁷ Per Pennyquick J.

¹⁸ (1974) Ch. 261. See also, *Wilson v Church* (1879) 11 Ch.D. 576, *Otto v Lindford* (1881) 18 Ch. D 394, the Nigerian case of *Ogunremi v Chief Dada* (1962) 1 ALL N.L.R. p. 670

¹⁹ supra

²⁰ Which amended the Supreme Court of Judicature Act of 1873 (R.S.C. 1875)

²¹ (1879) 11 Ch. D. 576

²² *Cropper v Smith* (1883) 24 C.D. 305



The point is to separate the issue of rehearing a matter after judgment when the court has become *functus officio*, and merely entertaining and granting an order to preserve the *res* or ensure that the appeal is not rendered nugatory. The jurisdiction to ensure that the court do not act in vain is preserved by law and in equity and like any other interlocutory application, may be made first to the lower court and if refused, the appellant may make the application to the appeal court. It is interlocutory because there is a pending appeal, and the order is conditioned upon the life of the appeal²³. The Court of Appeal in England aptly summarised all the authorities and stated thus, "...the effect of the principle is that the court of first instance has jurisdiction to make an order preserving the subject - matter of the action in the appeal, even though the action has wholly failed, such a principle plainly seems to be consonant with the undoubted jurisdiction of a judge who has made an order to grant a stay of execution of that order pending an appeal, a jurisdiction which is the subject of the rule".

The power to grant order for stay of execution or injunction pending appeal is therefore inherent in the courts, and the jurisdiction to grant the order is unquestionable. The Courts in Nigeria, has also in many cases that will be discussed below, approved and adopted the position in England.

Idigbe JSC in the case of *Sodeinde v. Registered Trustees of Ahmadiya Movement –in-Islam*²⁴ explained the position,

"...the court, pending an appeal ... suspends what it has declared to be the right of one of the litigant parties.... On this ground, that where there is an appeal about to be prosecuted the litigation is to be considered as not at an end, and that being so, if there is a reasonable ground of appeal and if not, making the order to stay the execution of the decree to the distribution of the fund would make the appeal nugatory, then it is the duty of the court to interfere and suspend the

²³ *Re St Naziare Co* (1879) 12 Ch.D. 88, *Flower v Lloyd* (1877) 6 Ch.D. 297, , *Otto v Lindford* (1881) 18 Ch. D 394

²⁴ (1980) 1-2 SC 163 at 170



right of the party who, so far as litigation has gone, has established his right”.

The learned Justice of the Supreme Court rightly concluded that the Judge of the High Court (and this also extends to the Court of Appeal where there is an appeal against the judgment of the Court of Appeal) does not lose its jurisdiction to entertain applications for stay of execution or injunction pending appeal over its judgment or order because the court has dismissed the claim before it “absolutely” (i.e. without reservation) and is of no consequence,

- (1) that the applicant in the circumstance is the plaintiff who lost his claim or
- (2) that his application is couched in the form of request for an order of injunction and
- (3) the order or judgment has been drawn up or enrolled²⁵.

3. The Rules of Court

It is important we look at the relevant aspects of the Rules of court to determine if the rules support the grant of the order for injunction pending appeal.

i. The High Court of Lagos State Civil Procedure Rules 2012.

The High Court of Lagos State Civil Procedure Rule 2012 makes provision for injunction and for preservation of the subject matter of the proceedings. In Order 38 Rule 3, the judge may upon the application of any party make any order for the sale by any person or persons named in such order for the sale of any perishable goods or wares or warehouse which is likely to be damaged or destroyed and which is desirable to sell at once²⁶. This rule empowers the court to preserve the *res* by ordering a sale of perishable goods which may be sold at once but the order is only useful during the pendency of the suit and not after judgment has been

²⁵ *Idigbe JSC in Sodeinde v The Reg. Trustees of Ahmadiya-in -Islam (1980) 1-2 SC 163 at 170*, This was the position taken by Cotton LJ. in *Polani v Gray (1879) 12 Ch.D 438 at 447* which Idigbe JSC cited with approval.

²⁶ Order 38 rule 3 High Court of Lagos State Civil Procedure Rules 2012 (hereinafter called Lagos Rules)



delivered.²⁷ However, where the unsuccessful party has applied for stay of execution pending appeal²⁸, the successful party may apply under this rule to protect the *res*²⁹. This order will not be appropriate and is not the authority for a trial court to grant an order for injunction pending appeal.

The other relevant rule is Order 38 Rule 8. Rule 8 provides as follows,

In any action or matter in which an injunction has been or might have been claimed the claimant may before or after judgment, apply for an injunction to restrain the defendant or respondent from the repetition or continuance of the wrongful act or breach of contract complained of or from the commission of any injury relating to the same property or right or arising out of the same contract and the judge may grant the injunction either upon or without terms as may be just³⁰.

Under this Rule of Court³¹, the Court is empowered to grant injunction during trial or after judgment has been delivered by the court to restrain the repetition of a wrongful act. The injunction may be applied for by the claimant only and the rule does not accommodate an application by the defendant. The injunction that may be ordered will include, to restrain (1) the repetition or continuance of a wrongful act, (2) breach of contract complained of (3) commission of any injury relating to the same property (4) right arising out of the same contract. This rule will therefore not permit the defendant from applying to court to restrain the claimant from proceeding on an act that is already on appeal before the court of appeal. Secondly, the Court is not competent under this rule to stay execution of the judgment of the court. There is no reference in the rule to a pending appeal, therefore, the court will lack jurisdiction to grant order for injunction pending appeal under the rule. Order 38 Rule 8 may

²⁷ The Order must be upon application of any of the parties.

²⁸ After judgement has been delivered.

²⁹ See generally Order38 of the Lagos Rules.

³⁰ Order 38 r 8 Lagos Rules

³¹ Order 38 r 8 Lagos Rules



permit the court in granting injunction where it has been claimed in the writ of Summons but in an application for injunction pending appeal, the claim could not have been made in the writ, and so makes the order inapplicable.

We must note that the nature of the order for injunction pending appeal is not akin to “injunction” but in fact is a judicial order for stay of execution of the judgment of court. The relevant Order in the Lagos Rules dealing with stay of execution is Order 54 of the Lagos Rules. Order 54 Rule 1 provides as follows:

Where any application is made to a judge for a stay of execution or of proceedings under any judgment or decision appealed from such application shall be made by notice of motion supported by affidavit setting forth the grounds upon which a stay of execution or of proceedings is sought.

Under this rule, either party may bring an application for the order of stay of execution of the judgment of the court. The court is empowered under this rule to stay the execution of its judgment pending appeal. There is no distinction between whether the judgment is declaratory or executory. Where it is executory, there is no problem of interpretation, but where it is declaratory can we by stretch of interpretation apply this rule for order of injunction pending appeal.? Execution simply means the process whereby a judgment or order of a court of law is enforced or given effect to according to law³². Execution is regulated by the Sheriffs and Civil Process Act³³ which deals with the process of execution of judgements that are recognized under the law. Execution and manner of levying execution will depend on the type of judgment of the court.

Where (1) A judgment/order for payment of money may be enforced by a Writ of fieri facias³⁴, garnishee proceedings,³⁵ writ of sequestration³⁶ or an order of committal on a judgment debtor’s summons.³⁷

³² Per Nnameka-Agu JSC in *Government of Gongola State v Tukur Government of Gongola State v Turkur* (1989) All N.L.R. 647 at p. 653

³³ Cap S6 LFN 2004

³⁴ Section 21 Sheriffs and Civil Process Act



2) A judgment for possession of land may be enforced by a writ of possession³⁸, a writ of sequestration³⁹ or a committal order⁴⁰

3) A judgment for delivery of goods may be enforced by a writ of specific delivery⁴¹ or restitution of their value,⁴² a writ of sequestration⁴³ or a writ of committal⁴⁴

4) A judgment ordering or restraining the doing of an act may be enforced by an order of committal or a writ of sequestration against the property of the disobedient person⁴⁵.

There may also be some terms of equitable execution by means of appointment of receiver,⁴⁶ apart from the specified means of execution as highlighted above and regulated by the Sheriff and Civil Process Act, there are no other means of execution. It follows that where it is not possible to apply any of the processes for execution in the Act⁴⁷, Nnaemeka-Agu JSC declared that “where none of the above processes can be applied, there can be no stay of execution”⁴⁸.

By the nature of the declaratory judgement, there is nothing to execute and nothing to stay, only the party is restrained from effecting the terms of the judgment. The Order 54 is therefore not appropriate for the order of injunction pending appeal. We therefore submit that there is no relevant rule or order in the Lagos Rules under which the order of injunction pending appeal may be based.

³⁵ Section 86 Sheriffs and Civil Process Act

³⁶ Section 82 Sheriffs and Civil Process Act

³⁷ Section 65 Sheriffs and Civil Process Act

³⁸ Section 35 Sheriffs and Civil Process Act

³⁹ 82 Sheriffs and Civil Process Act

⁴⁰ Section 65 Sheriffs and Civil Process Act

⁴¹ Section 52 Sheriffs and Civil Process Act

⁴² Section 72 Sheriffs and Civil process Act

⁴³ Section 82 Sheriffs and Civil Process Act

⁴⁴ Section 65 Sheriffs and Civil Process Act

⁴⁵ See Section 66 Sheriffs and Civil Process Act generally

⁴⁶ Order 38 rule 10 Lagos Rules

⁴⁷ Sheriffs and Civil Process Act

⁴⁸ Nnameaka-Agu JSC in *Governemnt Gongola State v Tukur* (1989) All N.L.R. 647 at page 660



ii. *Federal High Court Rules*

The Federal High Court (Civil Procedure) Rules 2009 made copious provisions on interlocutory injunctions and interim preservation of property, almost in *pari materia* with the provisions of the Lagos Rules⁴⁹. Order 28 Rule 1 of the Federal High Court (Civil Procedure) Rules 2009 (hereinafter called Federal High Court Rules) simply provides,

An application for the grant of an injunction may be made by a party to an action before, during or after the trial of the action, whether or not a claim for injunction was included in that party's action.

This is also reinforced by Section 13 of the Federal High Court Act⁵⁰ which also gives the court power to grant injunction in appropriate cases. Order 28 Rule 4 also makes provision for sale of perishable property in order to preserve the *res*, subject matter of the claims before the court.

The same argument applies here too. The injunction restraining a party from doing an act is quite different from injunction pending appeal. The injunction pending appeal is basically in the form of stay of execution of a declaratory order of court. There is no property to preserve, it is to protect an intangible right from being violated pending the determination of the appeal. We therefore submit that the rules of the Federal High Court do not support the grant of the order of injunction pending appeal. Order 32 makes provisions for stay of proceedings or staying of execution pending appeal which is also in *pari materia* with the Order 54 of the Lagos Rules. The same arguments will apply here also. Clearly, the courts have operated under these provisions to assume jurisdiction in matters in claims for injunction pending appeal. In the case of *Econet Wireless Limited v Econet Wireless Nigeria Limited*, Shuaibu J. entertained an application based on Order 26 Rules 1 and 2, Order 28 Rule 1(1), Order 32 Rules 1,2, and 4 of the Federal High Court Rules for injunction pending appeal, without first examining the provisions of the Rules to determine whether he has jurisdiction or

⁴⁹ Order 38 of the Lagos Rules

⁵⁰ Chapter 134 LFN 2004



power to grant the order, the learned Judge proceeded to discuss the main issues and conditions for the grant of the order and the court refused the application⁵¹.

Here, it is not in dispute that the court has inherent jurisdiction under Section 6 of the Constitution to exercise judicial powers, and the power to preserve the *res* from being destroyed but the particular type of *res* and the order is not taken care of under the Rules.

4. Conceptual Basis of the Order

The party who had lost in the lower court, and who had exercised his constitutional powers to appeal may apply for order for stay of execution of the judgment where the judgment is the type that may be executed. Where the order cannot be executed, the only recourse is for the party to apply for an injunction pending appeal. It is not only in his interest to ensure that the *status quo* be maintained but also that the *res* be not tampered with; since there is no judgment to execute, there can be no stay of execution. In the leading case of Chief Yeshua Popoola Oyeshile Shodeinde & Others v. Registered Trustees of the Ahmadiya Movement- in -Islam⁵² a Plaintiff whose action has been dismissed and who had appealed was granted an injunction to restrain the successful defendant from acting under the judgment until the determination of the appeal.⁵³

In the case of *Makinde v Akinwale*⁵⁴ the plaintiffs claim for declaration of the title to a piece of land, damages for trespass thereon and injunction against defendants were all dismissed by the Court of Appeal. They further appealed to the Supreme Court and applied for a stay of execution of judgment of the Court of Appeal pending the determination of the appeal before the Supreme Court. It was held that the application for stay of execution was misconceived for as the Supreme Court explained, the order dismissing the plaintiff's claim did not require the defendants to cause any execution to be carried out, the order not being

⁵¹ Suit No. FHC/KD/CS/39/2008 Ruling dated 7th May 2012, Federal High Court, Kaduna Division, Ruling dated 7th May 2012, .

⁵² (1980) 1-2SC 163

⁵³ See also *Okafor v Attorney-General Anambra State* (1988) 2NWLR 736.

⁵⁴ (1995) 6 SCNJ 65



executory. There was therefore nothing for which a stay of execution could be ordered. The Court however recognised the need for preservation of the *res* in the case and stated that the appellants' remedy for that was not an order for stay of execution. The proper order as explained by the court "was an injunction or an order that the status quo be maintained in the matter pending the final determination of the appeal".

In the case of *Yaro v Arewa Construction Ltd*⁵⁵ it was held by the Supreme Court that, for the purpose of maintaining the status quo and preserving the *res* pending the determination of the appeal by the plaintiff following the dismissal of his entire case, that stay of execution is not the appropriate remedy. The plaintiff had applied for stay of execution of the judgment dismissing all his claims.

Undoubtedly, the need for the preservation of the *res* and the maintenance of the status quo is paramount and with the view of ensuring that the appeal is not rendered nugatory⁵⁶. The point is that while the court may grant an order to maintain the status quo, the plaintiff whose claims were dismissed may require more than maintenance of status quo, but to also ensure that the substratum of the appeal is not destroyed by the defendants who may naturally continue the act to the detriment of the plaintiff⁵⁷. In the case of *Okafor v Attorney-General Anambra State*⁵⁸ the plaintiffs' claims were dismissed following an objection raised by the defendants. The plaintiffs appealed to the Court of Appeal and also applied to the trial judge for a stay of execution of the judgment pending the determination of the appeal. The trial judge refused the application on the grounds that he merely dismissed the action and did not make any order which could be stayed. In the appeal against the refusal, the Court of Appeal granted the application, and declared null and void the act done by some of the defendants which in effect, destroyed the substratum of the dispute while the appeal in the substantive suit and the application for stay, which to their knowledge were pending before the Court of Appeal. The court cannot be constrained that the judgment being sought to be stayed is not

⁵⁵ (1998) 6SCNJI

⁵⁶ *Polini v Inag* (1979) 12 Ch.D. 438

⁵⁷ *Ike v Uigboaja* (1989) 2 NWLR (PtCo3) 332

⁵⁸ (1988) 2 NWLR 736



executory but declaratory, or the fact that the plaintiffs' claims was dismissed does not hinder the court from granting an order of injunction pending appeal.

5. Conditions for grant

The grant of the order for injunction pending Appeal is not as a matter of course, though a discretionary remedy⁵⁹ which must be exercised both judiciously and judicially⁶⁰. The court in exercising its discretion must consider the balance of the competing interests and rights of the parties and justice of the case. The effect of the order is to deprive the successful party the profits of his judgment, a practice which the courts are reluctant to do⁶¹. There must therefore, in order to succeed in an application for injunction pending appeal, be a cogent, substantial and compelling reasons to warrant the deprivation of the victory of the successful party. The facts must be disclosed in the affidavit in support of the application otherwise the application is bound to fail⁶²

The Supreme Court in several cases have ruled that the conditions for the grant of injunction pending appeal is the same as the conditions that must be satisfied in an application for Stay of Execution⁶³. The Supreme Court in the case of *Ike v Ugbooja*⁶⁴ seemed to confuse the issues between interlocutory injunction and injunction pending appeal when the court observed inter alia:

The plaintiff whose action has been dismissed by the lower court can still apply to that lower court against whose judgment he has lodged an appeal for an injunction pending appeal where an applicant seeks an interim injunction to protect a condemned right, he must show by

⁵⁹ *Vas wani Trading Company v Savalak & Co* (1972) 12 SC. 77

⁶⁰ *Mobil Oil (Nig) Ltd. v Agadowagbo* (1988) 12 NWLR (Pt 77) 383, *Marina v Niconnar Food Co. Ltd.* (1988) 2 NWLR (Pt 74) 75, *Balogun v Balogun* (1969) 1 All NLR 349, *Olunloyo v Adeniran* (2001) 14 NWLR (pt 734) 699, *Okafor v Nnaife* (1987) (1987) 4 NWLR (pt. 64) 129

⁶¹ *Okafor v Nnaife*

⁶² *Onzulobe v Commissioner for Special Duties Anambra State* (1990) 7 NWLR (pt 161) 252.

⁶³ *The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited v Ojiowolor Amadi & co.* (2011) LPELR-SC 150/2010.

⁶⁴ (1989) 2 NWLR (Pt 103) 332



evidence that the right he seeks to protect is in existence. The application for injunction pending appeal is normally considered on the basic principles for interlocutory injunction in a pending substantive suit.
(italics mine)

The Supreme Court therefore missed the point by applying the same requirements for interlocutory injunction and injunction pending appeal. However, the same position was taken by the Court of Appeal in the case of *Onzuloke v Commissioner for Special Duties Anambra State*⁶⁵, where the court said that an order for stay of execution or injunction pending appeal amounts to the same end and that there are some similar and vital conditions to be satisfied before granting the order. These are:

- a) There must be special circumstances
- b) The grounds of Appeal must be somewhat on a novel point
- c) The grounds of Appeal must raise substantial legal issues to be determined.
- d) It is right to put the matter in status quo or preserve *the res* if the Appeal is to have any meaning.

The courts however, have not stated the correct conditions for the grant of the order for injunction pending appeal; just as in a stay of execution, a plaintiff who was unsuccessful in a lower court can apply for an injunction to protect his right arising from reliefs sought by him in the lower court, pending the determination of an appeal lodged. In a proper case, a court from which appeal lies has a duty to preserve *the res* in order to ensure that the appeal, if successful is not rendered nugatory and does not make the entire efforts of the appellant and the court end in ruin.

⁶⁵ (1990) 7 NWLR (Pt 161) 252



In another case the Court of Appeal wrongly also, stated and applied the requirements for the grant of interlocutory injunction. In *Soyanwo v Akinyemi*⁶⁶, after restating the principles for stay of execution, the court went further to outline separate principles for the grant of injunction pending appeal as:

- a) The presence of a legal right
- b) Where there is triable issue
- c) Whether the balance of convenience is in favour of the applicant
- d) Whether the applicant's conduct is not reprehensive, such as undue delay in bringing the application
- e) Whether damages would be adequate compensation
- f) In land matters, whether the property in respect of which injunction is sought can be identified or ascertained.
- g) Whether there is undertaking as to damages⁶⁷

It is submitted here that the courts are in error in confusing the requirements for an interlocutory injunction with that of injunction pending appeal.

The Supreme Court in the case of the *Shell Petroleum Development Company of Nigerian Ltd v Amadi and co.*⁶⁸ correctly stated the position of the law when the court observed as follows:⁶⁹

I must point out here that the principles guiding an application for stay of execution and injunction pending appeal are the same. Both are subject to the discretion of the court; and in

⁶⁶ (2002) All Floor (Pt 104) 592

⁶⁷ See cases where the requirements for grant of interlocutory injunction are I stated and fallowed such as *Obande Obeya Memorial Specialist Hospital v Attorney General of Benue State* (1987) 2 NSCC 961, *Alowonle v Bello* (1972) AllWLR 45, *Central Bank of Nigeria v Ahmed* (2001) S.S.C. (Pt II) 146, *Sotuminu v Ocean Steamship (Nig) Ltd.* (1992) 5 NWLR (Pt. 239)

⁶⁸ (2011) LP ELR – Sc 150/2010

⁶⁹ Per Bode Rhodes – Vivor JSC delivered the Lead Ruling.



exercising its discretion the court is enjoined to consider the same conditions in granting or reducing the application....

The court thereafter listed the conditions and the principles upon which the court will exercise its discretion as follows:-

- 1) The grounds of appeal must raise substantial legal issues in an area of law that is novel or recondite
- 2) The application must disclose special circumstances why the judgment should be stayed
- 3) The application must disclose why matters should be put in status quo or preserve the res so as not to render the appeal nugatory.

The Court of Appeal in the case of *Msadinee v INEC*⁷⁰ in an application for an injunction pending the appeal, in allowing the application the Court of Appeal⁷¹ held that,

Similar principles are applicable in an application for stay of execution pending appeal and application for injunction pending appeal. They have the same legal effects (which is) that of a suspension or postponement or preventing the successful party from reaping the fruits of his judgment pending the determination of the appeal

- a) Where the grant of Appeal disclose serious or substantial issues of law for determination
- b) Where the grant of appeal is substantial and arguable
- c) Where there is need to preserve the res so as not to render the decision of the appellate court nugatory
- d) Where it is the interest of justice to make such order, having regard to the facts and circumstances of the case.

⁷⁰ (2010) All FWLR (Rt 547) 745

⁷¹ Per Galadima JCA



The principles listed by Bode Rhodes –Vivor JSC⁷² is the same and agrees with the position taken by Oputa JSC and the principles laid down in *Vaswani Trading Company v Savalakh Company*⁷³. The principles will now be discussed.

(a) Substantial Legal Issues

The applicant must be able to eloquently demonstrate that he has substantial legal issues to argue in the appeal. The legal points must be recondite or serious enough as to display convincingly that the points of law may tilt the balance of justice in his favour. The court must not however sit on appeal to consider the merits of the appeal at this stage or to invite the applicant to address the court on the probability of the appeal succeeding, or to determine whether the appeal will succeed or not. In the words of Rhodes-Vivor JSC.

It is not the duty of the court at this stage to consider whether the appeal will succeed or not. It is sufficient if the ground raises a point of law on the face of it. The requirement that the ground of appeal must raise a point of law that is recondite does not depend on the importance or seriousness of the ground of appeal taken in isolation, rather it relates to what the effect of a refusal of stay of execution on the appellant if the appeal succeeds⁷⁴

Nnaemeka-Agu JSC also pointed out that, “The recondity of a point of law with reference to an application for a stay of execution is not determined in the abstract by reference to the importance or difficulty of the point raised in the ground of appeal. Rather, it is determined in concrete terms by reference to what the effect of a refusal to stay of execution may be on the rights of the applicant, if successful in the appeal...”⁷⁵

The court will therefore not consider the points of law in the grounds of appeal in isolation; the court must also weigh the justice of the case and the effect of the refusal on the applicant if the appeal succeeds.⁷⁶ The court must take a liberal view of this principle as a strict

⁷² *Shell Petroleum Development Company of Nigerian Ltd v Amadi and co.*

⁷³ In *Okafor v Nnaife* note 50

⁷⁴ (1972) RSC 77

⁷⁵ *Shell Petroleum Development Company of Nigerian Ltd v Amadi and co.*

⁷⁶ *Ajomali v Yadaut (No. 2)* (1991) 5 NWLR (pt 191) 266 of 291.



look of the grounds of appeal to determine its 'fecundity' or its 'importance' or 'difficulty' will amount to trying to determine the success of the case before it is heard and thereby deprive the court the essence of the whole application.⁷⁷

(b) Special Circumstances

The application must disclose special circumstances why the judgment should be stayed. Belgore JSC has pointed out that special circumstance is very wide and its category is not closed⁷⁸ Oputa JSC quoting Coker JSC⁷⁹ in *Okafor v Nnaife*⁸⁰, that such special circumstances will involve,

A consideration of some collateral circumstances and perhaps in some cases inherent matters which may, unless the order for stay is granted, destroy the subject matter of the proceedings or foist upon the court, especially the Court of Appeal, a situation of complete helplessness or render nugatory any order or orders of the Court of Appeal or paralyse, in one way or the other, the exercise by the litigant of his constitutional right of appeal or generally provide a situation in which whatever happens to the case, and in particular even if the appellant succeeds in the Court of Appeal, there could be no return to the status quo.

The special circumstances, or exceptional circumstances as the courts have interpreted will mean when execution would:

- (a) Destroy the subject matter of the proceedings
- (b) Render nugatory any order of the Appeal Court
- (c) Penalise in one way or the other the exercise or by the litigant of his constitutional right of appeal

⁷⁷ See the judgment of Muntaka – Coomasie JSC in the Shell case (supra) p. 57-58.
⁷⁸ *Onuzulike v Commission for Special Duties Anambra State & Ors* (1990) 7 NWLR (Pt 161) 252 at 259 per Uwaifo JCA (as he then was), *Alobu v Oduntan* (1991) 2 NWLR (Pt 171), *Nwosu v Nuajimka* (1977) 12 NWLR (Pt 531) 100, *Nduba (Nigeria). Ltd v UBN Plc* (2007) 7 NWLR (pt 1040) 439.
⁷⁹ *Odebiyi v Odedeyi* (2000) 2 S.C. 93 at 94.
⁸⁰ In *Vaswani Trading Company v Savalakh and Company* (1972) 12 S.C. 77 at 82.



(d) Provide a situation in which even if the appellant succeeds in his appeal, there could be no return to status quo⁸¹

The circumstances that will translate into special circumstance is not closed and not restricted to the above. In the case of *Okafor v Nnaife*⁸² Oputa JSC⁸³ also added the fact that where the refusal of the order would deprive the appellant of the means of prosecuting the appeal⁸⁴.

From the foregoing, special circumstances is not extra-ordinary, difficult or unattainable issues upon which the court may hide to refuse an application. The circumstance and extent should not be closed but must be expanded in each case to meet the justice of the case and protect the *res*⁸⁵. The special circumstance that must be shown by the applicant is actually linked to the justice of the case and ensuring “that the balance of justice is obviously weighted in favour of a stay”.⁸⁶

The applicant must also show any peculiar features which will influence the court to grant or refuse the application for injunction pending appeal. He must also demonstrate that damages will not be an adequate compensation in lieu of the order⁸⁷ and whether the *res* will be irretrievably destroyed⁸⁸ if the order is not granted.⁸⁹ We submit that this is a matter for the court’s discretion and as the circumstances that make up ‘special’ circumstances, and being a discretionary remedy, the court has laid down the general rule as a guiding principle in this matter that the Court ‘does not make it a practice to lay down rules or principles to fetter the exercise of its discretion, no one case is authority for the other. A court cannot be bound by a

⁸¹ (1987) All N.L.R. 517 at 524

⁸² *Olunloyo v Adeniran* (2001) 14 NWLR (Pt) pp. 22-23

⁸³ supra

⁸⁴ *Okafor v Nnaife* (supra) page 524

⁸⁵ *Emmerson v Coope & Co* (1885) 5S.L.J. Ch. 905,

⁸⁶ *Coker v UBA Plc* (1997) 2NWLR (Pt 846) p. 226 at 232.

⁸⁷ Per Oputa JSC in *Okafor v Nnaife* note 50 at page 525

⁸⁸ Injunction Pending Appeal

⁸⁹ *Chief (Dr.) Pere Ajuwa v The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited* (2011) 12 S.C. 118



previous decision to exercise its discretion in regimented way, because that would be as it were putting an end to discretion”⁹⁰

Discretion has been defined to mean ‘a power or right’ conferred upon public functionaries by law of acting officially in certain circumstances according to the dictates of their own judgment and conscience.⁹¹ The most important consideration is that the courts must exercise their discretion judicially and judiciously⁹². The courts in exercising its discretion will also consider that the winning party is entitled to the fruits of his judgment until further appeal sets aside the earlier decision. The court should also consider the fact that the applicant has a legally enforceable right to protect and that he has complied with all necessary procedural formalities, and the application is supported by important materials properly placed before the court to persuade it to exercise its discretion in favour of the applicant⁹³. Also, important is the conduct of the parties, whether the applicant has acted timeously or he has come before the court with clean hands⁹⁴

CONCLUSION

Since the decision of the Supreme Court in *Shodeinde v Ahmadiya Islamic Movement-in-Islam* the Nigerian courts have clearly shown that they have jurisdiction to ensure that the res is preserved and that the judgment of the appeal court will not be rendered nugatory. The inherent jurisdiction of the court is to be exercised judicially and judiciously, based on the established principles. Being a discretionary remedy, it must be exercised with a singular aim of achieving justice between the parties. The initial misunderstanding and complexity in the grant of order of injunction pending appeal is now resolved, as there need not be anything to execute but the intangible rights of the parties that must be sustained and protected as not to render

⁹⁰ *UBN Ltd v Odusote Bookstores Ltd.* (1994) 3 NWLR (Pt 331) 129.

⁹¹ Per Fabiyi JSC in *Ajuwa v S.P.D.C.* (2011) 12 S.C. (Pt. IV) 118 at 155.

⁹² *State v Whitman* R. 11, 431 A 2d1229, 1233; Blacks Law Dictionary, 6th ed, 466.

⁹³ *University of Lagos v Olaniyan* (1985) 16 NSCC (Pt 1) 98 at 113.

⁹⁴ *Kabba Multipurpose Cooperative Union Ltd. v Irewole Multipurpose Union Ltd* (2009) All FWLR (Pt. 493) 1378.



the entire exercise of appeal a futile and useless exercise⁹⁵. The court must liberalise the principles guiding the grant of order of injunction pending appeal to protect the *res* and ensure that justice is done in all matters before the court.

The law is that the same principles applicable to the grant of stay of execution are also utilised in the consideration of the order of injunction pending appeal. We submit, that in so far as the stay of execution involves tangible property rights, the injunction pending appeal is in most cases merely intangible rights being protected, the principles or the application thereof must be more relaxed and the issue of justice and the effect of refusal on the applicant must weigh more on the mind of the court than looking for exceptional circumstances which may not be easily proved due to the intangible rights involved. The use of the word ‘injunction’ pending appeal has also been confusing to the extent that some courts have applied principles laid down for the grant of interlocutory injunction and thereby came to an unjust decision; we suggest that such application should be called “Stay Pending Appeal” and not injunction pending appeal. This will in fact reveal a more appropriate description of the purport of the application. The change will clear the ambiguity and give a proper focus and direction to the exercise of the power. We also recommend that the rules of the High Courts be amended to accommodate the order for injunction pending appeal as a separate power and the required principles that the court may adopt without necessarily inhibiting the exercise of the court’s discretion.

⁹⁵ *Tov v Bello* (2009) All FWLR (Pt 493) p. 1378 at 1381



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Las inmunidades de Estado Extranjero en la Pauta del Judiciário Brasileño: Avances y Desafíos¹

(The State Immunity in Brazilian Judiciary: Progress and Challenge)

Martha Lucia Olivar Jimenez

Associate Professor at the Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil

Phd in Law from the University Robert Schuman

Valesca Raizer Borges Moschen

Associate Professor at the Federal University of Espírito Santo, Brazil

Phd in Law from the University of Barcelona

RESUMO: Las soluciones encontradas por los tribunales nacionales ante los conflictos en que interviene un Estado extranjero constituyen actualmente una de las cuestiones más interesantes en el ámbito internacional y que carece de normativa de carácter universal en vigor. Las inmunidades de Estado extranjero hacen parte de una categoría de asuntos en que el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal se relacionan estrechamente constituyendo una verdadera “zona gris” en constante evolución. El presente trabajo busca analizar cómo se están desarrollando los límites y posibilidades de inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros, en particular a la luz de los derechos humanos.

¹ Este texto fue presentado en la “Primeira Conferência da Associação Americana de Direito Internacional Privado - ASADIP no Brasil”, sobre “Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público: um encontro necessário”, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidade Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS), en los días 23-26 de Agosto de 2010. El texto que ora se presenta fue modificado para la actual publicación y fue fruto de un proyecto de pesquisa financiado por el CNPQ.



ABSTRACT: The solutions found by the national courts to conflicts involving a foreign State is currently one of the most interesting issues in the international arena and has no universal rules in force. The immunities of foreign state are part of a category of cases in which public international law, private international law and procedural law are closely and constituting a real “gray area” on constant evolution. This paper seeks to analyze how they are developing the limits and possibilities of immunity of foreign States in Brazil, particularly in the light of human rights.

SUMÁRIO: Introducción. I Los progresos en la jurisprudencia brasileña en materia de inmunidades de Estado extranjero. 1.1. Jurisdicción & competência: harina de un mismo costal? 1.2. La paradoja de las reglas procedimentales. II La inmunidad de jurisdicción en los temas de derechos humanos. 2.1. La diversidad de soluciones propuestas internacionalmente. 2.2. Las soluciones locales ante la diversidad de problemas. Consideraciones Finales. Bibliografía.

Palabras - llaves: Inmunidad de Jurisdicción; Inmunidad de ejecución; competencia internacional; Jus Cogens; Derechos Humanos.

Keywords: Immunity from Jurisdiction, Immunity from Execution, International Jurisdiction, Jus Cogens, Human Rights.

INTRODUCCIÓN:

Las soluciones encontradas por los tribunales nacionales ante los conflictos en que interviene un Estado extranjero constituyen actualmente una de las cuestiones más interesantes en el ámbito internacional y que carece de normativa de carácter universal en vigor². Pocos son los Estados que han adoptado legislación específica en la materia³ con la

² La Convención de la ONU sobre Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y su propiedad firmada en Nueva York el 2 de diciembre de 2004 no está aún en vigor. En la actualidad 28 Estados firmaron pero solo 4 Estados ratificaron.

³ Como menciona Julie Gaudrau solamente ocho Estados reglamentaron la cuestión: Estados Unidos (Foreign Sovereign Immunities Act, 1976, modificada posteriormente por Antiterrorism and Effective Death Penalty Act de 1996); Reino Unido (State Immunity Act 1978); Singapur (State Immunity Act 1979); Pakistán (State Immunity



intención de limitar el poder discrecional de los jueces y así garantizar mayor seguridad jurídica a los operadores con Estados extranjeros. La gran mayoría de países, entre los que se encuentra Brasil, deja la solución de las controversias de esa naturaleza en manos de los tribunales.

Las inmunidades de Estado extranjero hacen parte de una categoría de asuntos en que el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal se relacionan estrechamente constituyendo una verdadera “zona gris” en la que no hay una prevalencia de uno sobre el otro, además es una materia en constante evolución.

Hasta la década de ochenta los tribunales brasileños reconocían los privilegios de la inmunidad de jurisdicción y de la inmunidad de ejecución absolutas. A partir de 1989, con la decisión en la Apelación Civil 9696-3 Genny de Oliveira v. RDA, el Supremo Tribunal Federal modifica su jurisprudencia consagrando la inmunidad de jurisdicción relativa e invocando como justificativa las legislaciones más avanzadas en ese momento (Convención Europea de Basilea de 1972 así como las leyes británica y americana).⁴

La particularidad de la solución brasileña está en la ausencia de análisis o de mención al objetivo perseguido por esos dispositivos normativos: acabar con la discrecionalidad de los jueces sobre la naturaleza del acto y en consecuencia sobre la concesión o no del privilegio de la inmunidad al Estado extranjero.

Si bien los conflictos dirimidos por los tribunales brasileños son en gran parte de naturaleza laboral, en los últimos diez años nuevas y originales cuestiones han sido sometidas a ellos estimulando un desarrollo muy interesante en materia procesal así como la búsqueda de

Ordinace 1981); África del Sur (Foreign Sovereign Immunities Act , 1981);Canadá (Loi sur l’Immunité des États, 1982); Austrália (Foreign states Immunities Act , 1985); Argentina (Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los Tribunales Argentinos, ley 24.488 de 1995). GAUDREAU Julie, Immunité de l’Etat et violations de Droits de la personne:une approche jurisprudentielle, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales HEI, Études et Travux, mars 2005, disponible em www.hei.unige.ch/publ/index.html

⁴ En el derecho procesal laboral, la inmunidad de jurisdicción viene siendo cada vez más relativizada, la problematización que se impone en una lide en la cual una de las parte sea el estado extranjeros, está en la ejecutoriedad de las decisiones llogradas por el judiciário nacional.



soluciones innovadoras principalmente cuando se invoca la violación de derechos fundamentales .

En este sentido, el presente trabajo busca - a partir de la recopilación de la jurisprudencia pátria - analizar como se están desarrollando los limites y posibilidades de inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros, en particular a la luz de los derechos humanos.

1. Los progresos en la jurisprudencia brasileña en materia de inmunidades de Estado extranjero

No hay ninguna duda en la relación simbiótica entre la doctrina y la jurisprudencia en la búsqueda de soluciones innovadoras a los problemas que surgen día a día y en la incuestionable evolución del derecho que de allí resulta. Esa afirmación gana proporciones mayores en la materia que nos ocupa. Entre los asuntos que más han interesado a los jueces brasileños y para los cuales han buscado auxilio en la doctrina nacional y extranjera pueden destacarse de un lado, el constante esfuerzo por diferenciar claramente competencia internacional e inmunidad de jurisdicción y de ejecución, examinando el fundamento de los privilegios (1.1), y de otro la determinación de reglas de procedimiento que deben ser observadas en los conflictos en que interviene un Estado extranjero (1.2).

1.1. Jurisdicción & competencia: harina de un mismo costal?

La inmunidad de jurisdicción se consubstancia en un triangulo procesal que se presenta a partir de dos relaciones jurídicas distintas: una primaria, así llamada por Antenor Pereira Madruga Filho⁵, entre el Estado extranjero (demandado) y el particular/Estado (demandante); y, una secundaria, que solamente existirá en el caso de que el Estado extranjero alegue su inmunidad negandose a la jurisdicción de los tribunales en los cuales la lidis se desarrolla.

⁵ MADRUGA F., Antenor P., A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, pp.203 e 204.



Es, en este último caso, que se constituye un conflicto internacional a ser analizado *bajo la óptica del ordenamiento jurídico que disciplina las relaciones entre Estados: el derecho internacional*⁶ y las reglas procesales nacionales.

En la relación primaria, en caso de no existir oposición del Estado extranjero a la jurisdicción interna, el procedimiento será realizado a partir de las reglas materiales y procedimentales aplicables a al caso concreto. Al no existir la excepción preliminar de inmunidad, cabrá al juez, a partir del análisis de fondo de la cuestión, tomar la decisión según los supuestos de hecho y de derecho argumentados y aplicables⁷.

Por otro lado, en la relación secundaria – en la cual exista el conflicto internacional – la inmunidad se clasifica como una cuestión independiente de la cuestión de fondo. O sea, *antes de resolver el problema de fondo que nortea el litigio, el juez debe evaluar si el Estado demandado es inmune a la jurisdicción nacional*⁸.

Desde el prisma procedimental, las controversias relativas al tema de la inmunidad se inician en la propia calificación procesal del instituto. Por tratarse de una excepción preliminar la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado y la determinación de la competencia del juez, son cuestiones cercanas y frecuentemente confundidas.

En 2002 la Corte Internacional de Justicia en el caso RDC V. Bélgica también conocido como el “Mandato de Prisión” o “Caso Yerodia”⁹ señaló la diferencia crucial entre la jurisdicción de los tribunales nacionales y las inmunidades jurisdiccionales, rechazando la asimilación entre estas dos cuestiones:

“...Las reglas que gobiernan la jurisdicción de las Cortes Nacionales deben ser cuidadosamente diferenciadas de aquellas que gobiernan las inmunidades de jurisdicción: jurisdicción no implica

⁶ Op. Cit. P. 200.

⁷ La problemática mayor reside, usualmente, en la ejecución de una eventual sentencia condenatoria del Estado extranjero.

⁸ MADRUGA F., Antenor P., A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, pag.203 e 204.

⁹ Mandat d’arret du 11 avril 2002 (Republique Democratique du Congoc. Belgique), arrêt C.I.J. Recueil 2002.p.3.



ausencia de inmunidad y ausencia de inmunidad no implica jurisdicción...”¹⁰.

La declaración del Juez Koroma apoyando el raciocinio del Tribunal Internacional merece ser destacada:

“..La jurisdicción se refiere al poder del Estado de afectar los derechos de una persona o personas por medidas legislativas, ejecutivas o judiciales. En tanto que la inmunidad representa la independencia y excepción de la jurisdicción o de la competencia de las Cortes o Tribunales de un Estado extranjero¹¹”.

La Corte hizo tal afirmación al constatar que los dos conceptos, jurisdicción e inmunidad, están íntimamente relacionados generando muchas veces confusión por lo que se hace necesario garantizar la prevalencia lógica del primero sobre el segundo: la inmunidad jurisdiccional solamente será un obstáculo procesal en el momento en que sea constatada y no en el momento en que es manifestada por el Estado interesado y eso ocurre si el tribunal es competente para decidir la cuestión.

La doctrina brasileña trabaja el concepto de jurisdicción y competencia a partir de la concepción de que “ *La jurisdicción actúa como la manifestación de la potestad del Estado. Es al mismo tiempo, poder, función y actividad*”. La competencia, por su vez, posee una dimensión de naturaleza interna, o sea, representa “*la medida de la jurisdicción*”¹²

Los tribunales brasileños no constituyen una excepción al problema como se puede constatar en la propia decisión 9696-3 Genny de Oliveira, donde el Ministro Relator Sydney

¹⁰ Mandat d’arret du 11 avril 2002, nota 9.

¹¹ Mandat d’arret du 11 avril 2002, nota 9.

¹² LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de Direito Processual Civil, trad. Port. Forense, 1984, v.1, n.24, p.55, apud CARNEIRO, Athos Gusmão, Jurisdição e competência, 14 ed., São Paulo:Saraiva, 2005, p.67.



Sanches confundió los dos conceptos al ver en el artículo 114 de la Constitución de 1988 una alteración del régimen de la inmunidad.

En esa ocasión el voto del Ministro Francisco Rezek fue claro al determinar que tal disposición se refería exclusivamente a las reglas de jurisdicción/competencia¹³ del juez nacional y en ningún momento debía interpretarse como consagrando el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción¹⁴.

Como bien lo afirma uno de los especialistas brasileños en materia de inmunidades, Antenor Pereira Madruga Filho, la competencia constituye siempre una limitación de la jurisdicción, al no existir un orden jurídico supranacional capaz de centralizar decisiones e imponer eficazmente límites al poder de cada uno de los Estados le corresponde a cada uno de ellos establecer los límites de su jurisdicción¹⁵. Compartimos la posición del citado autor cuando afirma que procesalmente el examen de la inmunidad de jurisdicción constituye una cuestión plenamente independiente de la decisión de mérito del conflicto. Así el juez deberá verificar primero si la causa está dentro del ámbito de su competencia de conformidad a la ley interna, para solamente después evaluar si el Estado reo es inmune a la jurisdicción nacional.

Para el Profesor Cândido Dinamarco tres ordenes de motivos orientan la acción del Estado al determinar las reglas de competencia:

1º La imposibilidad o dificultad para ejecutar en territorio extranjero ciertas decisiones de los jueces nacionales;

2º La irrelevancia de muchos conflictos frente a los intereses que al Estado le corresponde preservar;

3º La conveniencia política de mantener ciertos padrones de respeto recíproco con relación a otros Estados.

¹⁴ Apelação Civil 9696-3 Genny de Oliveira v. RDA, Aci 9696-3/SP São Paulo, D.J. 12/10/1990, p 11045.

¹⁵ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira, op.cit., 201.



Tales motivos llevan a excluir del poder judicial ciertas cuestiones por inviabilidad, por ausencia de interés o por conveniencia internacional¹⁶. Es en esta última cuestión que la doctrina encaja las inmunidades.

La competencia internacional de los tribunales brasileños se encuentra determinada fundamentalmente, no exclusivamente, en la constitución, en la Ley de Introducción del Código Civil y en los artículos 88 (competencia concurrente) y 89 (competencia exclusiva) del Código de Procedimiento Civil.

En los últimos años los esfuerzos del Supremo Tribunal Federal se han concentrado en definir claramente el concepto independientemente de las inmunidades dando lugar a una jurisprudencia digna de mención. A pesar de los esfuerzos muchos jueces de instancias inferiores continúan a confundir jurisdicción e inmunidad, declarando frecuentemente extinto el proceso sin citar el Estado extranjero al entender que está amparado en el privilegio.

1.2. La paradoja de las reglas procedimentales.

Curiosamente en Brasil ni la verificación de incompetencia internacional ni aquella destinada al reconocimiento o no de inmunidad a un Estado extranjero están sometidas a un régimen procesal expresamente definido, de tal manera que en uno y otro caso los tribunales se han visto forzados a aplicar analógicamente los dispositivos normativos existentes particularmente en el Código de Procedimiento Civil. Esa situación explica que sobre algunos aspectos aún subsisten posiciones contradictorias y la necesidad de precisión se hace evidente.

El análisis de la jurisprudencia de los Superiores Tribunales brasileños, principalmente aquella mas reciente, así como el excelente trabajo ya realizado por Antenor Pereira Madruga Filho, permiten determinar el procedimiento que viene siendo observado en los controversias en que interviene un Estado extranjero particularmente en calidad de demandado.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, v. 1, 2002



1º. La citación del Estado. Esta es, sin lugar a dudas, una de las cuestiones que más ha suscitado dudas en los jueces, en particular sobre la naturaleza del acto como bien lo señalaba el Ministro Relator João Otávio de Noronha, en el Recurso Ordinario 85 de 2009¹⁷ al analizar la diferencia entre citación, notificación e intimación dadas las consecuencias procesales que cada una presenta.

Deja claro el Ministro relator en su voto que no se trata de citación en el sentido estricto de la palabra y en el sentido del art. 213 del CPC brasileno, una vez que los efectos de la citación, en particular, la angularización de la relación jurídica, no estarían presentes.

Tampoco se trataría de intimación, acto por el cual se da a conocer al destinatario los actos y términos del proceso, conforme el art. 234 del CPC brasileno, una vez que la comunicación al Estado extranjero por el juez nacional, no crearía onus a las partes.

La propuesta enumerada por el RO 85, es la de caracterizar tal acto como atípico en el ordenamiento brasileño, por no generar onus y no producir efectos frente al Estado extranjero. El relator la caracteriza como siendo una “comunicación procesal” no tipificada en nuestras normas jurídicas, pero que no genera efectos procesales en los moldes de la citación y /o intimación.

En general los tribunales han preferido la citación en la Embajada.¹⁸ Mas el Supremo Tribunal Federal , basado en la naturaleza jurídica de las embajadas y en leyes existentes, defiende la citación al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado extranjero directamente. Opción también corroborada por las decisiones recientes del Superior tribunal de Justicia, como lo demuestra la decisión del RO 74-RJ (2008/0076862-4)¹⁹, al afirmar que *el estado extranjero, aún cuando si configure acto de imperio, tiene la prerrogativa de renunciar a la inmunidad motivo por el cuál há de ser realizada la citación*”.

¹⁷ RO 85 –RS (2009/0044482-3), Dje 17/08/2009, pag.2-11.

¹⁸ Vid, entre otros, el RO 70 RS de 2008.

¹⁹ RO 74-RJ (2008/0076862-4), Dje 08/06/2008, p.1 a 35.



Ahora bien, la doctrina mayoritaria así como la jurisprudencia de los Tribunales Superiores (STF Y STJ) coinciden en afirmar que no se puede declarar inepta la petición inicial contra un Estado extranjero desde el comienzo, pues aún cuando aparentemente la situación se encuadre dentro de las hipótesis en que será declarada la inmunidad el Estado extranjero podrá renunciar siempre al privilegio e someterse a la jurisdicción territorial²⁰.

Mediante el Recurso Ordinario n. 64²¹ se consagra, en la jurisprudencia brasileña, la necesidad de actuación del Estado extranjero para que se manifieste a respecto de su inmunidad, antes de la extinción del proceso. En este sentido, el recurso mencionado consagró el entendimiento de que *“la inmunidad de jurisdicción no representa una regla que automáticamente deberá ser aplicada a los procesos judiciales contra un Estado extranjero. Se trata de un derecho que puede, o no, ser ejercido por ese Estado”*.

A raíz de una mejor comprensión de la autonomía del instituto de inmunidad frente al de la competencia, la justicia brasileña rechaza constantemente la decisión de extinción del proceso sin la debida citación del Estado Extranjero.²²

2º. Plazo para defensa. En los países dotados de legislación específica es previsto un plazo bastante amplio, sobre esta base Antenor Pereira Madrugá defiende la aplicación análoga del plazo otorgado por el artículo 188 del CPC a favor de la Hacienda Pública Nacional. Este plazo todavía no es armonico, en función, inclusive, de la propia naturaleza del acto de citación anterioremente analizado.

3º. Silencio del Estado extranjero. Tradicionalmente la doctrina internacionalista en peso ha equiparado el silencio de un Estado extranjero demandado a la invocación del privilegio e, en consecuencia, al no reconocimiento de la jurisdicción del tribunal que le cita.

En 1984 el Ministro Djaci Falcão en el caso *Luthero Viera v. Francia*²³ dejaba claro que “el silencio del Estado reo, no atendiendo a la citación judicial, no configura por sí renuncia a la

²⁰ Vid entre otros, los Recursos Ordinários n. 57-RJ (2007/0081639-4), Dje 14/09/2009; e n. 74 – RJ (2008/0076862-4) Dje 08/06/2009.

²¹ RO 64-SP (2008-0003366-4). Dje 23/06/2008.

²² RO 64-SP, op.cit.

²³ Vid. Comentários DINAMARCO Cândido. Op.cit. p.203.



inmunidad de jurisdicción”. La situación cambia radicalmente si el Estado extranjero contesta la acción e inclusive si recorre de la decisión, ya que en tales situaciones se está reconociendo la competencia del Tribunal para decidir la cuestión de mérito.

En la misma línea de pensamiento, en la citada decisión, RO 85 –RS (2—9/0044482-3) la Corte entendió que *“el silencio de representante diplomático, o del propio Estado Extranjero, dejando de comparecer a la relación jurídico-procesal, no implica renuncia a la inmunidad de jurisdicción”*²⁴.

Este viene siendo el entendimiento mayoritario de la jurisprudencia patria contemporánea.

4º. Incidente de inmunidad. Compartimos la posición defendida por Antenor Pereira Madruga Filho que, inspirado en la ley argentina de 1995²⁵, propone la aplicación del artículo 265 III del CPC. En consecuencia, invocado el privilegio por el Estado o transcurrido el plazo concedido al Estado sin que este se haya manifestado el proceso se suspendería y los plazos volverían a correr a partir del momento en que el Estado fuese informado de la decisión de no reconocer la inmunidad.

En el incidente el juez analizará los argumentos de la parte autora y del Ministerio Público Federal.

5º. Extinción del proceso por el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción. La doctrina constata como en la década de ochenta ante demandas contra Estados extranjeros muchos tribunales extinguían el proceso sobre le fundamento de la imposibilidades jurídica del pedido” consagrada en el artículo 267, IV del CPC. Como lo deja claro Cândido Dinamarco²⁶ la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero y la imposibilidad jurídica del pedido constituyen institutos jurídicos que no pueden confundirse: “ La imposibilidad jurídica del pedido se presenta cuando una cuestión no tiene la menor condición de ser apreciada por el

²⁴ En este mismo sentido vid las decisiones RO N. 69.

²⁵ “La interposición de La defensa de inmunidad suspende el plazo procesal del traslado y de la citación hasta que se resuelva..

²⁶ Igualmente CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. "Teoria Geral do Processo". 21ed, São Paulo: Malheiros, 2005, p.238.



poder judicial, por estar excluida a priori por el orden jurídico sin cualquier consideración de las peculiaridades del caso concreto.

Lo interesante es que esa confusión aún está presente particularmente en las instancias inferiores del poder judicial en Brasil. En el recurso n. 57-RJ (2007/0081639-4)²⁷, el Ministro Sidnei Benetti, en su voto vista, busca dejar clara la cuestión al construir su raciocinio a partir de la necesaria calificación jurídico-procesal de la decisión judicial, reconociendo la inmunidad.

Para el referido magistrado, el juez al extinguir el proceso deberá hacerlo con base en la ausencia de condición de la acción, *“diferentemente de competencia interna, la falta de competencia implica falta del derecho de acción, o incluso la ausencia de este derecho en caso de existir anteriormente”*²⁸.

En este sentido, la extinción, sin el análisis del merito procesal, deberá ocurrir no con base en la imposibilidad del pedido, pero si, con base en la imposibilidad de alcanzar al Estado extranjero a través de la propia acción del autor. De este modo, la existencia de la inmunidad deriva de la falta de condición de acción²⁹.

La imposibilidad jurídica del pedido se refiere a una inadecuada pretensión en tesis al ordenamiento jurídico vigente. Gran parte de los pedidos realizados contra el Estado Extranjero al Poder Judicial brasileño, constituyen pedidos de indemnización. Es incuestionable, a la luz del orden jurídico nacional, en particular, a los artículos 186 e 927 del Código Civil Brasileño, la proclamación de que quien por omisión o acción cause daño a otro es obligado a indemnizar. En este sentido la decisión judicial que decrete la extinción de la acción por imposibilidad del pedido contraría la realidad normativa contemporánea del sistema nacional.

Finaliza el Ministro Sidnei Benetti citando a José Ignacio Botelho de Mesquita³⁰:

27 Publicado en el Dje 14/09/2009, pág. 24-43.

²⁸ RO N. 57 –RJ (2007/0081639-4), pag.34.

²⁹ RO n. 57 op.cit., pag. 34.

³⁰ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio, “Questões procedimentais das ações contra Estados e organizações internacionais”, in A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro. Coord. Mario Garcia e Antenor Pereira Madruga Filho, CEDI:Brasília, 2002, p. 216.



“La acción, como se sabe, es el derecho de exigir del Estado la prestación de la actividad jurisdiccional, a que corresponde el deber del Estado de prestar. Si el Estado no tiene este deber de prestar, (...) , deja de existir el correspondiente derecho de acción ...”

2. Los desafíos de los tribunales brasileños en materia de inmunidades de Estado extranjero.

La proliferación de actividades de los Estados en territorio extranjero trae como consecuencia natural la multiplicación de situaciones de conflicto. Ninguna cuestión suscita en la actualidad mayor discusión que la relativa al enfrentamiento entre inmunidades de Estado y actos considerados contrarios a los derechos fundamentales, en particular cuando se plantea que tal evento constituya una violación de normas imperativas de derecho internacional. La propia Corte Internacional de Justicia deberá a enfrentar el desafío que representa el actual conflicto entre Italia y la República Federal de Alemania³¹. Pero otros asuntos continúan preocupando los tribunales como los propios representantes Estatales: la autorización para renunciar los privilegios, la posibilidad de ejecutar un Estado extranjero en ciertas circunstancias.

Las soluciones encontradas a esos problemas varían considerablemente en los países dotados de legislación específica y en aquellos en que no hay una reglamentación de ese tipo (2.1), los tribunales brasileños han comenzado a enfrentar tales situaciones con mayor frecuencia en la última década lo que ha originado un mayor análisis en la materia aun cuando aún se puede calificar de deficiente (2.2).

2.1. La diversidad de soluciones propuestas internacionalmente.

Una impresionante cantidad de obras doctrinarias producidas en los últimos años constatan como ante la invocación de inmunidades, de jurisdicción y de ejecución, por un

³¹ Corte Internacional de Justicia CIJ, affair Alemanha vs Itália, 2008/44.



Estado extranjero acusado de violar derechos fundamentales la posición de los tribunales difiere radicalmente en los países dotados de legislación y en aquellos que no la tienen.

En los primeros, el juez está vinculado a los dispositivos legales de tal manera que fuera de las hipótesis expresamente previstas como susceptibles de ser sometidas a la jurisdicción territorial el Estado extranjero estará amparado por los privilegios de fundamento internacional. Las legislaciones en vigor, inclusive la Convención Europea de Basilea, no hacen ninguna referencia a la violación de derechos humanos, mucho menos de violación de normas de Jus Cogens que pueda ser imputable a un Estado extranjero³². Existe en todas ellas la llamada “cláusula delictual”: El Estado extranjero no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en controversias relativas a la indemnización por daños a la integridad física de personas o daños a bienes causados por un acto u omisión que le puedan ser atribuidas, si tal acto u omisión se ha producido, en todo o en parte, en el territorio del Estado de foro y si el perpetrador directo estaba presente en dicho territorio en el momento en que se produjo el acto u omisión.

Idealizada originalmente para ser aplicada en casos de accidentes de tránsito en los que interviniesen agentes diplomáticos amparados por los privilegios de la Convención de 1961, el dispositivo ha sido utilizado en situaciones mucho más complejas e, por que no decirlo, insólitas relacionadas a actos de agentes del “servicio secreto” de un Estado extranjero. Así, entre las controversias más famosas en que se reconoció la aplicación de la cláusula resultando en el rechazo del privilegio, pueden ser mencionados sólo en Estados Unidos *Lettelier y Moffit v. República de Chile*, *Liu v. República de China*.

Ante la falta de previsión expresa, las víctimas de violaciones de derechos fundamentales atribuidos a Estados extranjeros han recurrido a la cláusula delictual e inclusive han tratado de vincular el acto en cuestión al desconocimiento de obligaciones contractuales sin obtener resultados favorables. En la primera hipótesis, debido a la exigencia de realización del acto en el territorio del Estado de foro, lo que impide al juez analizar violaciones que se hayan perpetrado en el territorio del Estado acusado o en un tercer Estado. En el segundo caso

³² En este aspecto la convención de La ONU de 2004 también guarda silencio.



por la falta de identidad del acto con la previsión legal. De tal manera que la situación es bastante crítica para quien intenta ingresar en un país dotado de legislación sobre inmunidades con una demanda ante los tribunales sobre la alegación de violación de derechos fundamentales. Un triste ejemplo de ello es el caso Bouzari v. Iran ante los tribunales canadienses.

Estados Unidos es el único país a adoptar una legislación específica permitiendo a los tribunales analizar las demandas contra Estados extranjeros por actos imputables a ellos realizados fuera de las fronteras americanas. En efecto en 1996 el Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 fue modificado por el Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (FSIA terrorism exception o State Sponsored Terrorism Exception). Este último instrumento otorga a los ciudadanos americanos víctimas de lesiones personales o muerte, derivadas de actos de tortura, asesinatos extrajudiciales, sabotaje de aeronaves o toma de rehenes, cometidos en territorio extranjero e imputables a un Estado, la posibilidad de buscar reparación en las Cortes Americanas. El principal límite a tales acciones es que el Estado demandado debe ser considerado “financiador” (sponsor) de terrorismo de acuerdo con una lista elaborada por la Secretaria de Estado. En esa lista figuran actualmente Cuba, Irán, Corea del Norte , Libia, Siria y Sudan³³.

Entre 1996 y 2000 muchas demandas fueron presentadas e indemnizaciones pulposas fueron concedidas³⁴ que no fueron fácilmente ejecutadas al enfrentar el privilegio de la inmunidad de ejecución por parte del Estado extranjero y la negativa inicial del gobierno americano de autorizar la utilización de bienes congelados de propiedad de esos Estados para tales fines. En enero de 2008 una nueva enmienda legislativa fue aprobada por el Congreso motivada por algunas interpretaciones de la enmienda Flatow realizadas por Cortes Federales.

³³ Irak fue retirado en 2003.

³⁴ La más célebre sin duda fue concedida en el proceso Flatow v. Islamic Republic of Iran, que daría origen a una modificación de legislación conocida como la enmienda Flatow : Civil liability for acts os state sponsored terrorism Act. Esa enmienda creó una base legal para que las victimas pudiesen iniciar una acción contra el oficial, empleado o agente del Estado extranjero que perpetra el acto. Además creaba una base legislativa federal para ese tipo de acción, Independiente de La legislación del Estado de la federación de residencia de las victimas. Es pertinente aclarar que el FSIA se analiza en demandas contra Estados, contra individuos existen otros dos instrumentos jurídicos: el ACTA y el TVPA Torture Victim Protection Act de 1991.



El National Defense Authorization Act modifica el FSIA en el sentido de crear una nueva sección que deja claramente establecido en ámbito federal el derecho de acción privada contra un Estado extranjero sobre la base de la enmienda Flatow. Tal legislación no soluciona el problema de individuos que buscan indemnización por violaciones de derechos fundamentales imputables a Estados extranjeros en contextos totalmente diferentes.

Es en los Estados carentes de legislación especial donde los Tribunales han tomado la iniciativa de buscar soluciones concretas e innovadoras a las demandas de víctimas de derechos humanos. Tales esfuerzos encuentran fundamento, parcial o totalmente, en el derecho internacional. Fueron los jueces griegos los pioneros de esa corriente que encontró eco rápidamente en los tribunales italianos. En el célebre caso *Distomo* de 1997, *prefectura de Voiotia y otros v. República Federal de Alemania*³⁵, el Tribunal de primera instancia después de determinar la jurisdicción sobre el conflicto apoyándose en las normas de la Convención de Basilea y en el derecho consuetudinario, utiliza la noción de *Jus Cogens* para apartar el privilegio de la inmunidad estatal. En efecto, de acuerdo con la sentencia, los crímenes de guerra, como son considerados los hechos que originan la demanda, constituyen violaciones de normas imperativas de derecho internacional que no pueden ser consideradas actos soberanos amparados por la inmunidad de Estado. De otra parte, continua la decisión, actos de tal naturaleza deben ser considerados nulos y prohibidos a la luz del derecho Internacional de tal forma que toda conducta a su favor debe ser considerada una forma de cooperación con una violación del derecho internacional. El tribunal de segunda instancia acompañaría la decisión, así como la Corte Suprema en 2000. Posteriormente un Tribunal Especial rechazaría esas conclusiones sin que esto afectase su importancia y repercusión.

Desde 2004, con la decisión de la Corte de Casación en el caso *Ferrini v República Federal de Alemania*³⁶, los tribunales italianos desarrollaron una jurisprudencia constante en el sentido de no conceder el privilegio de la inmunidad de jurisdicción a Estados extranjeros que

³⁵ Entre los múltiples comentarios sobre el caso ver: Gavouneli Maria y Bantekas Elias, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany case 11/2000 – International decisions*, en *AJIL*, 95, 2001, p.98.

³⁶ La decisión *Ferrini* dio lugar a una bibliografía extensa entre la cual cabe destacar los artículos de Andrea Bianchi. Ver entre muchos otros su comentario sobre La decisión en *AJIL*, vol. 99, 2005, PS. 242-248.



enfrenten acusaciones de violación de normas de Jus Cogens principalmente cuando se trata de crímenes de guerra³⁷. La particularidad de la posición italiana radica en la invocación constante de los principios del Derecho Internacional consuetudinario, entre los cuales está la inmunidad de jurisdicción de Estado extranjero cuyo alcance no es mas absoluto, y en el reconocimiento de una jerarquía superior a las normas imperativas – Jus Cogens – sobre las demás disposiciones del Derecho Internacional por representar la garantía de valores universales que trascienden los intereses nacionales individuales. Tal superioridad genera como consecuencia necesaria la imposibilidad de conceder un privilegio que amenace la integridad de tales valores.

La actitud italiana generó protestas de la República Federal de Alemania, Estado especialmente afectado por las decisiones, que fueron sostenidas por el Primer Ministro Berlusconi sin modificar la posición del Poder Judicial. Tal situación motivó en diciembre de 2008 el depósito de una demanda ante la Corte Internacional de Justicia cuya fundamental acusación radica en la violación de la regla consuetudinaria de la inmunidad de Estado extranjero. Grecia acaba de someter a la Corte una solicitud para intervenir en el proceso invocando intereses jurídicos indirectos relacionados al ejercicio de la jurisdicción que sus tribunales pueden ejercer en virtud del Derecho Internacional y que podrían ser afectados por una decisión internacional³⁸.

Si bien es cierto que la decisión de la Corte Internacional de Justicia es importante para la evolución posterior de las posiciones favorables a una mayor garantía de los derechos fundamentales y del reconocimiento de la superioridad de las normas imperativas, es imposible ignorar los intereses políticos que están en juego y que pueden motivar una posición conservadora de los privilegios estatales. Muchos autores han apuntado las consecuencias nefastas que en su opinión tendría una decisión favorable a la prevalencia de las normas

³⁷ La corte de Casación afirmo en su sentencia que Itália podría ejercer su jurisdicción frente a demandas presentadas por personas que durante La Segunda Guerra Mundial hubiesen sido deportadas a Alemania y sometidas a trabajos forzados en la industria armamentista. La sentencia Ferrini fué confirmada por otras decisiones emitidas el 29 de mayo y El 21 de octubre de 2008.

³⁸ CIJ, 17 de enero de 2011 – solicitud de Grécia para ser reconocido como Estado interviniente en el Proceso RFA v Itália.



imperativas, con la posibilidad de un aumento inusitado de demandas contra Estados Extranjeros por hechos pasados³⁹. Otros consideran esa situación infundada.

Lo que es cierto es que el conflicto República Federal de Alemania v. Italia es la oportunidad para que el Tribunal Internacional enfrente claramente ciertas cuestiones que hasta ahora han sido evitadas. Los defensores de los Derechos Humanos cuentan para eso con la intervención de uno de sus representantes más activos y reconocidos internacionalmente. El Juez Cançado Trindade ya ha demostrado su interés en analizar en profundidad el conflicto inmunidad v derechos fundamentales/Jus Cogens⁴⁰.

2.1 Las soluciones locales ante la diversidad de problemas.

Los conflictos relacionados con contratos de trabajo celebrados en el Brasil por Estados extranjeros siempre fueron objeto de análisis por los jueces brasileños. Como ya fue señalado, en 1989 el Supremo Tribunal Federal consagró el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción para los Estados Extranjeros, visando principalmente esas relaciones, así como los contratos de naturaleza comercial.

Para justificar su nueva posición la Suprema Corte Brasileña buscó fundamento en la erosión del paradigma de la inmunidad absoluta consagrado por las legislaciones más modernas y por la jurisprudencia foránea. Lo que en ningún momento aparece en las decisiones es la referencia a la seguridad jurídica buscada por esas legislaciones, que al consagrar hipótesis en que el Estado no puede invocar la inmunidad termina con la discrecionalidad de los Tribunales para determinar los actos sometidos a su competencia y elimina la referencia a los actos de gestión y de imperio. La libertad para clasificar un acto como de gestión o de imperio, con las respectivas consecuencias en materia de reconocimiento de inmunidad, se mantiene en el sistema judicial brasileño con las eventuales contradicciones que puede generar.

³⁹ Entre los autores más importantes se encuentra Christian Tomuschat

⁴⁰ Prueba de ello fué su manifestación, contraria a la mayoría, ante La demanda reconvenzional de Itália.



Es en la última década que los tribunales nacionales han enfrentado demandas contra Estados Extranjeros fuera de los parámetros tradicionales. Entre las más originales se encuentran, sólo por citar algunas, las presentadas contra los Estados Unidos de America por incumplimiento de pagar una recompensa a quien diera informaciones del escondite de Sadam Hussein y por intervenir en el golpe de Estado que derrocaría el Presidente João Goulart⁴¹. No es de extrañar que acusaciones de violación de derechos fundamentales hagan parte de esa nueva tendencia, lo que ha conducido los jueces a hacer un análisis más profundo de las razones que justifican la concesión de inmunidad.

En 2008 el Superior Tribunal de Justicia examinó el Recurso Ordinario 64 SP⁴² que recuerda el caso Distomo. Ese recurso tiene origen en una demanda contra el Estado Alemán presentada por un francés naturalizado brasileño, Salomón Simón Frydman, en que solicita indemnización por los actos cometidos contra él y su familia de etnia judaica durante la ocupación de Francia por las fuerzas alemanas. En la sentencia, cuya Relatora es la Ministra Nancy Andrighi, se reconoce el interés de la jurisdicción brasileña en actuar en la represión de ilícitos como los descritos en la demanda.

Dos razones justifican la posición del Tribunal: en primer lugar, la existencia de representación del Estado extranjero en el territorio brasileño que autoriza la aplicación del artículo 88 I del Código de Procedimiento Civil y en segundo lugar, el hecho que la Constitución Brasileña tiene como un principio fundamental el respeto a la dignidad de la persona humana, fuera del compromiso adquirido en el ámbito internacional de garantizar la prevalencia de los Derechos Humanos, la autodeterminación de los pueblos y el repudio al terrorismo y al racismo. Los actos practicados por el ejercito alemán durante la ocupación son de esa naturaleza y cuando dirigidos contra ciudadanos brasileiros, inclusive los naturalizados, interesan al Estado Brasileño y pueden ser juzgados por sus tribunales.

⁴¹ Vid RO nº 57_RJ (2007/0081639-4).Dje14/09/2009, pp.2-43.

⁴² RO nº 64_SP (2008/0003366-4), Dje 23/06/2008, pp.2-17.



A continuación la decisión se refiere a la inmunidad de Estado Extranjero considerando que no representa una regla aplicable de manera automática, mas un derecho que puede o no ser ejercido por el Estado, por lo cual el proceso no puede extinguirse sin manifestación del mismo. La decisión concluye: “Se justifica la citación del Estado Extranjero para que alegue su interés de no someterse a la jurisdicción brasileña demostrando que la hipótesis se encuadra como un acto de imperio que autoriza la invocación del principio”. La oportunidad de discutir a fondo la posibilidad de no conceder la inmunidad frente a actos considerados crímenes de guerra no fue aprovechada por el tribunal brasileño como lo hicieron las Cortes griegas.

De los casos analizados por el Superior Tribunal de Justicia que merecen destaque están las demandas de indemnización contra la Republica Federal de Alemania por la muerte de pescadores en la costa brasileña causada por ataques de submarino durante la segunda guerra mundial⁴³. A pesar que en todas las decisiones el Tribunal consideró que ante un acto de guerra la inmunidad de Estado debe ser reconocida por tratarse de un típico acto de Imperio, la discusión sobre el conflicto entre inmunidad y violación de derechos fundamentales y normas imperativas fue iniciada.

En el RO 74 RJ, cuya decisión es de mayo de 2009, el Ministro Salomón en su voto vista reconoce la competencia de los Tribunales Brasileños para dirimir el conflicto y hace un relato pormenorizado de la evolución de la cuestión, citando las decisiones griegas e italianas como pioneras. Sostiene de otra parte, que en el caso concreto es irrelevante la caracterización del acto como de imperio o de gestión puesto que constituye un crimen de guerra (ya tipificado en la época como tal) contrario a normas de Jus Cogens y en ese caso el principio de la inmunidad de Estado presenta una excepción justificada en la necesidad de proteger tales dispositivos y garantizar su prevalencia. Para el Ministro la inmunidad de jurisdicción es incompatible con violación de normas imperativas, la Constitución Brasileña consagra la obligación de garantizar el respeto a los Derechos Fundamentales y concluye que por tales motivos no se debe conceder la inmunidad en este caso.

⁴³ Recursos Ordinarios 62 RJ, 66 RJ, 72 RJ y 74 RJ entre otros.



El enfrentamiento entre inmunidad de jurisdicción y violación de Derechos Humanos también fue planteada últimamente en casos de deportación de ciudadanos brasileños. Siendo la decisión de un Estado de admitir o no el ingreso de una persona en su territorio un típico acto de imperio, uno de los demandantes evitó de discutir el acto en sí para atacar los abusos cometidos por los agentes gubernamentales durante el procedimiento. En la sentencia emitida en el Recurso Ordinario 70 RS, de 27 de mayo de 2008, el Tribunal manda citar el Estado Extranjero para que se manifieste y compruebe, si es el caso, que el acto es de imperio garantizando el privilegio de la inmunidad.

El demandante ingresaría posteriormente con un recurso (Agravo de Instrumento) al considerar que la citación por el Tribunal de Primera Instancia y la posterior manifestación del Estado extranjero habrían ocurrido de forma incorrecta. En las palabras del demandante: "El propio contenido de la manifestación hace evidente que la parte demandada no conoce los reales motivos de la acusación objeto del proceso una vez que la demanda judicial no confronta, en ningún momento, el derecho del Estado Extranjero de vedar el ingreso de extranjeros que no cumplen con las exigencias documentales, así como aquellos que se encajan en los perfiles delineados como peligrosos, sino que se refiere a la forma abusiva y violadora de los derechos humanos en que la prohibición del ingreso en el país fue hecha". El objetivo del recurso es el de garantizar que el Estado acusado vá a tener conocimiento pleno de la acusación y así tener oportunidad de defenderse debidamente.

Consideraciones Finales:

La inmunidad de jurisdicción, tal como se propuso trabajar en este artículo, constituye, sin sombra de duda, uno de los temas más actuales a que los tribunales nacionales, en particular el brasileño, si tiene debruzado a la hora de se determinar los límites y posibilidades de la judicialización e ejecución de un Estado extranjero.

La relativización de la inmunidad ya es un eco cada vez más recurrente, como se propuso analizar, en el judiciary nacional. Muchos son, entretanto, las incertidumbres



encontradas, desde los dilemas de la processualística a ser seguida, que carece de una normativa armonizada interna e externamente, hasta la clasificación de la naturaleza de los actos delictivos realizados por el Estado extranjero.

Es, así, de importancia crucial, la continuidad del análisis del instituto jurídico de la inmunidad de jurisdicción, por este representar, hoy por hoy, una de las piezas fundamentales del engranaje del sistema de promoción y protección de los derechos humanos. La mejor y mayor comprensión y utilización del instituto por los judiciarios nacionales, seguramente contribuirá con el cambio paradójico tan necesario para la protección de los derechos humanos en una escala global.

Bibliografía Especializada:

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio, “Questões procedimentais das ações contra Estados e organizações internacionais”, in A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro. Coord. Mario Garcia e Antenor Pereira Madruga Filho, CEDI:Brasília, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, v. 1, 2002.

_____. Instituições de direito processual civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, v. 2, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão, Jurisdição e competência, 14 ed., São Paulo:Saraiva, 2005.

CARNERERO, Ruben. La Inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado Extranjero. Madrid:IUSTEL, 2007.

LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de Direito Processual Civil, trad. Port. Forense, 1984.



MADRUGA F., Antenor P., A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição, Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos, 2007.

RODRIGUES, Marcelo A., Manual de Direito Processual Civil, 5.ed., Belo Horizonte:Del Rey, 2010.



Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura

(Precedents, cooperation and motivation: construction, imbrication and rereading)

Lucas Buril de Macedo

Masters degree from the ederal University of Pernambuco. Lawyer.

Mateus Costa Pereira

Assistant Professor at the Catholic University of Pernambuco, Brazil. Lawyer.

Ravi de Medeiros Peixoto

Masters candidate at the Federal University of Pernambuco, Brazil. Lawyer.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o tema da motivação das decisões judiciais à luz dos novos aportes teóricos inseridos no direito processual brasileiro. A introdução de elementos da doutrina dos precedentes e a construção do modelo cooperativo de processo impedem a manutenção de um entendimento meramente formal acerca da fundamentação. Este elemento da decisão passa a ser maximizado, pois tanto a doutrina dos precedentes está umbilicalmente ligada à *ratio decidendi*, como o processo cooperativo depende de uma fundamentação que demonstre a construção dialética da solução do caso concreto.

Palavras-chave: Motivação – Processo Cooperativo - Precedentes

Abstract: The present essay has as objective analyze the theme of motivation of the judicial decisions in light of the new doctrine theoretical contributions to the brazilian civil procedure. The introduction from



elements from the doctrine of precedents and the construction of a cooperative model of process prevent the maintenance of a formal view about the motivation. This element of the decision is now maximized, because the doctrine of precedent is extremely connected to the ratio decidendi, such as the cooperative process depends on the motivation to demonstrate the dialectic construction of the solution to the case.

Keywords: Motivation – Cooperative process – Doctrine of precedents.

Sumário: 1. Introdução – 2. O nascimento de uma teoria dos precedentes brasileira – 3. O princípio da cooperação – 4. A vinculação entre a teoria dos precedentes e a cooperação – 5. Notas adicionais acerca da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais – 5.1. O conteúdo do princípio da fundamentação na jurisprudência brasileira – 5.2. Obrigatoriedade de motivação das decisões, cooperação e precedentes judiciais: a convergência do projeto de CPC – Referências bibliográficas.

1 Introdução

Percebe-se, no debate jurídico atual, tanto a preocupação com um sistema de precedentes¹ que garanta segurança jurídica e isonomia aos cidadãos, como também na construção de um processo mais dialético, cooperativo, proporcionador dum espaço democrático² - por valorizar a condução dos debates com a participação de todos os sujeitos processuais -, sem protagonismos.

¹ Dentre outras obras, dissertações e teses na doutrina brasileira, podemos enumerar: DIDIER JR, Fredie et alii. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador : Juspodivm, 2010, v. 2.; ATAIDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012; LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010; MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004; ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf) Acesso



As atenções estão centradas tanto na cooperação como na doutrina dos precedentes, mas muito pouco, ou nada se vê, que trate da imbricação dos dois temas, os quais, assim nos parece, merecem uma abordagem coordenada.

Neste trabalho buscamos mostrar como uma teoria dos precedentes deve ser construída; mais especificamente, procura-se perspectivar um sistema de precedentes a partir de um processo cooperativo; mais do que isso, assenta-se que o respeito aos precedentes só se revela um caminho viável em um processo dialético, em que exista um debate real, o qual vem sendo prescindido na *praxis* brasileira.

Assim, inicialmente, analisaremos como vem sendo feita esta implementação da doutrina dos precedentes no ordenamento brasileiro para, em seguida, trazermos conceitos e debates essenciais acerca do processo cooperativo.

Ato seguinte, buscaremos mostrar a indispensabilidade do princípio da cooperação para que se atribua eficácia vinculante (*rectius*: vinculativa) às decisões judiciais, e, noutra mão, como o respeito aos precedentes pode otimizar o funcionamento do processo cooperativo.

Por fim, analisa-se corolário de ambas as teorias, a fundamentação, perspectivando-a a partir da sua base constitucional e das mudanças propostas no Novo Código de Processo Civil, sem prescindir de uma salutar crítica à sua concretização na atual jurisprudência.

2 O nascimento de uma teoria dos precedentes brasileira.

Recentes inovações legislativas vêm conduzindo o ordenamento brasileiro para posição mais próxima de uma sistemática de respeito aos precedentes. O sistema brasileiro

às 22h do dia 10.11.2011; CUNHA, Leonardo José Carneiro da . O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Direito constitucional. Os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas*. MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. (Org.). Curitiba: Juruá, 2012; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito procesual civil português*. Coimbra: Wolter Klumers, 2010; GOUVEIA, Lucio Grassi. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: *Leituras complementares de processo civil*, 8. Ed. Fredie Didier (Org.). Salvador: Juspodivm, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no proceso civil*. São Paulo. RT, 2009.



agora é contemplado por uma série de normas que não cabem na tradicional delimitação do *civil law*³.

Nesse sentido houve a instituição da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC 45/2004), do julgamento liminar pela improcedência de causas repetitivas (art. 285-A, do Código de Processo Civil, introduzido em 2006), da eficácia vinculante da decisão que nega repercussão geral (art. 543-A, §5º, do CPC, aditado em 2006), e de outros mecanismos que, muito embora positivados há algum tempo, carecem de uma releitura. Dentre eles, têm especial relevância os efeitos vinculantes em controle concentrado de constitucionalidade, os recursos extraordinário e especial – este com especial destaque para a hipótese de cabimento por divergência interpretativa –, os embargos de divergência em recurso extraordinário ou especial, o incidente de uniformização de jurisprudência, os poderes do relator arrolados no art. 557 do CPC.

A tudo isso devem ser somados os debates das importantes inovações decorrentes da jurisdição constitucional no Brasil, como a teoria dos motivos determinantes (que, caso confirmada, aplica-se tanto ao controle concentrado como ao difuso); a pretendida “mutação constitucional” do art. 52, X, da CF/88 (abstrativização ou objetivação do controle difuso); e a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento ou atração (tratada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade sob n.ºs 2.729, 2.797 e 2.860).

Além do que está posto, com a expectativa de um novo Código de Processo Civil, novas e importantes previsões contribuirão para a temática, além da manifesta possibilidade de uma regulação direta da matéria. Figure-se, a título exemplificativo, a sistematização das tutelas de evidência e a disciplina do incidente de resolução de causas repetitivas⁴.

³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 83 e ss. Se é que, algum dia, foi possível realizar esse “encaixe” com tranquilidade, bastando resgatar as origens de nosso controle de constitucionalidade.

⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Repro*. v. 193, 2011, p. 255-279.



Na esteira de posição difundida na doutrina⁵, o julgamento liminar pela improcedência no projeto de Código de Processo Civil, - conforme a redação final do Senado Federal -, será modificado para permitir ao magistrado utilizá-lo quando o pedido contrariar: “súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça” (307, I); ou “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” (307, II); ou, “contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (307, III).

A atualização da legislação e da leitura dos dispositivos legais, parece-nos, vem fomentar velhos princípios, conhecidos de longa data, mas que se restringiam a concretizações pontuais; são eles: a segurança jurídica, a estabilidade (talvez, no direito brasileiro, seja um aspecto do princípio anterior) e a isonomia⁶.

A partir de um sistema de respeito aos precedentes a resposta do judiciário torna-se mais previsível, o que propicia o crescimento da confiança depositada pelos jurisdicionados e facilita o trabalho dos operadores. Assim, o *stare decisis* “preserva a legitimidade da corte. Por esse viés, o respeito público depende da percepção de que as decisões do tribunal são governadas pelo estado de direito, e não por caprichos do processo político”⁷.

5 Por todos, ver: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 55.

6 THOMAS, E. W.. *The judicial process*. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2005, p. 144 e ss. “*The various reasons why precedent should be adhered to have been spelt out many times over. Lawyers are familiar with the list: assuring stability in society by promoting certainty and predictability in the law; protecting the interests of those who have relied on existing case law; maintaining the legitimacy of the law and public confidence in the courts; ensuring that the courts do not usurp the law-making prerogative of the people’s elected representatives; and achieving greater judicial efficiency.*” (p. 144-145). Tradução livre: “As várias razões por que o precedente deve ser assentido (*adhered to*) foram enunciadas várias vezes. Os advogados são familiares com essa lista: assegurar a estabilidade na sociedade, por promover certeza e previsibilidade ao direito; proteger os interesses daqueles que confiaram na regra casuística existente; manter a legitimidade do direito e a confiança pública nas cortes; certificar que as cortes não usurpem a prerrogativa de criar direito dos representantes eleitos do povo; e alcançar maior eficiência judicial”.

7 Nesse sentido a lição de LEE, Thomas R.. “*Stare Decisis in historical perspective*”. *Vanderbilt Law Review*, v. 52. Nashville, 1999, p. 653-654. No original: “*Stare decisis is also thought to preserve the Court’s legitimacy. Under this view, public respect depends on a perception that the Court’s decisions are governed by the rule of law, and not by the vagaries of the political process*”.



Outrossim, tem-se maior estabilidade, talvez o valor do qual mais carece o Direito brasileiro, habituado a constantes viradas jurisprudenciais⁸, e também com o caos de entendimentos dos tribunais intermediários. Não raro, a dissonância persevera nas próprias turmas de tribunais superiores⁹.

A isonomia, reconhecida como indispensável partícipe na produção de leis e durante todo o *iter* processual, vem sendo preterida no resultado da jurisdição¹⁰. Qual seria a utilidade dessa igualdade afirmada em leis ou mesmo perante a atuação do Poder Jurisdicional, senão a de uma farsa consentida, se ela não é garantida na decisão final, no pontuar do que é jurídico? É, no mínimo, imperdoável incoerência, ao se entender o processo como finalístico, não garantir a isonomia nas decisões judiciais, deixando-as sem qualquer critério substancial¹¹.

Ademais, com a institucionalização de precedentes vigorosos contribuir-se-á para um processo com duração razoável (inc. LXXVIII do art. 5.º da Constituição), já que serão de fácil solução as corriqueiras demandas repetitivas (direitos individuais homogêneos)¹², sem dúvidas uma das protagonistas no abarrotamento do Judiciário; efetivo, eis que o método dos precedentes, como se verá, estimula a dialética processual e, por consectário, a produção de decisões qualitativamente superiores¹³; e trar-se-á forte contribuição para o princípio da cooperação; e enxergar-se-á, com maior facilidade, os lindes da lealdade processual¹⁴.

Finalmente, foram aqueles três princípios acima abordados que alicerçaram a adoção da doutrina do *stare decisis* nos países de *common law*, o que resulta na inequívoca possibilidade de fazer algo similar no sistema pátrio, claro, a partir de uma postura hermenêutica renovada e com as indispensáveis adaptações à cultura jurídica nacional.

⁸ Conferir, nesse sentido, CAMBI, Eduardo. jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, v. 786, p. 108-128.

⁹ Sobre estabilidade, MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford : Oxford Un. Press, 2009, p. 22.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo : RT, 2010, p. 142 e ss.

¹¹ Sobre, na doutrina e experiência estrangeira, a fixação das decisões prévias como critério substancial para a atividade judicante posterior: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory o law*. Boston : Reidel, 1992, p. 149.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 186-187.

¹³ SCHAUER, Frederick. "Precedents". *Stanford Law Review*, v. 39. Stanford, 1987, p. 18-19.

¹⁴ Ver tópico 3, *infra*. No sentido do texto, embora em análise do direito material, a partir da boa-fé como conceito indeterminado, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo : RT, 2000, p. 302.



Essa mudança, que se encontra renunciada, tem no agora, o melhor momento para seu debate, adequando-a a nossa realidade e, também indispensável, adequando-nos aos critérios e métodos de sua aplicação, apreendendo o que nos pode ser útil. Daí, forçoso seja a doutrina dos precedentes pensada a partir do nosso modelo cooperativo de processo e tendo em conta suas nuanças.

3 O princípio da cooperação.

O princípio da cooperação está previsto, pela primeira vez, no projeto de Código de Processo Civil, ora em tramitação na Câmara dos Deputados. Este princípio tem inspiração em diversos sistemas jurídicos estrangeiros que já o adotaram, como o alemão, o português e o italiano. Nos dispositivos que tratam do tema afirma-se o seguinte:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito.

Destes artigos é possível extrair o princípio da cooperação, a partir da necessidade da colaboração das partes com o juiz.

Sem embargo, mesmo sob a égide do atual Código de Processo Civil já é possível buscar algumas de suas manifestações, tanto doutrinariamente¹⁵, como pela jurisprudência, muito embora em alguns casos ele tenha sido disfarçado de princípio do contraditório¹⁶.

Esse princípio advém de uma releitura do princípio do contraditório¹⁷, a partir da constitucionalização do processo¹⁸, retirando o magistrado, na condução do processo, de uma

¹⁵ Pontes de Miranda já falava em um dever de cooperação das partes para com o Magistrado, definindo o como o “de colimar rápido e justo desenvolvimento do processo. (*Comentários ao código de processo civil*, 5. Ed. São Paulo: Forense, 1997, t. 1, p. XXII).

¹⁶ Nelson Nery, por exemplo, usando apenas o princípio do contraditório, trata do dever de consulta, que ainda será analisado, para chegar à proibição da decisão surpresa, embora em nenhum momento mencione o princípio da cooperação. (*Princípios do processo na Constituição Federal*, 9. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 221-230).

¹⁷ Para um histórico do princípio do contraditório, até o seu entendimento como “ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes”, cf.: PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars* As matrizes



posição assimétrica em relação às partes, para equipará-los¹⁹, devendo haver um diálogo, uma comunidade de trabalho²⁰ dentre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa²¹.

Analisando o direito brasileiro a partir da constituição de 1988, Hermes Zaneti Jr. afirma que houve, então, a evolução de uma democracia centralista, fundada na prevalência do executivo e do legislativo, para uma democracia pluralista, com abertura participativa, refletindo também no discurso judicial. Passou-se de um sistema baseado em regras e centrado no juiz, para “um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica”²²⁻²³.

histórico-culturais do contraditório. In: *Jurisdição e Processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Observa-se uma retomada da valorização da dialética, assim como o foi no processo comum europeu, onde o processo era “fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso às 22 do dia 26.10.2011).

¹⁸ Sobre os pressupostos para a constitucionalização do direito, cf.: GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 49-58. Mais especificamente no processo civil: MITIDIÉRO, Daniel, Op. Cit., p. 23-62.

¹⁹ A posição simétrica deve ser garantida na condução do processo, no entanto, no momento de proferir a decisão, haverá, inexoravelmente, em face de ser o magistrado o único legitimado a proferir a decisão, uma mudança na posição, voltando a haver uma assimetria entre as partes, colocando-se o magistrado no vértice da relação processual. Em todo caso, a introdução do princípio da cooperação gera mudanças no processo decisório, pois, além de haver um maior contato entre as partes para sua formação, há uma maior exigência em relação à fundamentação, que, em todo caso, é imprescindível para a garantia de que houve efetivo diálogo e não monólogos. Cada vez mais é inadmissível decisões em que não há demonstração do diálogo entre as partes, pois, na fundamentação, deve o magistrado demonstrar porque não acolheu os argumentos do sucumbente e porque acolheu os da parte vitoriosa.

²⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168. Em sentido semelhante, afirmando que as partes devem cooperar para o desenvolvimento da pretensão litigiosa: TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009, p. 23.

²¹ Já apontava Bobbio a ampliação do processo de democratização (Democracia representativa e democracia direta. In: *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 54), que, de modo atrasado, alcançou a formação da decisão jurisdicional, indo além da questão do acesso à justiça, entendido como a busca por um processo de resultados. Especificamente sobre a democracia participativa, cf.: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

²² *Processo constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56-57.



Essa nova acepção do processo tem como base a superação das concepções privatistas que regem o sistema processual, deixando de ser um duelo entre as partes, havendo, agora, uma publicização do processo²⁴, onde o magistrado zelarà pela valorização do contraditório, assumindo uma atitude ativa na condução do duelo, de modo a garantir uma condução cooperativa do processo, com um diálogo entre os partícipes da relação processual e, insista-se, sem protagonismos²⁵.

O novo modelo propugnado ganha importância, pois cada vez mais, tem sido concedida maior importância para a figura do magistrado, a exemplo da criação da teoria dos precedentes, onde haveria vinculação das decisões dos tribunais superiores, não só das ações de controle concentrado e das súmulas vinculantes, ambos do STF, ou mesmo da adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, onde o magistrado poderia incumbir o ônus da prova a quem tem melhor condições de produzi-la no caso concreto²⁶.

Portanto, acreditamos que, para contrabalancear o aumento do poder do magistrado, é necessária a concessão de maior legitimidade democrática a tais decisões, que seria justamente através da utilização do princípio da cooperação, fomentando-se um diálogo mais acentuado dentre as partes e o magistrado. Enfim, um dos efeitos do princípio da cooperação é permitir uma maior atividade das partes na construção das decisões, em face justamente do fenômeno do aumento dos poderes do magistrado no processo moderno. Busca-se, desta forma, um modelo cooperativo, evitando uma ditadura do magistrado dentro do processo²⁷⁻²⁸.

²³ Aponta Ovídio Baptista que, em nossas circunstâncias históricas o poder Judiciário “tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre-acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 201).

²⁴ Quando nos referimos a publicização do processo, objetivamos destacar, por um lado “a função supletiva e de direção processual do Juiz e, doutra parte, dos deveres de lealdade, probidade e verdade”. CAPPELLETTI, Mauro. As ideologias no direito processual. In: *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Safe, 2010, v. 2, p. 50.

²⁵ DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., p. 47. Em sentido semelhante, afirmando que o magistrado deve participar do processo pelo diálogo, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 1, p. 135.

²⁶ Sobre o tema da dinamização do ônus da prova, cf: BURIL, Lucas. *Dinamização do ônus da prova como forma de tutela dos direitos fundamentais processuais*. Monografia. Recife, UNICAP, 2011.

²⁷ Apontando a cooperação como um limite ao poder do juiz: ZANETI JUNIOR, Hermes. Op. Cit. 196; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.



Antes da constituição de 1988, percebe-se que o magistrado brasileiro assumia a figura de “Júpiter”, tendo a lei como única base, “limitado” à utilização da subsunção para as soluções do caso concreto. Era um magistrado de atuação mais contida, legalista. Com a constituição de 1988 e as inúmeras reformas processuais, além do fenômeno do ativismo judicial, acabamos por iniciar a criação do magistrado “Hércules”, o qual, sozinho, tentará resolver todos os problemas da sociedade. Como cediço, não funciona, muito embora possa aparentar, pois há sempre o perigo da hipertrofia de um dos “três” poderes.

De toda sorte, para os que pensam em sentido contrário, questiona-se: assumindo-se que esse modelo tenha funcionado até o momento porque a magistratura tem acompanhado os anseios da sociedade, mas, se esta iniciar a se desvirtuar da sua função, como combater uma ditadura do judiciário, após a concessão de todos os poderes à figura de “Hércules”?

É pela saturação dessa figura, que se propôs a figura de “Hermes”, sendo este definido da seguinte maneira:

O primeiro destes objetivos relaciona-se com a legitimidade procedimental do Direito. Seja qual for o conteúdo material das soluções que impõe, o Direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública razoável, um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório (...) a primeira garantia de legitimidade reside no respeito às condições de discussão sem coação.²⁹

Portanto, busca-se um magistrado que concilie a abertura normativa, a adoção da vinculação das suas decisões, a busca por soluções efetivamente justas, dentre outros anseios

²⁸ Inclusive, conforme nos informa Leonardo Carneiro da Cunha, este foi um dos objetivos da reforma processual portuguesa, quando na exposição de motivos do Decreto-lei nº 329-A/95 estabeleceu que “a garantia da prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio da cooperação, por uma participação mais activa das partes no processo de formação da decisão”. (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Relatório de conclusão do estágio de pós-doutoramento. Lisboa, 2010).

²⁹ Tradução livre de: “*El primero de estos logros concierne a la legitimidade procedimental del Derecho. Sea cual fuere el contenido material de las soluciones que impone, el Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública razonable, un modo de solución de conflictos equitativo e contradictorio. (...) la primera garantia de legitimidade reside em el respecto a las condiciones de la discusión sin coacción*” (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, 1993. Disponível em <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15938>>. Acesso às 20h do dia 20.20.2011, p. 190. Este texto trata de modo detalhado os três tipos de juízes mencionados no texto).



da sociedade, que geram um aumento do poder dos magistrados, com a necessidade de concessão de maior legitimidade democrática, havendo a participação efetiva das partes na construção das decisões e não uma mera participação formal, ignorada na construção da solução do caso concreto³⁰.

A partir dessa teorização, a doutrina elaborou os seguintes poderes-deveres para o órgão jurisdicional: a) dever de esclarecimento; b) dever de consulta; c) dever de prevenção; e d) dever de auxílio.

O dever de esclarecimento consiste na obrigação de o magistrado se esclarecer perante as partes em relação às dúvidas sobre suas respectivas alegações, pedidos ou posições em juízo, evitando, assim, decisões apressadas. O dever de consulta consiste na proibição da decisão de terceira via, ou seja, não poderá o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, mesmo que esta possa ser conhecida de ofício, sem que tenha havido manifestação das partes sobre ela³¹. Portanto, na fundamentação do magistrado é vedada a utilização de questões de fato e de direito não submetidas ao crivo do contraditório entre as partes³². Tem-se ainda o dever de prevenção, que consiste no dever de o magistrado informar às partes sobre a possibilidade de frustração dos pedidos pelo uso inadequado do processo. Segundo Lucio Grassi são quatro as áreas fundamentais de manifestação deste dever: “a explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a

³⁰ Em sentido semelhante, apontando que o “abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa” tem como consequência a “recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo”, cf.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Repro*. v. 137. São Paulo: RT, 2006, p. 17. Assim também: BRAIN, Renzo I. Cavani. La declaración jurisdiccional de nulidad en el proceso civil: Cinco tópicos fundamentales. *Civil Procedure Review*, v.2, n.2, 2011, disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso às 19h, do dia 13 de fevereiro de 2013, p. 10.

³¹ Este dever está expresso no NCPC, nos artigos 9º e 10º, com a seguinte redação:
Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo nos casos de tutela antecipada de evidência previstos no parágrafo único do art. 287 e nos de tutela antecipada de urgência.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. Já há precedente admitindo a impossibilidade de decisão surpresa, conforme se infere da Ação rescisória 595132226, j. 10.05.1996, rel. designado Des. José Maria Rosa Tesheiner, que contou também com o à época desembargador Araken de Assis e de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como advogado. (O formalismo-valorativo... cit. p. 30, nota de rodapé 59).

³² Sobre a proibição da decisão de terceira via e sua justificativa, cf: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes... cit., Mais especificamente no n.3.



necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação” pela parte³³. Por último, tem-se o dever de auxílio, caracterizado pela necessidade de o magistrado “auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”³⁴.

A legislação não insere todos os casos de aplicação do princípio, cabendo ao intérprete analisar a atuação das partes para definir quando houve sua violação através da aplicação direta, definida como a “atuação sem intermediação ou interpretação de um outro (sub-)princípio ou regra”.³⁵ Portanto, é desnecessária a concretização legislativa para sua aplicação,³⁶ embora nada impeça que o legislador o faça, cabendo ao magistrado garantir a atuação dos sujeitos da relação jurídica processual de acordo com o dever de diálogo na relação processual³⁷.

No presente artigo, objetivamos demonstrar a sua íntima relação com a correta utilização de uma teoria dos precedentes, na medida em que esta deve sempre privilegiar a dialética, permitindo a construção de precedentes capazes de tornar uma determinada tese jurídica estável no sistema.

³³ Op. Cit., p. 374.

³⁴ DIDIER JR, Fredie. Fundamentos.. cit. p. 20-21.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 97.

³⁶ As regras, embora não sejam imprescindíveis para a aplicação do princípio da cooperação, servem para concretizá-lo, auxiliando na delimitação do exercício do poder e conter a arbitrariedade jurisdicional, na construção da solução do caso submetido a análise (DIDIER JR, Fredie. Fundamentos.. cit. p. 53

³⁷ Quanto à possibilidade de medidas que visem a garantia de respeito pelas partes ao princípio da cooperação no NCPC de forma crítica, cf: BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: *Repro*. v. 190. São Paulo: RT, 2010, Versão Digital, n.5.

Em relação ao magistrado, pensamos ser suficiente a possibilidade de decretação da nulidade dos atos praticados sem a obediência do dever de colaboração entre as partes, ao contrário do que sustenta Daniel Mitidiero, que afirma ser possível a punição do juiz a partir do art. 133 do CPC. Não conseguimos perceber a possibilidade de utilização deste artigo, pois, deveria haver a utilização do inciso II, que tem ainda, como requisito, o parágrafo único, que afirma que, no caso de desobediência de algum dever do magistrado, deve haver sua notificação para realizar tal ato em 10 dias. Imagine uma decisão com desobediência ao dever de consulta, onde seria impossível o requerimento da intimação das partes sobre o fundamento novo utilizado do magistrado após a decisão. Não seria possível, só sendo viável a anulação da decisão, mas não a responsabilização pessoal do magistrado. (Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Repro*. V. 194. São Paulo: RT, 2011, Versão Digital n. 3).



4 A vinculação entre a teoria dos precedentes e a cooperação

A fundamentação, inserida em um ambiente hipercomplexo de fluidez normativa, ganha importância, pois é patente que as soluções para os casos concretos não advêm de uma mera função declaratória da jurisdição. O juiz cria direito no caso concreto³⁸ e, para que sua decisão seja razoável, ela deve ser justificada³⁹.

A própria Constituição Federal concedeu atenção especial à motivação das decisões, ao estabelecer, inclusive, norma sancionadora, determinando a nulidades das decisões com vício de fundamentação, como se infere do art. 93, IX. O próprio NCPC teve uma especial atenção com o tema, pois, no parágrafo único do art. 500, dispôs situações em que não se pode considerar uma sentença como fundamentada⁴⁰.

A motivação, entendida como um direito fundamental misto⁴¹, possui tanto uma função endoprocessual, no sentido de permitir às partes conhecer as razões que formaram o convencimento do julgador, como uma função exoprocessual, permitindo o controle da decisão pela via difusa da democracia participativa⁴².

³⁸ Por todos: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993, p. 23-27.

³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 156.

⁴⁰ Art. 476. São requisitos essenciais da sentença: (...)§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁴¹ Cristina Reindolff assim o justifica afirmando que a fundamentação será direito fundamental de primeira geração por garantir a liberdade e de segunda por garantir direito de uma coletividade. É direito de liberdade por garantir o Estado Democrático de Direito, a isonomia e o devido processo legal e é direito da coletividade pela sua função exoprocessual. (*A motivação das decisões cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 134-140).

⁴² Assim: *Serving as a modality of argumentation allows precedent to function as the médium through wich public authorities, including the Court, recognize the lawfulness of precedent and other modes of constitutional argumentation. Precedent serves as a forum, or testing ground for arguments base don precedent and other sources*. GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. cit., p. 148. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso Ode direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009, v. 2, p. 290. Sobre o tema, de modo mais detalhado, cf.: NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998, p. 29-72.



Ambos aspectos são essenciais ao manejo com os precedentes.

O controle pelas partes possibilita o trabalho do precedente pelo tribunal, tanto fático quanto jurídico, e, na medida em que o fundamento determinante da decisão (*ratio decidendi*) se estabilizará e deverá ser aplicado nos casos posteriores pelos demais julgadores, é imprescindível seja a decisão objeto de debate e aprimoramento. Tal conduta evitará futura surpresa dos magistrados quanto a novas argumentações jurídicas, evitando seja o precedente desconsiderado com brevidade ou distinguido demasiadamente ou, ainda, de forma inconsistente, situações que ensejam grande insegurança jurídica.⁴³

Pelo viés exoprocessual da fundamentação, leva-se a *ratio decidendi* ao crivo da sociedade e dos estudiosos, aprimorando-o, seja através de sua expansão como de sua contração, ou ainda, torna visível a necessidade de superação de determinado precedente, sendo de boa prudência a corte considerar a repercussão do tema diante das autoridades no tema. O debate não-oficial é aberto e tem ampla serventia no aprimoramento do direito⁴⁴. Nesse sentido, é reconhecido, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos – que são países que buscam delimitar com clareza os casos onde é possível o *overruling* – o apontamento pela doutrina da imprestabilidade ou injustiça de uma regra jurisprudencial como uma das hipóteses de possibilidade de revogação.

Na medida em que seja adotada uma teoria dos precedentes vinculantes (*rectius*: vinculativos) no processo brasileiro, é essencial uma valorização da fundamentação das decisões. Aliás, mais além do já expandido, deve-se ter em mente que o precedente *está na* fundamentação, ele é tal e qual pedra preciosa, extraído da rocha bruta. Através do labor interpretativo daqueles juízes que lhe são posteriores, em análise de casos similares, define-se o precedente, a partir da fundamentação da decisão prévia.

⁴³ Tratando de tais hipóteses como responsáveis por minar a força do precedente ZANDER, Michael. *The law-making process*. 6. ed. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2004.

⁴⁴ Interessante é a reflexão dos doutrinadores Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, em época em que ainda não havia a valorização dos precedentes judiciais, como se faz hoje, ao afirmarem a importância da fundamentação “para enriquecer e uniformizar a jurisprudência, servindo, desse modo, como valioso subsídio àqueles que, com sua dedicação e responsabilidade, contribuem para o aprimoramento do direito”. (*Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 75).



Em outras palavras, da fundamentação do caso concreto chega-se à *ratio decidendi*, a definição dos fatos jurídicos e seus efeitos nos moldes em que desenhados pelo tribunal; e essa mesma *ratio* torna-se, na perspectiva dos julgadores subsequentes, precedente⁴⁵. Pode-se enunciar, sem maiores problemas, que a norma estará na fundamentação, tornando inadmissível descuidos ou falhas em sua edificação.

Daí as vantagens, já arroladas *supra*, da cooperação.

Os benefícios da imbricação são simultâneos, e devemos tratar da contribuição da teoria dos precedentes para o princípio da cooperação.

É notória a ligação do princípio *sub examine* ao contraditório e à boa-fé. Com os precedentes é possível esclarecer situações nas quais a conduta do sujeito parcial é contrária aos ditames do processo cooperativo, tornando mais crível a aplicação do art. 17 do atual Código de Processo Civil (projeto de NCPC Art. 80), que tem grande valor à reprimenda de tais atitudes, mas que, muito embora essa sua característica e as múltiplas possibilidades de aplicação prática, foi relegado exclusivamente aos estudos, ante sua pouquíssima aplicação nos fóruns.

Ademais, após estabilizado determinado entendimento, sem dúvidas que a mera repetição indiscriminada de tese já refutada, seja nos juízes de primeira ou nos tribunais, tornar-se-á postura indefensável e digna da devida reprimenda. Permita-nos o leitor um breve juízo de valor, mas tal forma de litigância, que nos parece já ser injustificável, enseja um grave

⁴⁵ De imenso valor é a seguinte lição: “*Ratio decidendi* pode significar tanto ‘razão para a decisão’ como ‘razão para decidir’. Não deve ser inferido disso que a *ratio decidendi* de um caso tem de ser a fundamentação judicial. Fundamentação judicial pode ser integral à *ratio*, mas *ratio* em si é mais do que os fundamentos, e em muitos casos haverá razão judicial que não constitui parte da *ratio*, mas sim *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é literalmente um ‘dizer de passagem’, Nas opiniões judiciais, passagens que são *obiter* vem em várias formas – elas podem ser desnecessárias para o resultado ou desconexas aos fatos do caso ou direcionada para um ponto que nenhuma das partes procurou discutir – e talvez tenha sido formulada pelo juiz com menos cuidado ou seriedade que ele teria caso a passagem fosse fundamento essencial para a decisão. No original: “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the *ratio decidendi* of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the *ratio*, but the *ratio* itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the *ratio*, but *obiter dicta*. An *obiter dictum* is literally a ‘saying by the way’. In judicial opinions, passages which are *obiter* come in various forms – they might be unnecessary to the outcome, or unconnected to the facts of the case or directed to a point which neither party sought to argue – and may have been formulated by the judge with less care or seriousness than would have been the case had the passage been part of the reason for the decision”. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2008, p. 67-68.



acúmulo de trabalho no Judiciário. Ou seja, estabelecido determinado entendimento, caso determinado indivíduo ingresse no poder judiciário requerendo determinado bem da vida, mas se limitando a aduzir a tese já amplamente refutada, será passível de punição por litigância de má-fé. Portanto, só será admissível a demanda se a parte introduzir novos elementos na discussão da causa⁴⁶.

Outrossim, com precedentes vinculantes, e levando em conta a inaptidão dos juízes e tribunais de justiça ou regionais federais de revogar precedente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, debater as teses estabilizadas levará a um julgamento expedito em contrário. Ora, assim, os debates fáticos e dialéticos serão revalorizados, além de que, paulatinamente, essas novas características eliminarão a litigância exacerbada ou incontínente, típicas de sistemas jurídicos em que reina a insegurança jurídica. Uma decisão bem fundamentada tem mais chances de não ser recorrida, na medida em que ela será capaz de persuadir o sucumbente da justiça do decidido, demonstrando que a decisão não foi fruto do acaso⁴⁷. Quando pouco, facilitará o advogado no papel de instruir seu cliente e, oxalá, evitar a cultura da protelação.

Os precedentes obrigatórios frutificarão – é inolvidável – os princípios da cooperação e da boa-fé.

Não se pode mais admitir monólogos no processo civil moderno⁴⁸, pois estamos inseridos em tempos com vocação para a jurisdição⁴⁹, que deve refletir na valorização do contraditório e no cuidado na fundamentação das decisões judiciais. Se, nas decisões que venham a ter caráter vinculante, houver um efetivo diálogo do juiz com as partes e até delas

⁴⁶ Em todo caso, é de se oportunizar à parte a possibilidade de se explicar ao magistrado, como, por exemplo, podendo a parte demonstrar que há um *distinguishing* entre a sua situação e a tese fixada. É de se admitir tal oportunidade ao autor que, em tese, agiu de má-fé, tendo em vista o dever de esclarecimento, decorrente do princípio da cooperação, explicitado no tópico anterior.

⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; LAURIA TUCCI, Rogério. Op. Cit. p. 74.

⁴⁸ Como bem afirma Alvaro de Oliveira: “o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso às 22h do dia 26.1.2011).

⁴⁹ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: *Jurisdição e processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



entre si, a tendência é um elevação *qualitativa* de tais decisões, eis que haverá um maior aproveitamento do debate e uma construção democrática da decisão.

Percebe-se que, em um ambiente democrático, a vinculação dos precedentes só será admissível se as decisões forem construídas por uma comunhão de forças entre os sujeitos processuais e não de modo exclusivo pelo magistrado, pois que, se assim o for, o contraditório tornar-se-á apenas mais uma formalidade processual, perdendo sua função de estímulo ao debate⁵⁰. Há uma inarredável ligação da cooperação com uma correta aplicação da teoria dos precedentes, na medida em que um de seus objetivos é, justamente, a concessão de maior segurança e estabilidade no sistema jurídico. Tais características só podem ser garantidas se as decisões forem bem fundamentadas e capazes de impedir contínuas distinções nos casos posteriores e evitar *overrulings* súbitos.

E, finalmente, como a construção da decisão torna-se trabalho cooperativo dos sujeitos processuais; e é da decisão que se destacará o precedente obrigatório, que, por sua vez, servirá de regra para os julgamentos posteriores; o processo transmuda-se em ambiente democrático de criação de normas, de participação direta. Isso não é importante só por legitimar o Judiciário ou a função judicante, mas, sobretudo, por tornar a criação das normas, e as normas em si, mais legitimadas, ante a sua produção técnica e, por outro lado, pelos constantes problemas que circundam a atividade legiferante no Brasil, levando-a a notória crise de legitimidade.

5 Notas adicionais acerca da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais

Antes de avançar em considerações específicas que a matéria recebeu no projeto de CPC – o já referido art. 500, §1º, do projeto –, cumpre proceder ao seu nivelamento constitucional. Desde já, registre-se que não pretendemos comentar cada um dos incisos desse artigo.

⁵⁰ Também relacionando a participação das partes com a fundamentação, cf: CRUZ E TUCCI, José Rogério; LAURIA TUCCI, Rogério. Op. Cit. p. 77-78; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 196.



Conhecido por sua dignidade constitucional – antes, uma manifestação do próprio estado de direito⁵¹, idônea a velar pelo equilíbrio dentre os “Poderes”⁵², sendo destacada conquista histórica⁵³ –, o princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais está albergado no art. 93, inc. IX, da CF. Da leitura desse inciso constata-se que por uma “sugestiva” opção do Constituinte, o mesmo inciso disciplina a publicidade dos julgamentos dos Tribunais, guiando o hermenauta – sem olvidar que o Direito não se interpreta em tiras⁵⁴ – a uma necessária interpretação imbricada desses primados. É dizer: a publicidade, presente em *todos* os julgamentos do Judiciário, não é atendida sem que haja a exteriorização do pensamento; a manifestação do pensamento formado no exame de um caso determinado – a convicção do julgador – pressupõe a enunciação do liame fático e jurídico realizado pelo intérprete. Em outros dizeres, a publicidade *não* é alcançada se as decisões são carentes de motivação⁵⁵; donde, inexistente publicidade se os fundamentos são desconhecidos, e a falta do último pode configurar um atentado ao primeiro⁵⁶.

Uma leitura apressada conduziria o intérprete desavisado a uma aplicação do primado restrita aos órgãos colegiados, dado que, por exemplo, de ordinário, as sessões dos Tribunais,

⁵¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 8. Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 215.

⁵² Nas lúcidas palavras de Beclate Oliveira Silva: “A sua extração do texto constitucional implicará descontrole quanto à atuação do Poder Judiciário; noutras palavras, ele passaria a ser arbitrário, absoluto. Com isso o equilíbrio entre os demais fragmentos do Poder (Executivo e Legislativo) ficaria totalmente esfacelado, pois um deles seria ilimitado.

“No caso brasileiro esta questão seria ainda mais catastrófica, porque o direito constitucional pátrio conferiu ao Judiciário a competência de rever tanto os atos legislativos como os atos administrativos.” *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007, 114.

⁵³ “No hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su sindéresis. Sin embargo, un de las conquistas más importantes, no sólo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquéllas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal.” GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría general del proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009, p. 183.

⁵⁴ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

⁵⁵ Em sentido semelhante, cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, p. 31.

⁵⁶ Não se olvide a relação do princípio da fundamentação a outros princípios, com é o caso da imparcialidade, do livre convencimento motivado. Para uma melhor compreensão da matéria, ver: NERY JR., Nelson, Op. Cit., p. 217; SILVA, Beclate Oliveira. Op. Cit., Salvador: JusPodivm, 2007, p. 131.



salvo motivos que autorizem a restrição da publicidade, são públicas. Ocorre que, buscando-se a máxima efetividade do princípio, deve-se entender que a publicidade em tela diz respeito não apenas aos julgamentos, senão e, igualmente, à divulgação das decisões. Ora, a veiculação de decisões interlocutórias, sentenças, decisões monocráticas e acórdãos em mídia oficial, é aplicável mesmo para as hipótese acobertadas pelo segredo de justiça – nesse ponto, decerto que, adotando-se as medidas de salvaguarda da intimidade pertinentes –, propiciando a retro mencionada função exprocessual⁵⁷, seu controle político⁵⁸.

À luz dessas breves reflexões, ilações que são realizadas a partir do texto constitucional, conclui-se, antecipadamente, que algumas situações de reiterada ocorrência na práxis judiciária deveriam ser repelidas com estentor. Fiquemos com dois exemplos: i) o “voto com o relator”, o qual ainda é flexionado para expressões mais sucintas, tais como “acompanho o relator” e “com o relator”⁵⁹; ii) e o simples “defiro”, não incomum em decisões interlocutórias sobre tutelas antecipadas, como se a anuência ao pleito da parte tivesse, automaticamente, o condão de absorver todos os argumentos vertidos pelo interessado ao acolhimento do pedido – como se a mesma fundamentação lançada pela parte pudesse ser emprestada pelo magistrado sem passar por uma análise – exteriorizada – crítica⁶⁰.

Pois bem. Se para um hermeneuta que se debruçasse sobre o dispositivo em tela – ou mesmo ao não iniciado nas orbes jurídicas –, a argumentação alinhavada supra apresente coerência e racionalidade, não devemos olvidar que outro é o panorama existente na realidade

⁵⁷ Desta feita, na preleção de Tucci: “Tem enfatizado, ainda a doutrina processual a validade da exigência de motivação da sentença, aliás de ordem pública. E isto, à evidência, não só por ter de traduzir-se a decisão no órgão jurisdicional num *ato de justiça*, de que devem ser, quanto possível, convencidas as partes litigantes, e, outrossim, a opinião pública...”. TUCCI, Rogério Lauria. “Fundamentação (direito processual)”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39, p. 146-147. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 114; ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005, p. 86-91.

⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 343. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Da prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 268. BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. Vitória: Editora Acesso, 2011, p. 94. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 47.

⁵⁹ Sem opor ressalvas a essa situação, senão com base na jurisprudência do STJ, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco, op. cit., p. 49.

⁶⁰ No mesmo sentido, cf. CRETELLA NETO, José, op. cit., p. 119.



do judiciário brasileiro. Aliás, cuida-se de panorama substancialmente diverso das linhas desenvolvidas até o momento e que, por esse motivo, proferidas no contexto nacional, seriam recebidas sob o rótulo de “românticas” ou “ingênuas”. Inclusive, bastante provável que essas adjetivações fossem precedidas do advérbio “excessivamente”.

Por mais que, situações que tais, extremas, não devessem ser toleradas, impende não alongar as críticas. Esse comentário inicial, voltado para os iniciados, é ilustrativo do quadro de esvaziamento do conteúdo positivo da obrigatoriedade de motivação das decisões. Tampouco concentraremos as críticas ao entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema que, assim nos parece, diuturnamente, sobretudo ao ensejo de julgamento de embargos de declaração manejados em virtude de omissão, censuram pretensões recursais sob o “fundamento” de que o julgador não é obrigado a enfrentar todos os argumentos vertidos no processo. Muito embora a premissa seja verdadeira, a nós parece que essa jurisprudência merece temperamentos de perspectiva, pois que gera equívocos práticos. Destarte, tudo depende da perspectiva, isto é, se para acolher ou rejeitar o pedido⁶¹.

De toda sorte, sem nos render ao consolidado entendimento pretoriano, o que se espera razoavelmente da doutrina⁶², opta-se por assumir estratégia argumentativa diversa, no sentido de demonstrar que a aprovação do projeto de CPC, com a institucionalização da

⁶¹ Sobre a matéria é elucidativa a seguinte passagem de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “Efetivamente, se houver cumulação de fundamentos e apenas um deles for suficiente para o acolhimento do pedido (no caso de cumulação de causas de pedir, isto é, de concurso próprio de direitos) ou para o seu não-acolhimento (no caso de cumulação de causa *excipiendi*, ou seja, causas de defesa), bastará que o julgador analise o motivo suficiente em suas razões de decidir. Tendo-o por demonstrado, não precisará analisar os outros fundamentos, haja vista que já lhe será possível conferir à parte (autora ou réu, a depender do caso) os efeitos pretendidos. Aí, pois, está o cerne da questão: para *acolher* o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da sua demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para *negar* o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda”. E arrematam: “Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese *derrotada*, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por contrariar a garantia do contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e por não observar a regra da motivação da decisão. Tendo em vista que é omissa, pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração”. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009, v. 2, p. 325-326. Em sentido contrário, sustentando que mesmo para rejeitar o pedido o magistrado não teria o ônus de analisar todos os fundamentos veiculados pelas partes, cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009, p. 326.

⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista. “Nota explicativa”. *Curso de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 1.



cooperação e o aperfeiçoamento do sistema de precedentes em nível constitucional e ordinário, é forçosa a releitura do princípio da fundamentação, procedendo-se ao *overruling* da jurisprudência existente até o momento sobre a matéria. No particular, as diretrizes do art. 476, p. u., do projeto, sobre não serem essenciais, assumem destacada importância no papel de fixar parâmetros objetivos à densificação do princípio.

5.1 O conteúdo do princípio da fundamentação na jurisprudência brasileira

Não há grandes divergências jurisprudenciais acerca do princípio da fundamentação nos pretórios brasileiros. Segundo a doutrina que fez coro nos tribunais, dispensa-se o enfrentamento de todos os argumentos suscitados pelas partes, sendo suficiente o exame dos principais⁶³. Para ilustrar nossas palavras, já no patamar do hermeneuta por excelência da Constituição Federal, não há qualquer vacilação sobre a matéria, havendo massivas decisões em uníssono⁶⁴. Inclusive, da mesma orientação não se afastam os julgados criminais⁶⁵.

⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit., p. 144. Um enfrentamento *suficiente* não se confunde ao enfrentamento *completo*, exaustivo. Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 671.

⁶⁴ Assim: “O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral.) No mesmo sentido: AI 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 26-11-2010; AI 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 18-8-2009, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-2003, Primeira Turma, DJ de 5-9-2003.”; Confira-se, ainda: “Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, ‘a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente’ (AI 650.375-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e ‘o órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento’ (AI 690.504-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008). (AI 747.611-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-10-2009, Primeira Turma, DJE de 13-11-2009.) No mesmo sentido: AI 791.149-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-8-2010, Primeira Turma, DJE de 24-9-2010; AI 791.441-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010; AI 701.567-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-6-2010, Primeira Turma, DJE de 27-8-2010.”

⁶⁵ Dessa orientação não destoam os julgados criminais. Assim: “A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988.” (HC 105.349-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, DJE de 17-2-2011.); ou ainda: “O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou



Da consulta dessas decisões pode-se aferir um padrão seguido pelos ministros, no sentido de que: a exigência de fundamentação é preenchida, mesmo que se trate de uma decisão sucinta; dispensa-se o enfrentamento de todas as teses levantadas pelas partes; é suficiente uma exposição clara e concisa sobre as razões do convencimento, não sendo necessário analisar tudo aquilo que fora produzido nos autos⁶⁶. No ensejo, se a orientação geral fosse pela concisão, por que o legislador se preocuparia em louvar essa característica no art. 459, *caput*, segunda parte, CPC/73...?

No mesmo tom é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual tem iterativa linha de julgados em sede de embargos de declaração, quando manejados sob a égide do inc. II do art. 535, CPC/73. No particular, suficiente a consulta do EDcl no AgRg na MC 10.299/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.10.2005, DJ 07.11.2005 p. 81.

Coerente ao compromisso assumido de não estender as críticas impende, apenas, lançar uma breve reflexão: a Constituição garante a fundamentação, aliás, uma manifestação do devido processo legal e do próprio estado de direito; a todos é assegurado o direito de ação, aqui entendido como acesso à justiça, o qual, com o juízo de admissibilidade positivo do processo, garante uma resposta da jurisdição ao caso narrado; a provocação da jurisdição mediante a formulação de uma demanda pressupõe uma iniciativa fundamentada, em que sejam expostas as causas de pedir próxima e remota (teoria da substancialização⁶⁷), com a pormenorização das providências reclamadas da justiça (lembre-se da interpretação restritiva do pedido); o contraditório assegura, não apenas o conhecimento dos atos processuais, mas, igualmente, a possibilidade de reação e, ademais, o direito a exercer influência na convicção do julgador, concorrendo em argumentos e teses⁶⁸, legitimando-se, em parte, o resultado por vir;

ao *quantum* aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese.” (HC 102.580, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-6-2010, Primeira Turma, DJE de 20-8-2010.)”.

⁶⁶ É consagrada nos pretórios a valoração meramente *positiva* da prova (alusão às provas que o convenceram), sem que o magistrado precise se preocupar com o cotejo *negativo*, isto é, explicar o porquê das demais provas constantes dos autos não terem sido suficientes a lhe persuadir. Sobre o tema, ver CAMBI, Eduardo. Op. Cit., p. 326.

⁶⁷ Sobre o tema, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 431.

⁶⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. Op. Cit., p. 131.



as partes têm o ônus de refutar as alegações do adversário, assim o réu em sua contestação e o autor na “réplica”; como corolário do direito de ação, o direito à prova assegura a oportunidade de demonstração das alegações veiculadas; adotamos o livre convencimento *motivado*⁶⁹, salvaguardando o juiz e as partes de conclusões apriorísticas do legislativo⁷⁰ – o que permite a construção de uma decisão no caso concreto –, mas que também se revela como direito das partes a posterior correção da decisão, uma vez que o convencimento *livre* está atrelado à necessária *motivação* (art. 131, CPC/73), isto é, aperfeiçoa-se com o “princípio da completude da motivação”⁷¹; em atenção ao princípio da dialeticidade⁷², os recursos devem ser alicerçados, apontando-se os motivos à reforma, à invalidação ou à integração da decisão⁷³; ora, como então acreditar que, sem incorrer em acinte a um ou mais desses princípios e regras – que se implicam e são implicados –, a decisão judicial possa se limitar à exposição clara e fundamentada das razões de convencimento do magistrado, sem uma análise exaustiva dos argumentos que compõem a causa de pedir do autor (por hipótese de seu pedido ser rejeitado) ou do vencido (quando o pedido do autor for acolhido), e sem a valoração *negativa* da prova...?⁷⁴

⁶⁹ Também chamado de *persuasão racional*, cuidando-se de um misto dentre o sistema da *prova legal* e o da *livre convicção*, consagrado já ao tempo das codificações napoleônicas e vigente ainda hoje. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 343. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 425.

⁷⁰ Mas com o cuidado de que a verdade crida pelo magistrado não seja uma redução da realidade à sua representação subjetiva. STRECK, Lênio Luiz, *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

⁷¹ CAMBI, Eduardo. Op. Cit., p. 325.

⁷² Conforme preleção de Araken de Assis há diversos artigos no código afinados com o princípio em tela. Assim: Art. 514, inc. II; Art. 524, I e II; Art. 523, §3º; Art. 536; Art. 541, inc. I a III (p. u. do art. 541). Outrossim, mesmo quando da ausência de regra explícita sobre o tema para outras situações, seria falsa a crença de admissibilidade da impugnação quando desacompanhado de suas razões. O próprio STF é taxativo quanto à matéria (Enunciado nº 284). *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 97.

⁷³ Anote-se o nosso esforço de limitar os argumentos à compreensão do crivo – médio – dos dogmáticos, sem apelar, por exemplo, à moderna concepção de democracia – *democracia deliberativa* –, na qual os cidadãos deixam a condição de destinatários das normas jurídicas, passando à condição de autores; na qual, ainda, a decisão judicial somente se impõe enquanto dotada de locução plural. Para além dos autores mencionados, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit., p. 109 e ss.

⁷⁴ No escólio de Marinoni e Arenhart: “Porém, embora o que ocorra na prática possa parecer lógico, não é difícil corrigir o equívoco através da advertência de que não basta ao juiz aludir às provas que confirmam a hipótese por ele abraçada, já que isso está muito longe de ser uma justificativa de suas razões. Para que ele realmente possa justificar a sua decisão, não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte



5.2 Obrigatoriedade de motivação das decisões, cooperação e precedentes judiciais: a convergência do projeto de CPC

Consoante afirmado alhures, o art. 476, p. u., do CPC, desempenha um importante papel ao estipular critérios objetivos à determinação de uma sentença desmotivada. Assim, segundo a redação daquele dispositivo, carece de fundamentação a decisão quando: “§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Entendemos que a escolha do legislador merece aplausos. Fazemos uma única ressalva: a necessidade de um inc. V, no qual conste: “quando se limita à reprodução de ementas”; também uma hipótese de “pseudomotivação”⁷⁵. Tal se deve à necessidade de evitar uma “cultura jurídica cuja função é reproduzir decisões tribunalícias⁷⁶” e que, ainda mais “burra”, sequer vai ao ponto de analisar, propriamente, a decisão que se reproduz. No particular, sem examinar ou discutir a decisão que se invoca como arrimo, sequer se pode falar no manuseio do precedente, uma vez que, não raro, o aresto aludido não guarda semelhança ao caso em testilha.

Fora de nossa pretensão esmiuçar os reflexos de cada um dos incisos. Entendemos que o preceito do projeto de CPC parece fazer um apelo aos juízes pela superação do

perdedora não o convenceram.” E arrematam mais adiante: “Ora, dessa maneira o juiz não justifica as suas razões, mas sim as razões de uma das partes. Por isso é preciso eliminar o péssimo vício contido na sentença que pensa estar motivada ao justificar as razões do vencedor, supondo que os argumentos relativos para a não aceitação das provas da parte perdedora estejam implícitos”. Op. Cit., p. 266-267.

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. Op. Cit., p. 48.

⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 88.



paradigma da modernidade, reforçando – despertando (?) – seu papel hermenêutico. Ora, cediço que o papel do magistrado no atual cenário jurídico é completamente diverso do togado dos tempos em que vieram a lume as codificações napoleônicas. A atuação jurisdicional já não se amesquinha sob a influência de Escolas Hermenêuticas que, na esteira dos códigos, propugnem a deificação da lei e um magistrado “comprometido” à autoridade do legislador; valores epistemológicos que alimentaram as bases do CPC/73 (não reformado) e que, já há algum tempo – com fôlego renovado diante do projeto – pretende-se a superação⁷⁷. É o que fica escancarado no inc. I, censurando-se a mera alusão à incidência da lei, sem interpretar/aplicar o direito.

É com a fundamentação, a partir de um diálogo aprofundado com as partes, em regime colaborativo⁷⁸; que permite a construção da norma de decisão – não, necessariamente, *específica*, possuindo aptidão para ser *geral*⁷⁹; sem que o magistrado se aproprie da realidade (“assujeitando o objeto”); tampouco se limitando à reprodução acrítica das decisões dos tribunais superiores, cujo desconhecimento da *ratio* leva à barafunda do sistema de precedentes e inibe o processo de evolução e superação da jurisprudência; senão consciente da estrutura piramidal da organização judiciária, da vinculação dos precedentes; sem olvidar o seu papel hermenêutico ao desvelar da norma jurídica.

Em suma, os influxos “trazidos” – explicitados – pelo projeto impelem uma releitura do princípio da fundamentação. É o momento de ceder a palavra a Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, cujas palavras recebem novo alento diante dos pontos destacados ao longo do texto:

⁷⁷ Em outra oportunidade, sobre os reflexos do iluminismo *racionalista* nas codificações do direito processual, e com a memória do CPC/73, destacamos as seguintes: i) neutralidade do juiz; ii) defesa da autonomia da vontade; iii) incoercibilidade (intangibilidade) da vontade; iv) repúdio às formas sumárias de tutela processual. Cf. PEREIRA, Mateus Costa. *O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, 2009.

⁷⁸ A assunção de que o magistrado não assumira uma postura meramente receptiva do diálogo das partes, senão estando inserido nele, também pressupõe um maior rigor com a fundamentação das decisões. A fundamentação é o melhor caminho para se verificar em que medida o magistrado participou do diálogo. Sobre a necessidade do diálogo enquanto vinculação (observância) do próprio magistrado ao contraditório, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit., p. 234 e ss.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Op. Cit., p. 399.



A regra segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), precisa ser redimensionada na mesma proporção em que precisamos redimensionar a *importância* da motivação de uma decisão. Considerando que o precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior *qualidade* na fundamentação dos atos decisórios.

E continuam:

Não há mais como reputar suficiente à fundamentação de um ato decisório a mera repetição de termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É preciso – e *exigível* – que a decisão judicial se identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie também, de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência de sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento⁸⁰.

Se no passado da tradição codificadora, acreditava-se que todo o direito estaria contido no código, sendo, a um só tempo, garantia de previsibilidade das decisões e possibilidade de correção futura, na medida em que se labora com a inexorabilidade da interpretação e criação, valorizando-se, em larga escala evolutiva, a função dos precedentes⁸¹ – vinculação natural das decisões que é potencializada pela estrutura piramidal de nossa organização judiciária; sem ressuscitar a crença de uma verdade *real*⁸²; é natural que o princípio

⁸⁰ Idem, *Ibidem*, p. 398.

⁸¹ “[...]. A situação dos países de direito civil afasta-se menos do que poderia parecer da dos países de *common Law*. Decerto que a força hierárquica da doutrina do precedente não é ensinada neles: as jurisdições inferiores não têm o dever de se alinhar às decisões da corte suprema, mas só têm liberdade de se enganar e de se expor à reforma ou à cassação. No mais, neles a doutrina do precedente está presente sob uma forma velada: as jurisdições inferiores devem respeitar a lei, a qual é um texto interpretado pela corte suprema em cuja instância estão sediadas. Elas são, por conseguinte, censuradas por ter transgredido a lei, isto é, a interpretação que esta recebeu da jurisprudência anterior.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 155.

⁸² Uma coisa é superar a crença de que seria possível alcançar a essência das coisas e, pois, a verdade. Diversa é considerá-la enquanto um valor que deve ser aproximado e ligado à ideia de necessária motivação da decisão. Assim, sufragamos a posição de Cambi: “De qualquer forma, a verdade é um valor político que não pode ser renunciado nas sociedades democráticas. Está ligada à ideia de motivação judicial como forma de controle das decisões emanadas do Poder Judiciário. Se é certo que os juízes não estão sujeitos ao temor direto da insatisfação popular, uma vez que não são eleitos, não podendo ser substituídos, as decisões judiciais devem se legitimar socialmente.” *Op. Cit.*, p. 323.



da fundamentação seja repensado, tanto na perspectiva das partes, senão e, sobretudo, no controle de legitimidade⁸³ e político da própria decisão.

Referências bibliográficas

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf> Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. *Do formalismo no processo civil*, 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Repro*. v. 137. São Paulo: RT, 2006

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf) Acesso em: 10 nov. 2011.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ATAIDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro - Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. Vitória: Editora Acesso, 2011.

BOBBIO, Norberto. Democracia representativa e democracia direta. In: *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁸³ SALAS, Minor E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. *Universidad de Costa Rica*.



BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: *Repro*. v. 190. São Paulo: RT, 2010, Versão Digital.

BRAIN, Renzo I. Cavani. La declaración jurisdiccional de nulidad en el proceso civil: Cinco tópicos fundamentales. *Civil Procedure Review*, v.2, n.2, 2011, disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso às 19h, do dia 13 de fevereiro de 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

BURIL, Lucas. *Dinamização do ônus da prova como forma de tutela dos direitos fundamentais processuais*. Monografia. Recife, UNICAP, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *As ideologias no direito processual*. In: *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Safe, 2010, v. 2

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1959, v. 3.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; LAURIA TUCCI, Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Relatório de conclusão do estágio de pós-doutoramento. Lisboa, 2010

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Repro*, v. 193, 2011



____ O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Direito constitucional. Os desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas*. MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. (Org.). Curitiba: Juruá, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 1.

DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009, v. 2.

DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolter Klumers, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 1.

GÁLVEZ, Juan Monroy. *Teoría general del proceso*. 3. ed. Lima: Communitas, 2009.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: *Leituras complementares de processo civil*, 8. Ed. Fredie Didier (Org.). Salvador: Juspodvim, 2010.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2009

LEE, Thomas R.. "Stare Decisis in historical perspective". *Vanderbilt Law Review*, v. 52. Nashville, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford : Oxford Un. Press, 2009.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory o law*. Boston : Reidel, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo : RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Da prova*. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo : RT, 2000.



MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Repro*. V. 194. São Paulo: RT, 2011, Versão Digital.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 8. Ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 9. Ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, 1993. Disponível em <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15938>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

PEREIRA, Mateus Costa. O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, 2009.

PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: *Jurisdição e processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Audiatur et altera pars: As matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: *Jurisdição e Processo*. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, 5. Ed. São Paulo: Forense, 1997, t. 1.

REINDOLFF, Cristina. *A motivação das decisões cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais - Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SALAS, Minor E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. *Universidad de Costa Rica*.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.



SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da “Nota explicativa”. *Curso de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

____ Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

____ *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THOMAS, E. W.. *The judicial process*. Cambridge : Cambridge Un. Press, 2005.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. “Fundamentação (direito processual)”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.