



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.5 – N°3 – sept./dec. 2014



Summary

Vol.5 – N°3 – sept./dec. 2014

THIRD PERSON-ACCESSORY: WITH REGARD TO THE NEW BULGARIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE EUROPEAN LAW

VALENTINA POPOVA p.3

THE RULE AGAINST BIAS: THE IMPACT OF THE JUDICIAL CODE OF CONDUCT IN ENGLAND AND THE NEED FOR IMPARTIALITY IN EUROPEAN COURT RULINGS

ZIA AKHTAR p.20

L'ULTIMA RIFORMA FRANCESE DELL'ARBITRATO (THE LAST FRENCH REFORM IN ARBITRATION)

GIOVANNI BONATO p.41

REGRAS DE EXCLUSÃO NO DIREITO PROBATÓRIO NORTE-AMERICANO (EXCLUSIONARY RULES IN THE UNITED STATES EVIDENCE LAW)

JOSÉ MARIA TESHEINER p.75

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO (THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE AND THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE)

LUIZ HENRIQUE ANTUNES ALOCHIO p.101



Third person-accessory: with regard to the New Bulgarian Code of Civil Procedure and the European Law

Valentina Popova

Ph.D. Professor of Civil Procedure at the Sofia University St. Kliment Ohridski.

Professor of Civil Procedure at the South-West University Neofit Rilski –
Blagoevgrad

Abstract: The paper deals with a particular form of joinder of parties in Bulgarian Civil Procedure.

Keywords: Civil Procedure. Bulgaria. Third-party intervention. Subsidiary party. Joinder.

I. The co-party, also called ‘third person-accessory’ in Bulgarian law, is a subsidiary party to the proceedings. Prior to constitution as a co-party to the adversary proceedings, this person is a third party. Once he/she is constituted as a co-party, he/she acquires the quality of a party, although a subsidiary party. Where the constitution as a party to the proceedings takes place on the initiative of the third person-accessory, an intervention is present, and where this constitution takes place on the initiative of a principal party, joinder is present of the third person-accessory as a subsidiary co-party to the adversary proceedings.¹ Both the intervention and the joinder can be on the part of the claimant or on the part of the defendant.

¹ While the intervention takes place on the initiative of the third person and depends on his/her will, the joinder takes place on the initiative of one of the principal parties to the proceedings, and the third person becomes a subsidiary party regardless of his/her own will and even against it. This difference does not affect the powers of the third person-accessory in his/her quality of a subsidiary co-party to the proceedings (for these powers, see Art. 221(1) of the CCP).



II. Prerequisites for the third person-accessory's intervention and joining the proceedings

According to Art. 218 of the CCP, prior to the closure of the court trial at first instance, a third person is entitled to intervene in the proceedings in order to support one of the parties, provided that he/she is interested in having the judgment rendered in favour of that party.

According to Art. 219(1) of the CCP, each party is entitled to have a third person join the proceedings provided that he/she has the right to join them in order to help the party. The joinder can be sought by the claimant no later than the first session in the case, while the defendant can do so by the reply to the statement of claim.

The text of Art. 175(2) of the CCP, repealed, specifying that it depends on the third person whether to intervene or not into the case, which was understood in theory and practice as a physical participation in the proceedings has not been reproduced. Item 3 of ID No. 109–85–GMCC of the SCC is still applied in the practice which was adopted in connection with 175(2) of the CCP, repealed. It provided that when the third person had not declared his/her participation in the case to support the party that had joined him/her, the court had not obligations to subpoena him/her, to serve him/her with copies of the papers, presented to the case, to serve him/her with communications, communications that the decision with the motives had been prepared, inclusive. The obligation of the court will be not valid yet at the first instance since the moment when the ruling of the court on constituting of the said joining third person, but he/she has not declared his/her participation in the case. A decisive moment in the mentioned stand of GMCC was the provision of Art. 175(2) of the CCP, repealed, that it was up to the third person to decide whether to intervene in the proceedings or not. If the person joining the proceedings is in the same position as the rest parties to the case, the specification was not necessary. Both the claimant and the defendant may not be present physically in the proceedings. Having brought in the claim the claimant may not appear in the court session although he/she has been duly subpoenaed. The same concerns the defendant. Though being served with the duplicate of the statement of claim, he/she is not obliged to be physically present when the case is heard. Obviously, the provision of the law on the participation of the joining third person in the proceedings is to distinguish his/her position in



the proceedings from those of the principle parties to the case. Consequently, the phrase settles not the physical participation of the joining third person in the proceedings, but his/her procedural position.

I do not share the above opinion. I did not use to share it under the CCP, repealed, either. The joining person becomes a party to the case, and being such he/she should be treated with subpoenaing in the same way as the principle parties to the case. The legislator has taken into account the fact that like the defendant the third person becomes a subsidiary party to the proceedings regardless of his/her own will. According to indicative provision of Art. 47(7) of the CCP, the rules in Art. 47(1)-(5) of the CCP about subpoenaing and serving with communications the defendant are applied when serving the third person-accessory with communications. In my opinion Item 3 of the mentioned ID of the GMCC should be considered as lost its effect. The fact that 175(2) of the CCP has not been reproduced is not accidental. The intention of the legislator has been to demonstrate that the physical participation or absence from the proceedings of the third person is irrelevant to his/her position as a party to the case.

In principle, the prerequisites for intervention and those for joinder of a co-party are the same. However, there are certain differences between them.

III. In order for the intervention or joinder to be admissible, adversary proceedings should be pending between other persons, which are the principal parties to the proceedings. The difference is present at the time of carrying out the respective action specified above.

A. According to Art. 218 of the CCP, the intervention is admissible until the closure of court trial. The quoted provision specifies the legislator's explicit will that intervention can take place only at the first instance and not at the intermediate appellate instance.² This term is preclusive.

² The legislator established the explicit legal norm under the CCP, repealed, of the assumed in item 9 of the ID No. 1-2000-GMCC of the SCC on the grounds of the following considerations: 'The intervention of a co-party is a third party's participation in other people's adversary proceedings for the purpose of obtaining a judgment favourable to one of the principal parties, the party supported by the intervening person in defending his/her own interests - Art. 174 of the CCP, corresponding to Art. 218 of the CCP. The intervention is a means of defense against the unfavourable consequences the improper judgment can have for the third person. The right to participation is conditioned by the presence of interest in having a judgment rendered in favour of that party. The intervening



B. According to Art. 219(1) of the CCP, the joinder can be sought by the claimant in the first session in the case at the latest, while by the defendant with the reply to the statement of claim. Both in theory and practice, it is certain that the session concerned is the first session in the first instance, and the term specified in Art. 219 of the CCP, is preclusive. The reason for the set short preclusive term is the fact that the joining person becomes a party to the case regardless of his/her own will and even against it, and should be given the opportunity for defense throughout the proceedings.³ The preclusive term set in Art. 219(1) of the CCP guarantees the rights of the third person providing him/her with the possibility to participate the proceedings since their very beginning, so that he/she could not be bounded to the motives of the decision without being able to affect the proceedings course. Joining a third person as a subsidiary party is not on his/her initiative but by the initiative of one of the principal parties. It is a right of the joining party to bind the motives effect upon the third person viewing the future lawsuit (Art. 223(2) of the CCP) which he/she could be in against the third person, if the outcome of the case he/she has been a party to is unfavourable for him/her.

party is bound by *res judicata* in his/her relations with the opposing party, and by the obligatory effect of the motives in his/her internal relations with the supported party. According to Art. 174 of the CCP (corresponding to Art. 218 of the CCP, current), the third person is entitled to intervene in the proceedings prior to the closure of oral pleadings, but it is not specified whether this concerns the oral pleadings before the first or the second instance. Intermediate appellate proceedings provide for oral pleadings.⁷ Therefore, it should be assumed that there are no impediments to the person to intervene in the intermediate appellate proceedings, because his/her participation is dependent on his/her own will. The new concept of the legislator deserves support since the third person, though intervening in the procedure of somebody else to defend his/her rights, his/her intervention concerns the defence of the principal parties – those of the opposite party against him/her and the supported party, as well as of the very supported party against the third person when there is a dispute between them (see the contrary in L. Kornezov, *Grazhdansko proizvodstvo, t. I, Iskov protses (Civil Proceedings, volume I, Adversary Proceedings)*, Sofia: Publishing House Sofi-R, 2000, 2009, p. 479; R. Ivanova, B. Punev, S.Chernev, *Komentari kam novija GPK. (Comments to the New CCP)*, Sofia: Labour and Law Publishing House, 2008 (the matters are worked by R. Ivanova), pp. 314-315).

³The legislator's concept on the joining unlike the intervening should be admissible at the earliest stage of the proceedings is a continuation of his concept under the CCP, repealed, consequently see J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *Balgarsko grajdansko protsessualno pravo, VIII izd. (Bulgarian Civil Procedure Law, 8th edition)*, Sofia: Ciela, 2004, p. 408 (the matters regarding the third person-accessory are worked out under the co-authorship of J. Stalev and V. Popova) and item 9 of the ID No. 1–2000–GMCC of the SCC. Under the CCP, repealed, it was admissible both for the claimant and defendant to sought joining of a third person-accessory in the first session latest, i.e. the established preclusive term was the same. (Art. 175 of the CCP, repealed).



Therefore it is established in Art. 219(2) of the CCP that joininding is inadmissible, if the third person has not a permanent address in the Republic of Bulgaria or lives abroad.⁴ The text has been criticized in the literature stating its contradiction with the European Law since the rules for serving are obligatory in their whole and are applied in the member-states. It is also stated that the Republic of Bulgaria is a party to the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (SG No. 65 of 8 August 2009).⁵ I think, in the case the matters of subpoenaing and constituting are contaminated. The limitations of Art. 219(2) of the CCP are not due to the impossibility to subpoena the third party. This possibility has not occurred only after the Bulgaria's succession to EC. The limitation is not to embarrass the defence of the third person who being constituted will become a party to the process, though a supplementary one.⁶ Being a party to the case under Art. 223(1) of the CCP he/she will be bound to the *res judicata* in his/her relationship with the opposite party, in his/her relationship with the supported party it would be bound to the motives (Art. 223(1) of the CCP). Moreover, the joinder of a third party is often in connection with bringing a cross claim, to which the third person is doubtlessly a defendant. On the other hand, the participation of such a third person by all means will slow the proceedings between the principal parties, no matter that the modern communications, those of subpoenaing, inclusive, are much faster than the ones in 1950s. The verge of economizing in the proceedings cannot be the only aim, as it cannot be in life. Economizing in the proceedings is not laid down as a principle of the procedure. On the contrary, Art. 13 of the CCP establishes explicitly the requirement for considering the case in a reasonable period of time as a principle of the procedure. I also find that Art. 219(2) of the CCP does not contradict the European Law. In my opinion its relations to the European Law should be regarded with the compliance to the regulations on the competence and not to those on subpoenaing. According to Art. 3, item 1 of the Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the

⁴ Regarded strictly, the limitation concerns only the natural persons (see also K. Tsoleva, *The Supportive Party in the Adversary Procedure*, S. 2009, Cibi, p. 129).

⁵ R. Ivanova, Bl. Punev, S. Chernev, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁶ See J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, p. 414 (the matters regarding the third person-accessory are worked out under the co-authorship of J. Stalev and V. Popova).



recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, specifying that persons domiciled in a Member State may be sued in the courts of another Member State only by virtue of the rules set out in Sections 2 to 7 of Chapter I of the Regulation. According to Art. 6(2) of the Council Regulation, a person domiciled in a member state may also be sued as a third party in an action on a warranty or guarantee or in any other third party proceedings; in the court seised of the original proceedings, unless these were instituted solely with the object of removing him/her from the jurisdiction of the court which would be competent in his/her case. The matter deals with 'any kind of proceedings concerning a third party', i.e. any procedural mechanism expanding the initial proceedings in order to include the third person as well. According to Art. 6(2) of the Council Regulation, a third person can be intervened voluntary into proceedings as well as joined involuntary.⁷ In the case *GIE Groupe europeen v. Zurich Espana* the EC Court considered that Art. 6(2) of the Council Regulation is applicable when a defendant insurer intervenes a third insurer who had ensured coverage of the same risk to which the claim for indemnity is related. Although it is has not been specified explicitly in Art. 6(2) of the Council Regulation, the EC Court formulates the requirement for close relation between the original proceedings and those concerning the third party.⁸ In this aspect I find that such a connection exists in the Bulgarian institution of intervening and joining of a third person-accessory due to the imperatively established requirement for intervention (Art 218 of the CCP) and for joining, respectively (Art 219 of the CCP). Art. 65 of the Council Regulation excludes the application of Art. 6(2) of the Council Regulation in the German Law *Streitverkundung* (informing the third person) because *Streitverkundung* is not constituting of the said person as a full party to the case but gives him/her the especial right to participate the proceedings. The latter fact reduces the right to defence because it does not allow rendering a decision which binds the third person. Meanwhile there is such a possibility in other Member States.⁹ Unlike the German Law in Bulgarian Law:

⁷ See Horatia Muir Watt/Peter Mankowski, *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, p.255-256.

⁸ See the Decision on the case *GIE Groupe europeen v. Zurich Espana*; Horatia Muir Watt/Peter Mankowski, *Op.cit.*, p. 259.

⁹ See Horatia Muir Watt/Peter Mankowski, *Op. cit.*, pp.720-722.



a) According to Art. 221(1) of the CCP, the third person being a subsidiary co-party has the right to perform all procedural actions except the actions which are disposition with the subject matter of the dispute. Moreover, in the event of a conflict between the actions and the explanations of the party and of the third person, the court evaluates those actions and explanations in connection with all circumstances of the case (Art. 221(1) of the CCP).

b) The rendered decision to the case has a *res judicata* effect in the relationships between the third person-accessory and the opposing party (Art. 221(1) of the CCP). In the relationships between the third person-accessory and the supported party the rendered decision finds manifestation in the binding effect of the motives (Art. 223(2) of the CCP). Hence, it is not by chance that no exception for our solution concerning the third person-accessory is foreseen in Art. 65 of the Council Regulation as it is for the German and Austrian Law. For that reason the matters in connection with Art. 219(2) of the CCP should be distinguished. In the hypothesis of Art. 6(2) of the Council Regulation No 44/2001, a third person domiciled in a Member State according to Arts. 59, 60 of the Council Regulation No 44/2001, he/she may be joined as a third person-accessory in the Bulgarian procedure. However, one should keep in mind the proviso in Art. 6(2) of the Council Regulation No 44/2001, namely that the case is instituted solely with the aim of removing the said person from the jurisdiction of the court which would be competent to his/her case. If the third person is not a domicile of a Member State, than his/her joining as a third person-accessory will be according to Art. 219(2) of the CCP, unless an international convention or bilateral agreement does not specify otherwise.

The difference in the deadlines by which the claimant and the defendant can seek joining of a third person-accessory is not rational. It contradicts the principal of equality of the parties in the procedure, moreover, because the legal possibility to for joining of a third person-accessory is not determined by the procedural position of the party seeking the joining.¹⁰

Moreover, here the moment of the first court session until which the claimant can seek joining is not specified as well. The first court session could end either by postponing the proceedings to a next court session, oral pleadings or announcing the ruling the case for a

¹⁰ See Kr. Tsołova, *op. cit.*, p. 117.



decision. That means if the proceedings are postponed to a next court session, bringing in an incidental ascertainment claim will be possible by the moment of terminating the court session by postponing the proceedings to a next court session. According the second hypothesis, that should be possible by the moment of oral pleadings closure. The admission of joining of a third person-accessory so late will doubtlessly bear the necessity of reversing the ruling for closure of the trial and opening the oral pleadings, i.e. the necessity of resuming the court trial. That used to be one of the reasons for providing the oral pleadings as a preclusive term in the repealed CCP. In the CCP, current, the legislator has replaced that term with the closure of the court trial.

However, by the ruling for admission of joinder, the third person becomes a party to the proceedings regardless to whether he/she actually participated in the proceedings or not and is bound by the judgment (Art. 223(1) and (2) of the CCP).

IV. Legal interest in the intervention and joining:

A. Art. 218 of the CCP provides explicitly that, the third person is entitled to intervene in the proceedings in support of one of the parties when he/she is interested in having the judgment rendered in favour of that party. In other words, a pragmatic criterion is used. However, it should be kept in mind that what is concerned here is a legal interest.

A person has a legal interest in intervention, if:

(a)As an exception, the judgment has res judicata-effect or enforcement effect regarding that person, although he/she did not participated in the proceedings (for the transfer of a disputed right, see Art. 226(3) of the CCP, Art. 523 of the CCP, Art. 429 of the CCP)¹¹.

(b)The judgment unfavourable to the supported party would provide grounds for that party to bring in a recourse claim. Consequently, the following persons are entitled to intervene: the principal debtor under the case against the surety (argument under Art. 143 of the OCA), the delinquent under the case against the assignor of responsibility under Art. 49 of the OCA (argument under Art. 54 of the OCA), the joint co-debtor under a case against the other joint

¹¹ See Ruling No 14 of 19 January 2009 on c.c. No 2286/2008, I C.Ch. of the SCC; Ruling No 218 of 22 April 2010 on c.c. No 208/2010, III C.Ch. of the SC.



co-debtor (argument under Art. 127 of the OCA), and the seller (because of his/her responsibility for eviction) under a revindication claim brought by or against the buyer, if he/she happens to be removed by the court (argument under Art. 188, 189 of the OCA), etc.

(c) Art. 74(3) of the C. Code provides explicitly that, according to the provisions of the CCP, each partner or shareholder is entitled to intervene in adversary proceedings under Art. 74(1) of the C. Code¹² for reversal of a decision of the General Meeting of the commercial company's shareholders or partners. He/she only has to legitimize himself/herself as a partner or a shareholder, because this capacity states his/her legal interest in the intervention, provided for in Art. 74(3) of the C. Code.¹³ In recent court practice, the intervening shareholder or partner has the capacity of a principal party, not of a co-party. Moreover, he/she has the capacity of an indispensable joint party because he/she is bound by the obligatory effect of the decision of the General Meeting and by *res judicata* of the court decision.¹⁴ This opinion is also maintained in item 5 of the ID No. 1–2002–GMCC of the SCC, which is obligatory for the courts (valid under the CCP, current, also) on the grounds of Art. 86(2) of the CSA. Art. 74(3), sentence II of the C. Code supports it as well, by laying down explicitly that, the joining partner or shareholder is entitled to maintain the claim even where the claimant waives it or withdraws it.¹⁵

The legal interest in the intervention is present, if the disputed legal relationship between the principal parties has a direct legal connection with the legal relationship between one of the principal parties and the third person willing to intervene in the proceedings.

¹² According to Art. 74(1) of the C. Code, each partner or shareholder is entitled to bring in a claim before the district court by the company's registration for the reversal of a decision of the General Meeting if the decision contravenes the imperative norms of the law or the Deed of Incorporation or the Statutes of the company. The claim is brought against the company.

¹³ See J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, p. 408 (the matters regarding the third person-accessory are worked out under the co-authorship of J. Stalev and V. Popova); Ruling No. 245–97–V C. Ch. of the SCC, Bulletin of the SCC, 1998, Volume 1–2, No. 38; Ruling No. 1225–2002–V C. Ch. of the SCC, Bulletin of the SCC, 2002, Volume 4, No. 20.

¹⁴ See Ruling No. 453–2002–V C. Ch. of the SCC, Bulletin of the SCC, 2002, Volume 10, No. 15; ID No. 1–2002–GMCC of the SCC, item 5, Bulletin of the SCC, 2002, Volume 9, No. 12 quoted in J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, p. 409 (the matters regarding the third person-accessory are worked out under the co-authorship of J. Stalev and V. Popova); Ruling No 38 of 27 January 2009 on com.c. No 16/2009, Burgas Court of Appellation.

¹⁵ The co-party is a subsidiary party. It has his/her own legal relationship with the court, but the legal relationship is accessory, if there is a pending case between the principal parties. If the claim is withdrawn or waived, the proceedings are terminated, without the consent of the co-party.



By intervening in the other persons' proceedings, the third person-accessory defends not only another person's right, but also his/her own legal sphere. There might even be an inconsistency between the interests of the third person-accessory and the supported party (see Art. 221(2) of the CCP, para. 322). For instance, in the case of a claim against the assignor of the job under Art. 49 of the OCA, he/she is entitled to prove that the delict was not committed in the course of performing the assigned job or in connection with its performance. In the case of a claim for damages caused by a chattel, the manufacturer of the chattel is entitled to prove that the damages are due to an improper use of the chattel on the part of the owner, and not to a defect of the chattel.

B. Art. 219(1) of the CCP states that, any party is entitled to have a third person join the proceedings, provided that that person is entitled to intervene in the proceedings in order to support the party. However, it is pointed out that, while in the case of intervention the third person should be interested in the intervention, in the case of joinder, it is the party willing to have the third person join the proceedings that should be interested in the joinder. In practice, the legal relationships that give rise to the legal interest in intervention and joinder are the same (see above).¹⁶

¹⁶ See J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, p. 414 (the matters regarding the third person-accessory are worked out under the co-authorship of J. Stalev and V. Popova); Ruling No 40 of 30 January 2009 on com.c. No 20/2009, Burgas Court of Appellation. For instance, if the claim is brought against the surety, he/she is interested in having the debtor join the proceedings so that he/she is bound by *res judicata* of the judgment. Moreover, this would facilitate the surety's defense in future proceedings that can be conducted against the principal debtor on the grounds of a recourse claim under Art. 143 of the OCA. If the claim is brought against the assignor of a job, concerning the responsibility under Art. 49 of the OCA, the assignor has a legal interest in having the delinquent join the proceedings so that he/she is bound by *res judicata*. Also, in this way, the assignor is able to facilitate his/her defense in the proceedings conducted against the delinquent on the grounds of a recourse claim under Art. 54 of the OCA or a joint co-debtor against whom a claim is brought in has a legal interest in having the other joint co-debtor join the proceedings so that the latter be bound by *res judicata* of the judgment rendered on the case. Furthermore, in this way, the first joint co-debtor is able to facilitate his/her defense in the proceedings conducted against the second joint co-debtor on the grounds of a claim for his/her receivable under Art. 127 of the OCA or a buyer against whom a revindication claim is brought has a legal interest in having the seller join the proceedings, so that he/she is bound by *res judicata* of the judgment rendered on the revindication claim, due to the seller's responsibility for eviction (argument under Arts 188, 189 of the OCA). In this way, the buyer is able to facilitate his/her defense in the proceedings conducted if he/she happens to be removed by the court. Moreover, according to Art. 175(2) of the CCP, no later than the first session, the party that has a cross claim against the third person is entitled to bring it for consideration together with the pending case.



V. The form of the request for an intervention or joinder

A. The joinder should be sought by a written request, and a copy is to be delivered to the third person whose joinder is requested as well as one for the opposing party. Art. 2919(1) of the CCP does not provide explicitly on the form.

Concerning the defendant's request it comes from the fact that, he/she could make it in his/her reply to the statement of claim according to Art. 131(2) of the CCP, which should be in writing with a duplicate for the claimant and for the third party whose joinder is requested. In the case this form is also imposed by the requirement of Art. 100, sentence II, of the CCP and Art. 102 of the CCP, since the matter is a procedural action taking place out of court. Moreover, the request is for constituting a third person as a party to the case, though a subsidiary one, on the grounds of Art. 8 of the CCP in connection with Art. 100, sentence II, of the CCP and Art. 102 of the CCP, so the third person has the right to get familiar with the request and it is possible only when the latter is in writing and he/she is provided with its copy. The claimant's request for a joinder of a third person-accessory could be made in the first court session. It seems initially that according to the request Art. 100, sentence I, of the CCP and Art. 150(1) of the CCP the request could be oral and entered in the minutes of the court session. I share the opinion that, due to the specifics of the request for a joinder the rule of Art. 100, sentence I, of the CCP is not applicable. The matter concerns constituting a third person-accessory as a party to the case. The decision rendered on the grounds of Art. 223(1) of the CCP has a *res judicata* effect in the relationships between the third person-accessory and the opposing party, while in the relationships between the third person-accessory and the principle party requesting his/her joinder it bounds on the grounds of Art. 223(2) of the CCP the third person-accessory to the motives of the decision. Consequently, acquiring upon the joining the position of a party, though a subsidiary one, he/she has the right according to Art. 8(2) of the CCP to get familiar with the said procedural action made in writing. To avoid controversial court practice *de lege ferenda* the legislator should foresee the written form with a duplicate for the opposing party



and for the third person as a prerequisite for valid performance of the request for joining a third person, regardless whether it takes place in or out of a court session.¹⁷

B. The request for intervention should be made in writing with duplicates for the opposing and supported party. This form is not foreseen explicitly in the CCP. However, it arises from Art. 100, sentence II, of the CCP. Sometimes it is assumed in the literature that if it is made in a court session, then Art. 100, sentence II, of the CCP should be applied. This hypothesis is not practically and juridically possible. The first action performed by the third person-accessory is bringing the statement for intervention. The third person becomes a supporting party to the case since the day of the ruling for his/her joining and preserves his position of a supporting party.

Until the ruling for admitting the joinder of the third person is rendered, the third person continues to be a third person and not a subject in the proceedings and is not entitled to perform procedural actions in a court session. It is not practically and juridically possible the third person to appear in a court session and stating he/she is willing to intervene in the proceedings, stating all the circumstances giving rise to his/her intervention, and having these circumstances entered in the Minutes of the session. Therefore the request for intervention is always a procedural action performed out of a court session. For that reason, on the grounds of Art. 100, sentence II, of the CCP and Art. 102 of the CCP it should be made in writing with duplicates for both the opposing and supported party. To avoid controversial court practice *de lege ferenda* the legislator should foresee the written form with a duplicate for the opposing party and for the third person as a prerequisite for valid performance of the request for joining a third person, regardless whether it takes place in or out of a court session.¹⁸

¹⁷ See also K. Tsoleva, *op. cit.*, pp. 140-141.

¹⁸ Art. 174 of the CCP, repealed did not use to mention anything about the form in which the request for intervention should be made. Some authors used to assume that it should be made by a written request to the court with duplicates for both parties, unless the request is made in a court session which both parties attend. (See J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, p. 409 (the matters regarding the third person-accessory are worked out under the co-authorship of J. Stalev and V. Popova). Even then I shared the statement that in the latter case the request for intervention should be made in writing with duplicates for the opposing and supported party.



VI. According to Art. 220, sentence I of the CCP, the court renders a ruling on whether the third person is admitted or not. According to Art. 220(1), sentence II of the CCP, the ruling that does not admit the third person is subject to appeal by a private appeal (for the appeal against rulings). The specific feature of that ruling is that it does not bar the defence in the proceedings between the principal parties but bars the defence against the third person (in the case of joining), against the third person as a subsidiary party to the pending case between the principal parties (in the case of intervention), respectively. That is why the legislator has foreseen a possibility for its appeal. The solution of Art. 220, sentence II of the CCP is the same as Art. 176(1), sentence II of the CCP, repealed. It was assumed in item 6 of ID of 17 July 2001 of the GMCC of the SCC that the rulings for which the legislator has foreseen explicitly an appeal (Art. 213, item 'b' of the CCP, repealed)¹⁹ are a subject to appeal only before the second instance (the respective immediate appellate court), but not before the SSC following the procedure for cassation appeal of the rulings. Art. 274(1) of the CCP, current, is identical to Art. 213, item 'b' of the CCP, repealed. It is specified in Art. 274(3) of the CCP that, when the prerequisites of Art. 280(1) of the CCP exist the rulings subject to appeal by a private appeal before the SCC are: the rulings of the intermediate appellate courts which disallow the private appeals against rulings, barring the progress of the proceedings; rulings which decide on the merits other procedures or bar their progress. The rulings which do not bar the progress of the proceedings and for which the legislator has explicitly foreseen in Art. 274(1), item 2 of the CCP the possibility for appeal, do not belong to the category of rulings subject to appeal before the SCC.²⁰ This solution is also valid for the ruling by which the request for constituting a third person as a subsidiary party is disallowed because it is a ruling for which the legislator has explicitly foreseen the possibility for appeal in Art. 220, sentence II of the CCP.

The ruling admitting the third person is not subject to appeal. It does not belong to the category of rulings under Art. 274(1), item 1 of the CCP that bar the further conduct of the

¹⁹ The ruling for disallowing the request for constituting a third person as a supportive party to the case belongs to the same category.

²⁰ In the regulations of Art. 274(3) of the CCP in connection with Art. 274(2), item 2 of the CCP the legislator has adopted the statement of the above cited ID of the GMCC of the SCC.



proceedings, nor does it belong to the category of rulings under Art. 274(1), item 1 of the CCP. That appeal is explicitly provided in the law.

VII. Powers of the third person-accessory

According to Art. 221(1) of the CCP, the third person is entitled to carry out any procedural actions²¹ except those that constitute disposal of the subject matter of the dispute.

The scope of procedural powers of the third person-accessory is one and the same, regardless of whether he/she acquired his/her capacity by intervention or joinder. The rule states that he/she is entitled to perform any procedural actions. That is so because, in spite of taking part in other people's proceedings, the third person defends his/her own legal sphere and, on the grounds of Art. 223(1) of the CCP, in his/her relationships with the opposing party, he/she is bound by *res judicata* of the judgment. Moreover, on the grounds of Art. 223(2) of the CCP, in his/her relationships with the party supported by him/her, he/she is bound by the motives. His/her right to perform any procedural actions does not depend on the actions or omissions of the party supported by him/her. Furthermore, according to Art. 221(2) of the CCP, in case of inconsistency of the party's actions and explanations with those of the third person, the court assesses the actions and explanations in relation to all the circumstances in the case.

²¹ As for the specified scope of procedural actions and those consequences of the decision provided in Art. 179 of the CCP, repealed, which is identical to Art. 223(1) of the CCP, current, in the theory under the CCP, repealed, it was debatable whether the third person-accessory has his/her own right to claim and a right to court defense perceived as a right to seek the consideration and determination of the dispute by *res judicata*. According to Prof. Stalev, that person is not entitled to a claim because this right is enjoyed only by the principal parties (see J. Stalev, A. Mingova, V. Popova, R. Ivanova, *op. cit.*, pp. 160–167 (the matters regarding procedural legitimation, defined as the ownership of the right to claim, are worked out under the co-authorship of J. Stalev and R. Ivanova), p. 407 (the matters regarding the third person-accessory are worked out under the co-authorship of J. Stalev and V. Popova), although on page 407 it is explicitly pointed out that the intervention of the third person is a means of defense of his/her legal sphere). According to Prof. B. Yanovski (see B. Yanovski, 'Podpomagashtata strana i pravoto na isk', *Sp. Pravna missal* ('The Co-Party and the Right to Claim', *Judicial Thought Journal*), No. 6, 1976, 58–63), the third person has the right to claim, because this right is perceived as his/her right to seek the determination of the dispute by *res judicata*. The specificity of this right consists of being exercised in other persons' proceedings and, consequently, if they are terminated, the third person cannot impose the continuation. However, in the case of the principal party's omission, the third person carries out the procedural actions on his/her own. What is concerned here is a specific form of the right to legal defense by participation in other people's proceedings (see also V. Popova, "Vazrajnieto za Prihvashtane i Mejdunarodnata Podvedomstvenost", *Sbornik Pravni Izsledvania v Pamet na Prof. Ivan Apostolov* ("Defence against Withholding and International Subservience", *Collection of Legal Research Works in Memory of Prof. Ivan Apostolov*), Sofia: 2001, p. 385).



Art. 222(1) of the CCP mentions a limitation. The legislator used the phrase ‘with the exception of those actions that constitute disposal of the subject matter of the case’.²² Actually, the third person-accessory is not entitled to waive or withdraw the claim. In principle, he/she is not entitled to conclude an agreement.²³ In other words, the third person-accessory is not entitled to perform actions that bring about the termination of proceedings.

VIII. According to Art. 219(3) of the CCP, no later than the first session, the party that has a cross claim against the third person is entitled to bring it for consideration together with the pending case simultaneously with the request for joinder. That is why in connection with Art. 219(1) of the CCP the claimant can do that in the first court session latest, but always simultaneously with the request for joinder. According to Art. 219(3) of the CCP in connection with Art. 219(1) of the CCP and Art. 133 of the CCP, the defendant is entitled to bring in a cross claim against the third party simultaneously with the reply to the statement of claim. As seen from the wording of Art. 219(3) of the CCP, the legislator admits strictly bringing a cross claim only by the supported party against the supporting one.²⁴ In Art. 213(3) of the CCP the legislator has also taken into account explicitly the procedural prerequisite of Art. 219(1) of the CCP consisting of the legal interest in the joinder. Regarded strictly, Art. 219(3) of the CCP admits bringing a cross claim only when upon the joining of a supporting party but not upon it intervening.²⁵ Unlike Art. 175(2) of the CCP, repealed, it could be brought in the first court

²² The legislator is not quite precise. The subject matter of the dispute is the alleged legal relationship. The third person-accessory is not entitled to waive or withdraw the claim, and if the third person is on the side of the defendant and the claim is withdrawn after the closure of the first court session, that third person’s consent is not required for the termination of the case.

²³ Depending on the relationships between the parties, there are no impediments to settling the relationships with the third person by the agreement. In my opinion, the third person-accessory can also participate in the agreement provided that he/she is a subject of the disputed legal relationship, *e.g.* if the creditor’s claim is brought against one of the joint co-debtors, while the other intervened or joined as a third person-accessory on the first joint co-debtor’s side. A similar situation occurs where the creditor brought his/her claim against the surety, while the principal debtor intervened or joined as a third person-accessory on the side of the surety. However, if the court agreement is only valid between the principal parties and the third person-accessory does not participate, although the court agreement is unenforceable against the third person-accessory.

²⁴ See Ruling No 317 of 26 June 2010 on c.c. 251/2010, III C. Ch. of the SCC; Ruling of 6 February 2009 of the City Court of Sofia on c.c. 611/2009, IV IAP; Ruling No 574 of 12 November 2009 of Veliko Turnaovo Distric Court on c.c. No1112/2009.

²⁵ See also L. Kornezov, *op. cit.*, p. 401.



session latest. It is theoretically possible someone to intervene the proceedings before the defendant's receiving a copy of the statement of claim. It is pointless to hamper the possibility to bring in a cross claim only because the third person hastened to intervene the proceedings. In my opinion, by the wording of Art. 219(3) of the CCP the legislator has determined the term for bringing a cross claim by the term for joining. Bringing in a cross claim against an intervened person is admissible unless it has been done within the term for intervening. Otherwise the intervening of the third person will hinder bringing in a cross claim against him/her. Here, the objective and subjective joinder of claims for consideration in common proceedings is present. The third person-accessory is a defendant under the cross claim, i.e. a principal party, while the principal party under the initial claim is a claimant.

IX. The person that intervened or joined is entitled to replace and release the party he/she supports provided that both parties give their consent (Art. 222 of the CCP).

X. The consequences of the judgment provided by Art. 223(1) and (2) of the CCP apply to the third person-accessory regardless to whether he/she actually takes part in the proceedings or not. Once the third person is constituted as a third person-accessory, he/she can participated in the proceedings and is not entitled to invoke his/her own negligent attitude to the proceedings.

According to Art. 223(1) of the CCP, the judgment rendered by the court has an ascertainment effect regarding the relationships between the third person and the opposing party. In other words, the judgment has a *res judicata* effect upon the third person-accessory and the opposing party.

If the judgment is a sentencing judgment, it is not enforceable against the third person-accessory. This is due to the fact that, if the person is not a party to the disputed legal relationship (for instance, if the revandication claim against the buyer is upheld, but he/she had the seller join as a third person-accessory), the judgment is not enforceable against the seller. The enforceability is not necessary in this case, as the seller is not in possession of the chattel. However, it is the same if the third person-accessory is a subject of the disputed legal



relationship. For instance, if the claim is brought against a joint debtor, while the other intervened or joined as a third party-accessory, the judgment is enforceable only against the joint debtor who is sentenced by the judgment, and is unenforceable against the other joint debtor. If the claimant was willing to have this second joint debtor sentenced as well, he/she should have joined the claims against the two debtors and should have requested that they are sentenced to perform their joint obligation. A similar situation is the one in which the claim is brought against the surety, and it had the principal debtor join as a third party-accessory and the principal debtor joined the proceedings as such.

The binding effect of the motives applies to the internal relationships between the supported party and the third person-accessory. According to Art. 223(2) of the CCP, what the court established in the motives for its decision is obligatory for the third person in his/her relationships with the party he/she supports as well as for the party that made him/her join the proceedings, and the third person-accessory is not entitled to challenge it under the pretext that the party conducted the proceedings badly, with the exception of those cases where, either willfully or because of gross negligence, he/she failed to submit evidence or facts which are unknown to the third person.



The Rule against Bias: The impact of the Judicial Code of Conduct in England and the need for impartiality in European Court rulings

Zia Akhtar

Barrister and member of Grays Inn (England),
specialises in public law and human rights.

Abstract: The UK Guide to Judicial Conduct issued in March 2013 sets out the ground rules for judges to refrain from any activity that may give rise to bias. These include specific guidelines that are set out to preclude such behaviour which may lead to the perception of bias by one of the parties to the case.¹ It sets out the six principles known as the Bangalore Principles of Judicial Conduct endorsed at the 59th session of the UN Human Rights Commission at Geneva in April 2003 into its new framework of rules. In 2014 there have several cases reported where the Court of Appeal has had to address the question of apparent bias from judges purporting to exercise their case management directions in a 'robust' manner. The Court has had to warn against judges exceeding their remit while accepting that they there had to a fine line drawn in exercising the rule against bias. This paper is an analysis of the English rule against bias which is based on precedent established by case law. The European Courts judgments have to be noted to determine how the European Treaties have dealt with the right to a fair trial. The argument is for the legal system to maintain a clear separation of powers to preclude the inference of bias from arising when the court is dealing with a legal matter.

¹ http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/.../Judicial_Conduct_2013Page10-11



Key words: Right to a fair trial; Apparent bias; Judicial Accountability

Introduction

The rule against bias has been subject to reasoning by the courts who have formulated a theory when its appearance can be arise. This prevails in the estimation of the reasonable man who is fair minded and well informed as against a casual observer who is not aware of all the circumstances of the case. It is a rule that has been set out in case law, and the judges authority is regulated by the UK Judicial Code of Conduct. This has to be set in the context of the exercise of discretion by the judge in their case management functions and if that gives any hint of bias in order to ensure the Right to a Fair trial.

This requirement of impartiality of the court is complimentary to the European Convention of Human Rights Convention (ECHR)Article 6.1 that stipulates a Right to a Fair Trial.² The principle is also enshrined in Articles 41 and 47 of the EU Charter of Fundamental Rights (EUCFR) 2010. The English courts generally rule in accordance with the ECHR rulings to preclude bias and retain the principle of impartiality.

The term ‘bias’ must be seen to arise in different circumstances where it may manifest itself and affect a decision by the court. It can broadly be classified into six categories that may be grouped into personal bias; pecuniary bias; subject matter bias; departmental bias; preconceived bias; or obstinacy led bias. In the legal framework the test of evaluation is between actual bias and presumed bias which prescribe a different test in these two circumstances.

The judge would be automatically eliminated, or will have to recuse himself if it was proved that he shared a common interest with one of the parties. The rules of natural justice

² Article 6.1 states as follows : .In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.



require that the judge has no interest in the outcome of the case. If there was a pecuniary interest then the law would automatically assume bias. This is a very strict test and a decision will be vitiated for actual bias if there is an economic benefit that will be derived from a judicial determination that is in favour of one of the parties.

There is a more complex examination when there is apparent bias which arises because of the manner or form of the judges ruling in the decision. It could also be inferred from the contacts or allegiances of the judge. This gives rise to a more abstract reasoning and is based on a hypothetical test which the court determine if the allegation of bias can be sustained. In English law the determination of its likelihood has moved from there being a real danger of bias to when a reasonable man who is informed and fair minded considers it to bias.

This paper is an evaluation of the discretion of the judges in the light of the UK Judicial Code of Conduct 2013. It is a determination of how the rule against bias is effected in the new framework to preclude bias. This is a question that is necessary in the aftermath of judgments in civil trials where the judges have been deemed to be excessively robust. The need for judicial impartiality is explored in the context of the laws and European Court judgments that has deliberated on the trial procedures to decide if it conforms to the Human Rights Convention.

1/Inference of apparent bias

The test for apparent bias in English law was set out in *Porter v Magill* [2002] 2 AC 357 when the House of Lords unanimously confirmed the decision of the District Auditor of misconduct in office of the Westminster City Council 's former leader Dame Shirley Porter and her deputy David Weeks. This was for directing a policy of selling homes for electoral advantages and not as prescribed by the Housing Act 1985.

Lord Hope dealt with the issues of bias by the auditor. He ruled that the councillors were protected by Article 6.1 of the HRA and were entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. There was an



original investigation by the auditor conducted some years ago which led to provisional findings which also had to be taken into consideration for any apparent bias by him to be established.

While pursuing his investigation the Auditor had applied the test laid down in R v Gough (1993) AC 646 which was based on Lord Goff's judgment that had established that the tribunal had to ascertain the test of bias by asking the question whether there was a real danger of bias in any particular case and it had to be assessed by the court in the light of all the evidence before it. This reasoning was based on the test of a reasonable suspicion of bias as the valid test.

Lord Goff's set out the real danger of bias as the criteria to ascertain if the decision could be vitiated for bias. His Lordship rejected the notion of an objective *"reasonable man, because the court in such cases as these personifies the reasonable man; and in any event the court has first to ascertain the relevant circumstances from the available evidence, knowledge of which is not necessarily available to an observer in court at the relevant time"*.³ Thus, the real danger test became a standard test for judicial and administrative proceedings at all levels.

This test of apparent bias was affirmed at the Court of Appeal in Locabail UK v Bayfield UK Ltd v Bayfield Properties Ltd and another (1999) 2 All ER where it was held that the apparent bias was established on an allegation of a real danger of bias in circumstances where there was a personal friendship or animosity between the judge and any party involved in the case.

Lord Bingham held this will give rise to circumstances where bias can be inferred but *"no attention will be paid to any statement by the judge as to the impact of any knowledge on his or her mind"*:⁴ His Lordship held that there will be a real danger of bias where *"if for any other reason there were real grounds for doubting the ability of the judge to ignore extraneous considerations, prejudices and predilections"* then recusal would be necessary

However, there was a period of time after which the danger would dissipate and this will depend on the interval between the events and the hearing or trial and it will then be a relevant factor. His Lordship ruled : *"The greater the passage of time between the event relied*

³ Page 670

⁴ Para 19



on as showing a danger of bias and the case in which the objection is raised, the weaker (other things being equal) the objection will be.”⁵

The most effective protection afforded by this rule for the disqualification of a judge, and the setting aside of a decision, is if on examination of all the relevant circumstances the court concludes that there was a real danger (or possibility) of bias. This case established that if there was a trial that could arguably be said to give rise to a danger of bias for either party then it would generally be desirable that they should be disclosed to the parties in advance of the hearing. The judge must consider all the objections made and, if there are any grounds for doubt about the possibility of bias then he should exclude himself.

In *Porter v Magill* Lord Hope, after evaluating all the variables in the judicial formulations of bias, reasoned that the auditor was not biased in acting in the judicial capacity in addition to his other functions. The proper test was not a real danger of bias but the ruling in *Re Medicaments and Related Goods (No 2)* (2001) WLR 700. This was a Court of Appeal judgment that enquired whether there were circumstances that could rise to a reasonable apprehension of bias, and that the onlooker who perceived that bias was an informed and fair minded observer who based his assumption on a real possibility of bias.

Lord Phillips MR ruled :

“The court must first ascertain all the circumstances which have a bearing on the suggestion that the judge was biased. It must then ask whether those circumstances would lead a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility, or a real danger, the two being the same, that the tribunal was biased.”⁶

This proposition sets out that the court should first assess all the relevant circumstances which would lead to a fair minded and informed observer to conclude that there was a real possibility of bias. The implication is that apparent bias would not vitiate a decision and that a tribunal’s decision could still be valid even if there was an appearance of bias because the

⁵ Para 25

⁶ Para 85



reasonable man could still be objectively impartial by the fact that he was well informed and fair minded.

Lord Hope's formulation in *Porter v McGill* was based on the *Medicaments* reasoning of when bias could arise and that the fair minded and informed observer differed from the casual observer because " the reasonable observer took account of all the relevant circumstances in the case; where as a casual observer would be responding instinctively and without the knowledge of all the facts" in the context in which the tribunal was assessing the case.⁷

This is a distinction that seems superficial on the surface because a casual observer might have formed a view of bias when the Auditor in his preliminary findings made a public statement on January 13, 1994 to the media about the misconduct in public office of Lady Porter and her colleagues. The fair-minded and informed observer would have considered the circumstances when these comments were made and may also have concluded that they would necessarily effect the entire investigation and conclusions of the investigation.⁸

There were two major changes in the reasoning of judges that took place between the old test as set out in *R v Gough*, and Lord Hope's exposition in *Porter v Magill* which were that the matter is to be judged from the perspective of the fair-minded and informed observer, and the threshold is a 'real possibility' and not of the 'danger of bias'. This would be an enquiry based not on any extraneous considerations which may have influenced the judge but on the notion of what the court implied the reasonable may have concluded is the evidence of bias.

⁷ Paras 96-98.

⁸ In *Gillies v Secretary of State for Work and Pensions* [2006] UKHL 2, [2006] 1 WLR 781, at 787 it was held by the House of Lords that:

'fair-minded and informed observer can be assumed to have access to all the facts that are capable of being known by members of the public generally, bearing in mind that it is the appearance that these facts give rise to that matters, not what is in the mind of the particular judge or tribunal member who is under scrutiny.'



2/Judicial Code of Conduct

The rule against bias has been augmented by the Judicial Code of Conduct that became effective in March 2013.⁹ It sets out six core principles known as the 'Bangalore Principles of Judicial Conduct' recommended at the 59th session of the UN Human Rights Commission at Geneva in April 2003. These are as follows:

- i. Judicial independence is a prerequisite to the rule of law and a fundamental guarantee of a fair trial. A judge shall therefore uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects.
- ii. Impartiality is essential to the proper discharge of the judicial office. It applies not only to the decision itself but also to the process by which the decision is made.
- iii. Integrity is essential to the proper discharge of the judicial office.
- iv. Propriety, and the appearance of propriety, are essential to the performance of all of the activities of the judge.
- v. Ensuring equality of treatment to all before the courts is essential to the due performance of the judicial office.
- vi. Competence and diligence are prerequisites to the due performance of judicial office.¹⁰

The guide goes on to state in its preamble that "Judicial independence is sometimes mistakenly perceived as a privilege enjoyed by judges, whereas it is in fact a cornerstone of our system of government in a democratic society and a safeguard of the freedom and rights of the citizen under the rule of law".¹¹ It confirms all the precautions that were present before that the judge had to take to recuse himself if bias could be discerned by the reasonable man.¹²

⁹ http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/.../Judicial_Conduct_2013

¹⁰ Page 7

¹¹ "The relationship between the judiciary and the other arms [of government] should be one of mutual respect, each recognising the proper role of the others." The problem for judges is that, unlike some members of the Government, cannot answer back when their decisions are misinterpreted. Indeed, they are not supposed to have



The important sections delineate the importance of not presenting an appearance of bias and there is recourse to existing case law : 3.7 The question whether an appearance of bias or possible conflict of interest is sufficient to disqualify a Justice from taking part in a particular case is the subject of United Kingdom and Strasbourg jurisprudence which will guide the Justices in specific situations. 3.8 Circumstances will vary infinitely and guidelines can do no more than seek to assist the individual Justice in the judgment to be made, which involves, by virtue of the authorities, considering the perception the fair-minded and informed observer would have.

In *Lesage v Mauritius Commercial Bank Ltd [2012] UKPC 41*, the Privy Council highlighted the importance of looking at the proceedings as a whole and, while looking at the particular facts, questioning whether, overall, the proceedings would have created at least the impression of bias and unfairness. Lord Kerr said:

"[51] Whether, in the mind of the informed observer, the failure to consider the propriety of their continuing to hear the case creates a possibility of bias is to be judged both prospectively and retrospectively. The actual conduct of the judges during the trial is to be examined therefore to see whether it supports or detracts from the suggestion that there was the appearance of possible prejudice."

The guidelines are quite circumspect and set out what the duty of the judge should be in circumstances where bias may be perceived. R 3.15 states: If circumstances which may give rise to a suggestion of bias, or the appearance of bias, are present, they should be disclosed to the parties well before the hearing, if possible. Otherwise the parties may be placed in a

strong views on any political issue. But in relation to their own decisions, "A judge should refrain from answering public criticism". (Even from the Home Secretary.)

¹² The most important recommendations are contained in the Impartiality section. Page 10

R 3.3 states "A judge must forego any kind of political activity and on appointment sever all ties with political parties"; that " may diminish his authority as a judge and create in subsequent cases a perception of bias". This is an affirmation of the ruling in *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates exp Pinochet Ugarte (No 2)* 2000 1 AC 119 where the House of Lords set aside its previous order that had confirmed the Appeal Court ruling that General Pinochet could be extradited. This was because Lord Hoffman who was on the Appellate Committee which made that earlier order was also on the governing committee of a body that was affiliated to Amnesty International.



difficult position when deciding whether or not to proceed. Sometimes, however, advance notification may not be possible.

The rule against bias where such a determination has to be made is grounded in the court's notion of when there is a possibility of bias. It becomes a question of significance when the judge has to exercise a discretion at the trial and the parties are in the process of applying for directions. This is when the judge has to be seen to be executing his duty in an objective manner.

3/ *Competence and diligence in exercise of duty*

The Judicial Code of Conduct has a specific requirement in Chapter 6 based on the exercise by the judge to be diligent in the performance of his duties. The section states it "*requires the judge to take reasonable steps to maintain and enhance the judge's knowledge and skills necessary for the proper performance of judicial duties, to devote the judge's professional activity to judicial duties and not to engage in conduct incompatible with the diligent discharge of such duties*".¹³

The changes in the management of civil, family and criminal proceedings which have developed caused the judges to take a far more pro-active role in managing cases as they progress to trial. This requires judges to focus and refine the issues, identify the evidence necessary to resolve the main dispute. It can be done where possible at 'issue resolution hearings', and they can provide a course of action in the legal proceedings.

This is pertinent in the family law hearings where there is a duty to further the overriding objective of dealing with cases with regards to any child's welfare issues. The cases can be actively managed under (FPR 2010, rr 1.1(1) and 1.4(1)). The active case management involves a range of matters set out at FPR 2010, r 1.4(2) which include identifying the issues at the preliminary stage (r 1.4(2)(b)(i)) and deciding immediately which issues need full investigation and hearing and which do not (r 1.4(2)(c)(i)).

¹³ Page 18



There are similar duties in the civil cases that fall upon the Court under CPR 1.1(1) and (2) and 1.4(1) and especially 1.4(2)(b), (c) and (d). These powers are further set out at CPR 3.1. In performing their tasks with these regulations the danger exists that the judges will consider issues without the benefit of all the evidence at their disposal. This may stop them from being informed of all the evidence. The judge does have the regulatory framework available to conduct a 'robust case management' and seeming to arrive at the conclusions which may provide the appearance of bias in the case.

In **Re Q (Fact-Finding Hearing: Apparent Judicial Bias [2014] EWCA Civ 918, [2014] 2 FLR** each party, with the exception of the children's guardian, had issued a Notice of Appeal complaining about one aspect or another of the judge's handling of a fact finding exercise in an application for a care order. There were seven Notices of Appeal issued by the court under the judge's management and it was the preliminary issue of whether the judge should have acceded to the mother's application for him to recuse himself.

The judge, at an early case management hearing confided to the parties that the local authority was going to find it onerous to accept the s 31 was satisfied. The complaint was based on the evidence of the mother's allegations against the father and at the same case management hearing the judge had called for a police file which he then read but did not disclose to the parties. He then expressed his conviction that many of the witnesses would provide in all likelihood credible evidence.

This expression of this opinion was interpreted by the mother as bias.

McFarlane LJ in his leading judgment set out the judge's function as follows:

[47] The task of the family judge in these cases is not an easy one. On the one hand he or she is required to be interventionist in managing the proceedings and in identifying the key issues and relevant evidence, but on the other hand the judge must hold back from making an adjudication at a preliminary stage and should only go on to determine issues in the



proceedings after having conducted a fair judicial process.

[48] There is, therefore, a real and important difference between the judge at a preliminary hearing inviting a party to consider their position on a particular point, which is permissible and to be encouraged, and the judge summarily deciding the point then and there without a fair and balanced hearing, which is not permissible.' In the instant case the Court, having reviewed the observations made by the judge, was clear that a fair-minded and informed observer would have concluded that there was a real possibility that the judge had indeed formed a concluded view on the mother's allegations and her overall veracity.

The CMH was 'seriously flawed', the judge having 'strayed beyond the case management role by engaging in an analysis, which by definition could only have been one-sided, of the veracity of the evidence and of the mother's general credibility. The situation was compounded by the judge giving voice to the result of his analysis in unambiguous and conclusive terms in a manner that can only have established in the mind of a fair-minded and informed observer that there was a real possibility that the judge had formed a concluded and adverse view of the mother and her allegations at a preliminary stage in the trial process.'

The issue in this case which led to a determination of bias was a thin wedge that separated proactive case supervision with the premature adjudication. The role of a family judge was also deemed to be such a balance had to be made and the benefit of the doubt to a judge could be allowed. Those observations made by the judge that in overall court process establish circumstances that would lead a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility of bias then it could lead to the assumption that there was bias.

The competence and diligence of the judges has come for scrutiny in an allegation of bias and whether it was procedural case of case management or apparent bias. In **Re K**



(Return Order: Failure to Comply: Committal) [2014] EWCA Civ 905, [2014] 2 FLR (forthcoming) the Court of Appeal had to deal with a father's appeal in contested wardship proceedings. This concerned an instance where a judge had refused to recuse herself from the proceedings and sentenced the father to 18 months imprisonment for contempt (for refusing to arrange the return of his child to the jurisdiction). The appellant argued that in earlier hearings the judge had twice threatened to commit him to prison for an extended period of time and on several occasions had uttered prejudicial statements.

McFarlane LJ invoked the precedent of *Porter v Magill* in implying that the judge, in making the observations was seeking to convey to the father just how important it was to comply with orders of the court, and out of particular concern for the child's welfare. However, the apparent bias existed by the father's complaints when the judge rejected the application for recusal, and had not explained why, notwithstanding her earlier comments. She had already ruled that the father was in deliberate breach of the courts orders and should be sentenced to a considerable span of imprisonment.¹⁴

There can be an allegation of bias if the judge's action is carried out in a robust manner that gives an appearance of bias even in criminal litigation. In the **Matter of Ian Stuart West [2014] EWCA Crim 1480** a defence barrister was found by the Court of Appeal (Criminal Division) to have been guilty of conduct which 'constituted wilful and deliberate disobedience of an order of the court as an act of defiance'. This was serious misconduct which was a breach of his professional duties and in conflict with his duty to the court and amounted to contempt of court.

The barrister had refused to have a conference with the accused to resolve issues arising from a police interview, failed to attend an adjourned hearing and refused to provide a written explanation for his behaviour. He had instead demanded an apology from the judge. The Court of Appeal allowed his appeal from the finding of contempt on the basis that the judge had followed the wrong procedure under the Criminal Procedure Rules 2013.

¹⁴ At 78



The Court defined one issue of whether Judge Kelson QC should have recused himself from the contempt proceedings.

Sir Brian Leveson P held at para [27]:

“Porter v Magill [2002] 2 AC 357 makes it clear that, save where actual bias is established, personal impartiality is to be presumed but the question whether the material facts give rise to a legitimate fear that the judge might not have been impartial must be determined on the basis whether a fair minded observer would consider there to be a real danger of bias. Reflecting the common law, CPR 62.8(5)(b) provides that the court which conducts the enquiry may include the same member of the court that observed the conduct unless that would be unfair.”

The Court ruled that the bias could not be confirmed under the *Porter v Magill* test because while the appellant had been insulting to the judge it was excessive to deem that he could not carry out an impartial judgment whether there was a contempt of court. The entire transaction had to be considered in this determination between the judge and the barrister and it was the judge who could make the assessment.

This discretion to deal with contempt summarily remained with the judge and this complaint was rejected. This implies that in criminal hearings the justice can still be seen to be done when the judge does not transfer the matter to another judge to adjudicate. It will depend on the particular circumstances and the impression that would be made on the reasonable observer as to the fairness of the process.

The decision in this case was that the judge had no obligation to withdraw himself from the proceedings. The issue can be traced to the case management by the judge and the amount of his discretion. The dispute between the court and the barrister had arisen as a consequence of the judge instructing counsel to discuss with his client the likely grounds of a challenge to a police interview that presented the defence with some difficulty.



The Judicial Conduct guidelines were again the subject of this appeal and they concerned the question of case management and the borders of what is allowable. The issues the Court of Appeal felt the judge was correct upon were , the judge had proceeded with perfect propriety;¹⁵ case management was to be conducted with diligence by evaluating the court time, and in certain circumstances, to make robust orders to ensure that definite progress was made.

The grounds for the decision was convincing for the Appeal Court because the procedures had been carried out diligently. There was a full summary available of the interview and categorically no grounds why the barrister should not be able to identify whether there was a challenge to its admissibility. It would not suffice for the counsel to argue that a defendant was not guilty if the case management had been satisfactory and not over robust.

4/Rule against bias in European Union law

The domestic UK law, which is based on precedent is supplemented by the law of the European Community in preserving the rule against bias. It expressly provides for it by legislation and this impacts on the Member States of the European Union. The incorporation of Article 6 of the ECHR by Article 6(2) of the Treaty, is supported by the EU Charter of Fundamental Rights 2010 for administrative decision-making by the institutions and bodies of the EU and judicial decision-makers.

Articles 41(1) of the Charter provide the Right to good administration :

" Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union".

Article 47 states of the Right to an effective remedy and to a fair trial: T

¹⁵ Chapter 5 at p 15 of the Judicial Code of Conduct



(1)"Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article". and (2) "Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented".¹⁶

The Charter places an obligation for legal aid to be made available to those who lack sufficient means in their domestic jurisdiction to ensure effective access to justice. It is noteworthy that the distinction between the provision for administrative and judicial decision-makers, is that in accordance with Article 6 of the ECHR, the judicial decision-makers are required to be both independent and impartial, whereas administrative decision-makers are required 'only' to be impartial.

The European Court of Justice based in Luxembourg has its own Code of Conduct that makes further specific provision in relation to the impartiality of its judges. Article 2 is on 'Integrity' and it states : "Members shall not accept gifts of any kind which might call into question their independence.

Article 3 on Impartiality states as follows: Members shall avoid any situation which may give rise to a conflict of interest.

The development of case law has been sporadic and not in the seminal manner of the English courts who have examined the principles of law in building up the precedence. The issue in the case law of the ECJ and the Court of First Instance ("CFI") has been considered under interpretations of the fundamental EC principles of equal treatment and/or transparency.

¹⁶ In *CJEU, Case C-355/10, European Parliament v. Council of EU, 5.9.2012* the court established a link between the two articles by defining the compliance of EU acts with the Charter, and the need to take into account fundamental rights in the EU's legislative work. It annulled a Council implementing decision on surveillance of the external sea borders of the EU on the basis that the adoption of rules conferring enforcement powers on border guards entails political choices falling within the responsibilities of the European Union legislature and that these rules were likely to affect personal freedom and fundamental rights to such an extent that the involvement of the European Union legislature is required



Despite that there is precedent that has addressed the application of the requirement for an impartial tribunal in the chambers of the ECJ. This was considered on the facts of the joined Cases C-341/06 P and C-342/06 P Chronopost SA and La Poste v Union française de l'express (UFEX) and Others, [2008] ECR I-4777, 1 July 2008.

This case concerned the infrastructural assistance provided by La Poste to its subsidiary, Chronopost in France. It was alleged by complainants that this assistance constituted State aid but it was not accepted by the European Commission. The Union initiated proceedings before the national courts, who referred certain questions to the CFI. The CFI determined that the Commission had erred and that there was State aid, but did not give judgment on the entire matter.

La Poste and Chronopost appealed and the ECJ overruled the CFI and held that its first decision should be set aside. The ECJ remitted the matter for further determination by the CFI and on the second hearing the CFI's judicial composition was different. However, the same Judge-Rapporteur was retained for the second hearing and the CFI affirmed its first ruling that there was State aid. On appeal to the ECJ and among their grounds of appeal was that the second CFI was not an impartial tribunal because it contained the same Judge-Rapporteur and the decision was tainted with bias. The ECJ dismissed the allegation of bias. The reasons were set out as follows:

" The guarantees of access to an independent and impartial tribunal, and in particular those which determine what constitutes a tribunal and how it is composed, represent the cornerstone of the right to a fair trial. That right means that every court is obliged to check whether, in its composition, it constitutes such an independent and impartial tribunal, where this is disputed on a ground that does not immediately appear to be manifestly devoid of merit." (At 46)

The Court upheld the principle in a decision of the European Court of Human Rights in *Remli v. France*, judgment of 23 April 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 574, §48).that stated that the courts must inspire confidence in those subject to their jurisdiction and that the procedural requirement was mandatory and a matter of public policy. The ECJ also



held that, if, by way of an appeal a challenge is made in that respect on a ground that is not manifestly devoid of merit, the Court is obliged to confirm the correctness of the composition in the formation of the CFI which delivered the ruling. (At 47)

The grounds of irregularity had to be raised must be raised by the Court of its own motion as a matter of public policy Case C-367/95 P *Commission v Sytraval and Brink's France* [1998] ECR I-1719, paragraph 67. At 48 The Court relied upon the failure of the Commission, a principal party at first instance, to raise before the CFI the irregularity complained by Chronopost and La Poste in their argument that, as a result, they were no longer entitled to represent themselves in their appeal. It cannot properly be relied upon in opposing the Court's consideration of such pleadings. (At 50)

It was apparent from the documents submitted to the Court that the duties of the Judge-Rapporteur were entrusted to the member who had delivered adverse judgments in previous cases referred to the CFI. (At 51) However, the ECJ ruled that it had not been established that the Right to a Fair Trial had been breached based on the duty of impartiality by which its members are bound. This was because there were twin requirements of this condition, firstly, the members of the tribunal themselves must be subjectively impartial, that is, none of its members must show bias or personal prejudice.

Secondly, the tribunal must be objectively impartial, that is to say, it must offer sufficient guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect (see, to that effect, in particular, Eur. Court HR, *Fey v. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A, p. 12, §28; *Findlay v. United Kingdom*, judgment of 25 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 281, §73; and *Forum Maritime S.A. v. Roumanie*, judgment of 4 October 2007, nos. 63610/00 and 38692/05, not yet published in the Reports of Judgments and Decisions). (At 54)

In the circumstances there was no allegation of personal bias in the members of the CFI, and the fact that the same Judge hears the case in two Chambers and determines it on successive occasions cannot, give rise to reasonable suspicion of the impartiality in the absence



of any other objective evidence. The court does not need to hear a case does not need to have a completely different composition. (At 56)

The judgment of the ECJ also referred to the European Court of Human Right's ruling in *Ringeisen v. Austria*, judgment of 16 July 1971, Series A no. 13, §97, and *Diennet v. France*, judgment of 26 September 1995, Series A no. 325-A, §37). The Court in these cases held that it cannot be stated as a general rule resulting from the obligation to be impartial that a court overruling an administrative or judicial decision is compelled to remit the case back to a differently constituted judicial authority. (At 58)

The Court further stated that the ECHR Article 27(3) does not require on a referral following its judgment that no Judge from the Chamber which rendered the judgment is to sit in the Grand Chamber of the Strasbourg Court, with the exception of the President of the Chamber and the Judge who sat in respect of the State Party concerned. The Human Rights thus accepts that Judges who heard and determined the case at the first hearing may rehear in another sitting and determining the same case again. This would not infringe the requirements of a fair trial.

This judgment has been followed in the subsequent case of Case C-308/07 P Koldo Gorostiaga Atxalandabaso v European Parliament (2009) in which the ECJ considered its principles in another complaint about the CFI containing the same judges on two occasions. The complaint was that Article 111 (4) of the CFI had been breached.¹⁷

The ECJ held that the "Rules of Procedure of the Court of First Instance does not in itself prejudice the right to a proper and effective judicial process, since that provision is applicable only where it is clear that the Court of First Instance has no jurisdiction over the action, or where the action is manifestly inadmissible or manifestly lacking any foundation in law". (At 36) The applicant needs to establish that the CFI has incorrectly applied Article 111, on a challenge

¹⁷ "Where it is clear that the Court of First Instance has no jurisdiction to take cognisance of an action or where the action is manifestly inadmissible or manifestly lacking any foundation in law, the Court of First Instance may, by reasoned order, after hearing the Advocate General and without taking further steps in the proceedings, give a decision on the action".



that the decision was tainted with bias. This needs the assessment of the court under the conditions governing the application of the Article to be challenged.

The ECJ applies the case law of the ECHR in ascertaining whether there has been a breach of the requirement for impartiality. In particular, it adopts the Strasbourg Court's concepts of subjective and objective impartiality which are , very similar to the UK's domestic law concepts of actual and apparent bias.

Conclusion

The essence of the rule against bias is that justice must be seen to be done. However, the rule against bias states that there may be ostensible bias but the tribunal may still not be biased as to its findings. The possibility of bias is an abstract test and the crux is the notion of the fair minded and informed observer who is a reasonable man will find that the tribunal was biased. This is a hypothetical examination which the court undertakes to make an assessment on the merits of the case.

The question that the court asks itself is whether or not there is a real possibility that the observer might think there was apparent bias. The fact that there is an appearance of bias is not really material to the issue. The principles governing the test to be applied in cases where it is alleged that a judge has manifested apparent bias were set out in *Porter v Magill* [2002] AC 357. The House of Lords approved the test to be applied in such cases in the following terms (at para [102] and [103]):

'The court must first ascertain all the circumstances which have a bearing on the suggestion that the judge was biased. It must then ask whether those circumstances would lead a fair-minded and informed observer to conclude that there was a real possibility ... that the tribunal was biased.'

This reflected the importance of justice 'being seen to be done' and rejected the previous tests of 'reasonable likelihood' and 'real danger' of apparent bias which tended to concentrate on the court's (actual) assessment of the facts. However, the new test has raised



the questions ie, What characteristics or degree of understanding should be attributed to the 'fair minded observer'? How familiar should she be assumed to be with the judicial or forensic process? Given that the theoretical observer is a member of the public, the perceptions of a participant party will not be directly taken into account, but should they be?

These have now to be set against the framework of the Judicial Code of Conduct 2013 that has set up 'to set up ethical conduct for judges'. The adoption of written codes of conduct accords with international practice and is in line with principles of the UN Human Rights Commission at Geneva of 2003, that in spirit reflects the European Convention of Human Rights.

The result is that the approach in *Lesage v Mauritius Commercial Bank Ltd* has become of practical application when invoking *Porter v Magill*, which means that it will be necessary to look to the particular circumstances of the case, at the overall fairness, prospectively and retrospectively, and apply the test of a notional informed observer's perception of fairness. The outcome if bias is established, are significant cost and administrative inconvenience.

In *Lesage* the Privy Council that bias had to be prevented and that it overrode the costs that could be incurred in its prevention. Lord Kerr stated that at [59] "In a case where it has been concluded that there is the appearance of bias and unfairness, however, these are consequences which simply have to be accepted. They cannot outweigh the unanswerable need to ensure that a trial which is free from even the appearance of unfairness is the indispensable right of all parties and is fundamental to the proper administration of justice".

The Court of Appeal has had to determine the possibility of bias in recent case law and makes it essential for the judges to be aware of matters at an interlocutory stage, despite the need for the 'robust case management'. They need to be able to distinguish between identifying the relevant issues on the one hand and seeking to reach judgments upon those issues, on the other, before all the evidence is available or before full argument has been heard.

The fundamental principle of justice at both at common law and under Article 6 of the European Convention of Human Rights must be the primary consideration that there must be a



Right to a Fair Trial. The difference in the European Courts of Justice and English courts is in the essence of the challenge of biased decision that arises when the case is remitted for reconsideration.

The judgment in *Chronopost SA and La Poste v Union française de l'express (UFEX)* showed that the CFI should have been composed entirely of different judges and even one judge was sufficient to breach the requirement of impartiality after the case was remitted back for a rehearing. In the English law, this ground of challenge would clearly not have succeeded, since the majority of cases to be reheard following the quashing of a judgment are remitted to the same tribunal. The question of whether a different tribunal is required is a question that comes up for judicial consideration frequently in the course of the initial appeal. The challenge afterwards as the ECJ heard would not be accepted in the UK courts.

The contrast goes further when the ECJ's perspective appears to be that any potential issue with the composition of a Court is a matter for that tribunal to raise, even if, as in the above case, the potential problem was not apparent to the Court. The consequence of the ECJ's view is that the Commission, having failed to bring up the point itself, was prevented from arguing that *La Poste* and *Chronopost* were 'too late' to raise the argument on appeal.

In the English courts doctrine of waiver, the opposite result would be reached since it is clear that appellants in the ECJ were aware of the composition of the CFI in advance of the deliberation of their case, but failed to raise the matter then. There would be no allowance in a common law court of appellants being able to argue that the Court or the other party should have raised the issue themselves at the time of the initial hearing.

The rule against bias is a very important factor for the court to be conscious of in determining the case. If, on an assessment of all the relevant circumstances, the conclusion this principle either has been, or will be, breached, the judge should be automatically withdraw from hearing the case. It is not a discretionary matter when a case management decision is based on weighing relevant factors that do not lead to fair hearing.



L'ultima riforma francese dell'arbitrato

(The last french reform in arbitration)

Giovanni Bonato

Professor (Maître de conférences) at the
University Paris Ouest Nanterre La Défense

Abstract: The Author examines the new French law on arbitration, which is set out in a decree dated January 13th, 2011 and came into force on May 1st, 2011. The reform of 2011 does not bring any radical change to the main orientations of the decrees of 1980 and 1981, in particular by incorporating a number of solutions inspired by case law. The distinction between domestic and international arbitration has been maintained. The liberal spirit which has provided vitality to French law of international arbitration has been preserved and developed. However, with the aim of clarifying certain provisions and to modify prior solutions to strengthen the efficiency of arbitration, the new law constitutes a revision of the rules that are applicable to the arbitration agreement, the arbitral proceedings, the award, the recognition and enforcement or the procedures for challenge and appeal.

Keywords: Arbitration. France. Reform.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La convenzione di arbitrato. - 3. Gli arbitri. - 4. Il procedimento arbitrale. - 5. La sentenza arbitrale e l'exequatur. - 6. I mezzi di impugnazione. - 7. L'arbitrato internazionale. - 8. Osservazioni conclusive.



1. Il decreto n. 2011-48 del 13 gennaio 2011 recante riforma dell'arbitrato, in vigore dal 1° maggio del 2011,¹ modifica le disposizioni del quarto libro del vigente *Code de procédure civile* francese,² introdotte dalla (prima) riforma del 1980-1981 - di cui ai decreti n. 1980-354 del 1980 sull'arbitrato interno e n. 1981-500 del 1981 sull'arbitrato internazionale - che aveva sostituito la disciplina dell'abrogato *Code de procédure civile* del 1806.³

¹ (1) Sulla riforma dell'arbitrato del 2011 segnaliamo, per il momento, i seguenti contributi: GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, in questa Rivista, 2011, 525 ss.; GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 175 ss.; ID., *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 263 ss.; BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne - À propos du décret du 13 janvier 2011*, in *La semaine juridique*, 2011, n. 322; ID., *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage international - À propos du décret du 13 janvier 2011*, in *ivi*, 2011, n. 467; NOTTÉ, *Réforme de l'arbitrage*, in *ivi*, 2011, n. 26; LE BARS, *La réforme du droit de l'arbitrage, un nouveau pas vers un pragmatisme en marche*, in *ivi*, 2011, n. 67; JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Revue de l'arbitrage*, 2011, 5 ss.; JARROSSON, *Les principales tendances du nouveau droit français de l'arbitrage international*, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011, 812 ss.; ANCEL, *Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-même*, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011, 822 ss.; CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 331 ss.; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, in *ivi*, 2011, 375 ss.; NOURRISAT, *Le nouveau droit français de l'arbitrage (décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage)*, in *Procédures*, marzo 2011, étude n. 3; KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011*, in *Gazette du Palais*, 27 gennaio 2011, 9 ss.; BOLLEÉ, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, 553 ss.; LOQUIN, *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011)*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2011, 255 ss.; AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, Paris, 2011. Tra i lavori successivi all'ultima riforma francese si vedano anche: CADIEU - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2011, 755 ss.; BÉGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage. Chronique*, in *La Semaine Juridique*, 2011, n. 1432; CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Recueil Dalloz*, 2011, 3023 ss.

² Da sottolineare che, in seguito all'ultima riforma, il numero degli articoli del CPC dedicati all'arbitrato (dal 1442 al 1527) raggiunge quota ottantasette, ciò che ha comportato la necessità di procedere ad una generale rinumerazione di tutti gli articoli del libro quarto del codice, anche di quelli che non sono stati modificati.

³ Tra i contributi a carattere generale sull'arbitrato francese nel regime previgente, segnaliamo, senza pretesa di completezza: DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982; DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage*², Paris, 1990; ROBERT - MOREAU, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, Paris, 1993; FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996; OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998; SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, in *Droit du commerce international*, a cura di Béguin e Menjuq, Paris, 2005, 833 ss.; MOREAU, *Arbitrage en droit interne*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile*, I, Paris, 2008; ID., *Arbitrage en droit international*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile*, I, Paris, 2008; GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*³⁰, Paris, 2010, 1477 ss. Sull'arbitrato nel *Code de procédure civile* del 1806 si rinvia, tra gli altri, a: BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruxelles-Paris, 1937; RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international*, Paris, 1965; MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino, 1966, 90 ss.; DAVID, *Arbitrage du XIX^e et arbitrage du XX^e siècle*, in *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, 218 ss.; RUBELLIN-DEVICHI - LOQUIN, *Arbitrage. Principes généraux*, in *Jurisclasser, Procédure civile*, fasc. 1010, Paris, 1998, 9 ss.; G. FERRI, *L'arbitrato libero nella stagione dei codici*



In cantiere da diversi anni e preceduta da un *avant-projet* ultimato nel 2006 dal *Comité français de l'arbitrage*,⁴ questa seconda riforma dell'arbitrato, pur apportando rilevanti innovazioni, si pone in stretta linea di continuità con quella del 1980-81, confermandone lo spirito liberale.⁵ I motivi che hanno spinto il legislatore francese ad intervenire nuovamente sulla disciplina dell'arbitrato sono essenzialmente due: rendere più intelligibili (soprattutto per i lettori non francesi) le disposizioni del quarto libro del CPC, codificando alcune soluzioni giurisprudenziali in materia;⁶ modernizzare alcune regole, anche alla luce delle esperienze di altri sistemi giuridici.⁷

ottocenteschi. Un emblema della natura negoziale dell'istituto arbitrale?, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², III, Padova, 2012, 685 ss., in part. 733 ss.

⁴ L'*avant-projet* è stato pubblicato dalla *Revue de l'arbitrage*, 2006, 499 ss., con il commento di DELVOLLE, 491 ss., e su cui si veda anche l'analisi di KASSIS, *La réforme du droit de l'arbitrage international*, Paris, 2008. Il legislatore del decreto n. 2011-48 si è parzialmente ispirato al citato *avant-projet*, come ricordato da GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 176 ss. Per l'analisi dei lavori che hanno preceduto la nascita dell'ultima riforma francese si rinvia a DEGOS, *L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, cit., 25 ss.

⁵ In questo senso si vedano: BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne*, cit., § 1, secondo cui «*pour importante qu'elle soit, la réforme de 2011 ne constitue aucunement un revirement et le nouveau décret reste dans la même ligne que le droit antérieur*»; GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 175 ss.; GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 528; NOURISSAT, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, cit., § 2; JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 8-9; KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011*, cit., 9, i quali scrivono che la riforma «*ne révolutionne pas le droit de l'arbitrage, mais contribue à sa connaissance, sa diffusion et son acceptation*».

⁶ È noto che la giurisprudenza francese ha sempre svolto un ruolo essenziale nella costruzione dell'istituto arbitrale, in particolare di quello internazionale. Su questo aspetto si veda, tra gli altri, ANCEL J.P., *L'arbitrage international en France (Principes et système)*, in AA.VV., *L'arbitrage*, Paris, 2009, 197 ss., nonché HASCHER, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 391 ss., per i rapporti tra dottrina e giurisprudenza nel diritto francese.

⁷ Quanto alle finalità della riforma del 2011 si vedano: GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 265, i quali scrivono che «*la conjugaison des deux préoccupations de modernisation et d'accessibilité a conduit à une refonte complète du droit français de l'arbitrage*»; GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 529; KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011*, cit., 9, che parlano della volontà dei redattori della riforma del 2011 di dare una «*lisibilité accrue*» al diritto francese dell'arbitrato; NOURISSAT, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, cit., § 5, che mette l'accento sullo scopo deflattivo della riforma che tende a «*favoriser le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges dans un contexte de saturation des juridictions françaises*». Da segnalare che nel *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, in www.legifrance.gouv.fr, si legge che «*il est apparu nécessaire de réformer*» le disposizioni in materia di arbitrato «*afin, d'une part, de consolider une partie des acquis de la jurisprudence qui s'est développée sur cette base, d'autre part, d'apporter des compléments à ce texte afin d'en améliorer l'efficacité et, enfin, d'y intégrer des dispositions inspirées par certains*



Giova rilevare, in via preliminare, che - contrariamente alla scelta compiuta da altri legislatori europei che hanno optato per un regime monista dell'arbitrato⁸ - i redattori della seconda riforma francese hanno confermato la preferenza per un regime dualista, riprendendo la suddivisione del libro quarto del CPC in due titoli: il primo relativo all'arbitrato interno; il secondo relativo all'arbitrato internazionale, sempre definito come quello che «*met en cause des intérêts du commerce international*» (art. 1504).⁹

droits étrangers dont la pratique a prouvé l'utilité». Sull'importanza di indagini comparatistiche in materia arbitrale si vedano: GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956, 12, secondo cui «ninguna otra institución, como la del arbitraje, se ofrece tan unánime y constante en todos los territorios jurídicos, por diverso que sea su contenido»; CRESPI REGHIZZI, *L'arbitrato internazionale e la comparazione giuridica*, in *Revista de la Corte Española de arbitraje*, 2004, 126 ss.; GAILLARD, *Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 375 ss.

⁸ Parla di una «*tendencia a la adopción de legislaciones arbitrales monistas*» nel panorama comparatistico CREMADES A.C., *El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 40 ss., in part. 42.

Come noto, ha scelto di tornare al sistema monista anche il legislatore italiano della terza riforma dell'arbitrato, di cui al D.Lgs. n. 40/2006, che ha, comunque, deciso di attribuire una certa rilevanza all'elemento di estraneità soggettiva (la residenza o la sede effettiva all'estero di una delle parti) nell'ambito dell'impugnazione per nullità del lodo rituale (art. 830, comma 2º, c.p.c.). Si vedano sull'argomento: BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2005, 706 ss.; RICCI, *La longue marche vers l'«internationalisation» du droit italien de l'arbitrage*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, IV, a cura di MOURRE, Paris, 2008, 191 ss.; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, in *Arbitrati speciali*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, 391 ss., in part. 458 ss.; LUPOI, *Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1339 ss.; BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. comm. intern.*, 2009, 481 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage? Réflexions après la réforme de 2006 en Italie*, in *Arbitrage interne et international*, a cura di BONOMI e BOCHATAY, Ginevra, 2010, 217 ss.; Id., *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1267 ss.; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*², III, Torino, 2010, 296 ss.; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 303 ss. Per più ampie informazioni in ambito comparatistico si rinvia a PLOUDRET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002, 23 ss.; BONOMI, *Monisme et dualisme*, in *Arbitrage interne et international*, a cura di BONOMI e BOCHATAY, cit., 167 ss.

⁹ La seconda riforma conferma, quindi, la definizione di arbitrato internazionale che i redattori del decreto n. 1981-500 avevano ripreso dalla giurisprudenza formatasi sotto il codice abrogato (per ulteriori informazioni rinviamo a LÉBOULANGER, *La notion d'«intérêts» du commerce international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 487 ss.). Sul punto si vedano: GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 526, il quale ricorda che l'ultima riforma non ha solo confermato l'impostazione dualista, ma l'ha anche accentuata; GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 266, secondo cui, dato che il criterio di internazionalità dell'arbitrato è stato confermato, «*on pourra donc, après le 1er mai 2011 comme avant, se référer aux décisions antérieures à 2011 qui fixent le sens de la mise en cause des intérêts du commerce international*» (304). A questo proposito, vale la pena ricordare che il criterio di internazionalità dell'arbitrato, adottato nel sistema francese, è fondato su di una concezione strettamente economica, incentrata unicamente sul tipo di interessi oggetto della controversia, rispetto alla quale è irrilevante la presenza di un elemento di estraneità di tipo giuridico, attinente alla nazionalità delle parti, al luogo della residenza o del domicilio di queste ultime, al luogo della conclusione del contratto principale oggetto della lite deferita agli arbitri o alla sede della procedura arbitrale. Tra le tante decisioni in materia, si vedano in



Procederemo, quindi, ad esporre - nei limiti della presente indagine - gli aspetti salienti del decreto n. 2011-48, prendendo in esame dapprima le disposizioni in materia di arbitrato interno e poi quelle in materia di arbitrato internazionale.

2. Analogamente alla scelta compiuta dal legislatore italiano del D.Lgs. n. 40/2006, anche quello francese dell'ultima riforma crea la categoria unitaria della convenzione d'arbitrato (capitolo I, titolo I, libro IV) alla quale appartengono le due specifiche tipologie della clausola compromissoria e del compromesso - rispettivamente definiti al secondo e al terzo comma dell'art. 1442 - il cui criterio distintivo è quello classico basato sul momento in cui insorge la lite.¹⁰ La previsione di questo *genus* unitario tende a ridurre le differenze, nei limiti del possibile, tra le due *species* di convenzione d'arbitrato: per entrambe l'attuale art. 1443 richiede la forma scritta a pena di nullità; a differenza di quanto previsto dal diritto previgente

giurisprudenza: App. Paris, 29 marzo 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, 543, con nota di BUREAU, secondo cui il codice di rito ha adottato «une définition exclusivement économique de l'arbitrage international selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État»; Cass., 26 gennaio 2011, in *Recueil Dalloz*, 2011, 312; in dottrina FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., 64; SERAGLINI, *Arbitrage commercial international*, cit., 847 ss.; JACQUET, *La distinction entre arbitrage interne et international en droit français*, in *Arbitrage interne et international*, a cura di BONOMI e BOCHATAY, cit., 177 ss.; ALEGRÍA - HERVELLA, *Mantenimiento del dualismo y del concepto de arbitraje internacional en el Decreto N.º 2011-48 de 13 de enero de 2011 de reforma del Derecho Arbitral Francés*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 55 ss., in part. 58 ss. In senso critico sulla nozione di arbitrato internazionale adottata nel sistema francese si veda BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 6, il quale parla di «caractère invertébré» del criterio di cui all'art. 1504, da cui derivano diversi problemi «du point de vue de la clarté et de la prévisibilité des solutions». Sull'opportunità o meno di conservare un regime differenziato per l'arbitrato internazionale si vedano: MAYER, *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 361 ss., e PELLERIN, *Monisme ou dualisme de l'arbitrage. Le point de vue français*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, IV, a cura di MOURRE, cit., 133 ss. Ad ogni modo, la tendenza della giurisprudenza degli ultimi anni è stata quella di estendere all'arbitrato interno alcune delle soluzioni liberali coniate per il tipo internazionale, come segnala anche CREMADES A.C., *El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización*, cit., 42-43.

¹⁰ La clausola compromissoria è, infatti, definita dal comma 2º dell'art. 1442 come: «La convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats». Mentre il compromesso è definito dal comma 3º del citato articolo come: «La convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage». Secondo JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 10-11, sarebbe ammissibile, nonostante il silenzio della legge sul punto, anche la stipulazione di una «clause compromissorie-cadre» su liti future in materia non contrattuale relative a rapporti giuridici determinati; gli AA. fanno, infatti, riferimento alle liti precontrattuali e a quelle relative a rapporti di vicinato (nota 16).

Sulla creazione, ad opera dell'ultima riforma italiana dell'arbitrato, del *genus* unitario della convenzione d'arbitrato, al cui interno sono comprese le tre *species* del compromesso (art. 807), della clausola compromissoria (art. 808) e della convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale (art. 808-bis) si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 319 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 806*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, Bologna, 2007, 3 ss.



che per il compromesso si accontentava della forma scritta *ad probationem* e imponeva la forma *ad substantiam* unicamente per la clausola compromissoria.¹¹ La nozione di forma scritta è, comunque, ampia, potendo la convezione d'arbitrato risultare anche da uno scambio di atti scritti separati o «da un documento a cui è fatto riferimento nel contratto principale» (art. 1443).¹² Da specificare anche che, nel riferirsi ad una pluralità di contratti, l'art. 1442, comma 2º, fa proprio quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'ambito oggettivo della clausola compromissoria abbraccia tutti i contratti che sono tra loro collegati.¹³ Rientrando nella competenza normativa del Parlamento, i limiti oggettivi di arbitrabilità delle controversie, di cui agli artt. 2059-2061 *Code civil* (come riformati dalla legge del 15 maggio 2001), non potevano essere oggetto del decreto n. 2011-48.¹⁴ Oggi, come ieri, si possono, quindi, deferire ad arbitri le liti che hanno ad oggetto diritti disponibili (art. 2059 CC) e la clausola

¹¹ Aspetto che viene sottolineato da CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 760. L'abrogato art. 1449 CPC disponeva, al contrario, che: «*Le compromis doit être constaté par écrit*». Da siffatta formulazione si deduceva che per il compromesso la forma scritta fosse richiesta solo a fini probatori, si vedano tra gli altri: MOREAU, *Arbitrage en droit interne*, cit., 22, secondo cui per il compromesso, «à la différence de la clause compromissoire, l'obligation d'un écrit n'[était] pas prescrite à peine de nullité»; LOQUIN, *Arbitrage. Compromis et clause compromissoire*, in *Jurisqueur, Procédure civile*, fasc. 1020, Paris, 2008, § 14, secondo cui: «*l'écrit ne remplit pas la même fonction s'agissant de la clause compromissoire ou du compromis. Le compromis est constaté par écrit, la clause compromissoire doit être stipulée par écrit à peine de nullité*». Nel sistema italiano, una parte della dottrina (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 354) ritiene che solo per il compromesso le parti debbano utilizzare, a pena di nullità, la forma scritta, mentre per la clausola compromissoria di cui all'art. 808 e per la convenzione d'arbitrato di cui all'art. 808-bis, «si può ammettere che l'atto scritto possa rappresentare la mera documentazione di una stipulazione già intervenuta, cioè un atto ricognitivo di una volontà già manifestata, da cui tale volontà risulti».

¹² Sull'ammissibilità della clausola compromissoria stipulata *per relationem* si veda già Cass., 9 novembre 1993, in *Revue de l'arbitrage*, 1994, 108 ss., con nota di KESSEDJIAN. Per il sistema italiano si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 807*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 121 ss.

¹³ Nel citato *Rapport au Premier ministre* si specifica che «*le décret consacre également la jurisprudence, désormais majoritaire, en vertu de laquelle la clause compromissoire a vocation à s'appliquer dans le cadre de groupes de contrats, dès lors que les contrats en cause ont un caractère de complémentarité (Cass. Com., 5 mars 1991) ou que les parties ont accepté d'exécuter l'accord, en ce compris la clause compromissoire (Cass., 1re civ., 25 juin 1991) (article 1442, al. 2)*». Sul tema si rinvia all'analisi di: COHEN, *Arbitrage et groupes de contrats*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 471 ss.; TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, Paris, 2003. Per il sistema italiano si vedano: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 806*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 61; ID., *Art. 808-quater*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2007, 1198 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 651 ss.

¹⁴ Sulla ripartizione tra Parlamento e Governo delle competenze normative in materia processuale si rinvia a GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*³⁰, cit., 56 ss.



compromissoria è valida per i contratti conclusi in ragione di un'attività professionale, salve speciali disposizioni di legge (art. 2061 CC).¹⁵

L'art. 1444 contiene un'importante innovazione data dall'introduzione di un meccanismo di sanatoria per la c.d. convenzione di arbitrato «bianca», ossia quella che non contiene la nomina degli arbitri o non indica le modalità della loro designazione: in luogo della comminatoria di nullità, sancita dal diritto previgente,¹⁶ viene prevista l'integrazione e, quindi, la salvezza del patto compromissorio attraverso il rinvio ai criteri suppletivi degli artt. 1451-1454 in materia di nomina degli arbitri, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, attuato anche dall'art. 809, comma 3º, c.p.c. italiano.¹⁷

Viene, inoltre, espressamente ammessa l'indipendenza (termine che viene preferito a quello di autonomia) della convenzione d'arbitrato rispetto al contratto cui accede (art. 1447, comma 1º), codificando un principio già elaborato dalla giurisprudenza francese - prima in materia di arbitrato internazionale, poi esteso a quello interno - e che viene ampiamente riconosciuto in ambito comparatistico;¹⁸ nel medesimo comma si specifica che la convenzione

¹⁵ Sul punto si vedano: MARINI - FAGES, *La réforme de la clause compromissoire*, in *Recueil Dalloz*, 2001, 2658 ss.; FOUCHARD, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001*, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, 397 ss. In materia commerciale, la clausola compromissoria è ammessa, come indicato dall'art. L721-3, comma 2º, del *Code de commerce*, secondo cui «*les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées*».

¹⁶ Sulla nullità della «*clause blanche*» nel diritto previgente: App. Paris, 17 ottobre 1991, in *Revue de l'arbitrage*, 1992, 673 ss., con nota di ZOLLINGER; Cass., 18 gennaio 1994, in *ivi*, 1994, 536 ss.; App. Paris, 15 maggio 2002, in *Les cahiers de l'arbitrage*, II, a cura di MOURRE, Paris, 2004, 307.

¹⁷ Sul punto BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne*, cit., § 36, parlano di «*une innovation très bienvenue*». Per il meccanismo di integrazione automatica del patto compromissorio di cui all'art. 809 c.p.c. italiano si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 592 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 809*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 205 ss.

¹⁸ Secondo DE BOISSÉSON, *La nouvelle convention d'arbitrage*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 81 ss., in part. 85, il termine indipendenza è stato preferito a quello di autonomia per «*souligner que la convention d'arbitrage ne jouit pas seulement d'une autonomie fonctionnelle, mais qu'elle constitue un contrat à part entière*». Approva questa scelta terminologica per la convenzione d'arbitrato BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 11, il quale, tuttavia, avrebbe preferito l'inserimento di un riferimento ai casi in cui la convenzione d'arbitrato viene legata al contratto principale. Sul punto si veda anche CHENU, *L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011*, in *Les Petites Affiches*, 21 avril 2011, 3 ss. Per il riconoscimento dell'autonomia della clausola compromissoria in materia di arbitrato internazionale si veda il celebre *arrêt Gosset* del 1963 (Cass., 7 maggio 1963, pubblicata, tra le altre, in *Revue critique de droit international privé*, 1963, 615 ss., con nota di MOTULSKY) e in materia di arbitrato interno Cass., 4 aprile 2002 e Cass., 9 aprile 2002, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, 103 ss., con nota di DIDIER. Per ulteriori riferimenti si rinvia a LOQUIN, *Arbitrage. Compromis et clause compromissoire*, cit., § 8, nonché a POUURET -



d'arbitrato non viene travolta dalla inefficacia del contratto cui accede.¹⁹ Il comma 2° dell'art. 1447 dispone, correlativamente, che la clausola compromissoria nulla deve essere considerata come non apposta e, quindi, la sua nullità non avrà ripercussioni sul contratto principale.²⁰

Sostanzialmente invariate sono le disposizioni (ora contenute all'art. 1448) relative all'effetto negativo del patto compromissorio che impedisce alle parti di adire validamente il giudice statale per risolvere le liti oggetto della volontà compromissoria.²¹ Al primo comma del citato articolo, si esclude nei rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio statale l'applicazione della regola delle vie parallele, preferendo quella della «priorità cronologica della valutazione degli arbitri sulla propria competenza»²² (anche detta regola della «litispendenza zoppa»:²³ se il collegio arbitrale si è già costituito,²⁴ il giudice statale deve dichiarare la propria incompetenza, senza poter valutare la validità o l'efficacia della convenzione d'arbitrato; mentre, anteriormente alla costituzione del collegio, residua un margine di valutazione del giudice statale, il quale non deve declinare la propria competenza in ragione della stipulazione di una

BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 133 ss., per un'analisi comparatistica. Per l'autonomia della clausola compromissoria nel sistema italiano si veda, per tutti, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 653 ss.

¹⁹ Come specificato nel citato *Rapport au Premier ministre*, nel concetto di inefficacia del contratto principale rientrano, ad esempio la sua inesistenza, la sua caducazione e la sua risoluzione, per alcuni casi giurisprudenziali si vedano: App. Paris, 26 novembre 1981, in *Revue de l'arbitrage*, 1982, 439 ss., con nota di MEZGER; Cass., 4 aprile 2002, cit.; Cass., 25 ottobre 2005, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 103 ss., con nota di RACINE.

²⁰ Nel sistema italiano, invece, l'art. 808, comma 2°, c.p.c. disciplina solo il caso dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto principale e non anche l'ipotesi simmetrica dell'autonomia del secondo dalla prima (così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 143).

²¹ Sull'effetto negativo del patto compromissorio si vedano in generale: SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, cit., 927 ss.; PUNZI, *Il processo civile*², III, cit., 191 ss. Mentre CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 344, ritiene preferibile parlare di un «*principe prohibitif de la convention d'arbitrage*».

²² In questo senso SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, cit., 938, che parla di «*règle de priorité chronologique en faveur de l'arbitre sur l'appréciation de sa compétence*», aggiungendo che si tratta di una soluzione «*très minoritaire en droit comparé. La plupart des autres législations, tout en reconnaissant à l'arbitre compétence pour statuer sur sa propre compétence ne lui accordent aucune priorité à cet égard*». Per GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 534, quella francese è «*une forme particulièrement énergique de principe d'effet négatif de la compétence-compétence*». In materia PLOUDRET-BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 459, parlano di una «*priorité chronologique, et non pas absolue, analogue à celle consacrée par l'exception de litispendance, mais dont le champ d'application a été étendu à l'action en constatation ou négation du droit au sujet de la compétence de l'arbitre*».

²³ Parla di «*litispendenza (a senso unico e cos') zoppaa*» CONSOLO, *Litispendenza e connessione tra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzione e problemi irrisolti)*, in questa *Rivista*, 1998, 659 ss., in part. 675.

²⁴ Il momento dell'investitura del collegio arbitrale (la c.d. «*saisine*») è stato individuato da Cass., 25 aprile 2006, in *Revue de l'arbitrage*, 2007, 79 ss., con nota di EL AHDAÏ, in quello della costituzione del collegio.



convenzione d'arbitrato, se ritiene che quest'ultima sia «manifestamente nulla o manifestamente inapplicabile»; tutte le doglianze relative alla convenzione d'arbitrato potranno, successivamente, essere discusse davanti al giudice dell'impugnazione del lodo.²⁵ Nel secondo comma dell'art. 1448 si ribadisce, poi, che l'eccezione di patto compromissorio rientra nella sfera di disponibilità delle parti;²⁶ il comma 3° del medesimo articolo specifica che ogni stipulazione contraria ai primi due commi deve considerarsi come non apposta.

La riforma del 2011 disciplina, inoltre, i rapporti tra tutela sommaria e arbitrato. Come disposto dall'art. 1449, quando il collegio arbitrale non è ancora costituito, il presidente del

²⁵ (25) Sul punto si vedano: LOQUIN, *Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1034, Paris, 2010, § 84, il quale scrive che il collegio arbitrale «dès l'instant qu'il a été saisi du litige, est la seule autorité compétente pour apprécier la réalité ou l'étendue de son investiture. L'exception tirée de l'existence de la clause compromissoire produit dans cette hypothèse un effet absolu dès lors qu'elle a été soulevée in limine litis. Elle oblige le tribunal étatique à constater son incompétence»; aggiungendo (§ 85) che «l'incompétence de la juridiction étatique résulte de la seule constatation que le litige a été porté devant le tribunal arbitral, sans qu'aucune discussion ne puisse avoir lieu devant le juge de l'État sur le fondement de l'investiture de l'arbitre»; Cass., 11 luglio 2006, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 1077. Sui concetti di manifesta nullità o manifesta inapplicabilità della convenzione d'arbitrato si rinvia a CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 893. La soluzione della priorità della valutazione degli arbitri sulla propria competenza era stata adottata anche in alcune pronunce della giurisprudenza italiana: Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in questa *Rivista*, 1997, 325 ss., con nota di VACCARELLA, e Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in questa *Rivista*, 1997, 515 ss., con nota di LUISSO (su cui si veda anche il commento di PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 161, e quello di POUURET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 463, i quali sottolineano che il richiamato orientamento giurisprudenziale italiano si è ispirato alla regola francese della priorità della valutazione degli arbitri). È noto come, al contrario, la terza riforma italiana dell'arbitrato ha scelto la regola delle vie parallele, ammettendo lo svolgimento contemporaneo del giudizio arbitrale e di quello statale, rifiutando «il principio della litispendenza zoppa o a senso unico in favore degli arbitri» (così PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 201; nonché RUFFINI, *Art. 819-ter*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1360 ss., in part. 1367, e RICCI G.F., *Art. 819-ter*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 501). Per un panorama comparatistico in materia si veda DIMOLITSA, *Autonomie et «Kompetenz-Kompetenz»*, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, 305 ss.

²⁶ (26) Come ricordato da SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, cit., 938, in nota, la soluzione di escludere la rilevanza d'ufficio dell'eccezione di patto compromissorio è «très largement retenue en droit comparé». Si tratta, in particolare, di un'eccezione che la giurisprudenza ha qualificato come eccezione di rito (*exception de procédure*) che, quindi, deve essere rilevata dal convenuto in *limine litis*, prima di ogni difesa di merito (*défense au fond*) o eccezione di inammissibilità (*fin de non-recevoir*), come deciso da Cass., 22 novembre 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2002, 371 ss., con nota di THÉRY. L'inquadramento dei rapporti tra arbitri e giudici ordinari nell'ambito della competenza viene, tuttavia, criticato da una parte della dottrina: GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*³⁰, cit., 1489, i quali ritengono che sarebbe più opportuno parlare di «*défaut de pouvoir de juger*» o di «*défaut de pouvoir juridictionnel*» piuttosto che di incompetenza del giudice statale in ragione della stipulazione di una convenzione d'arbitrato. Analogamente per il sistema italiano si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 197 ss., secondo cui «al di là del *nomen* utilizzato dal legislatore [...] i rapporti tra arbitri e giudici ordinari non possono essere ricostruiti facendo ricorso ai principi propri della competenza»; RUFFINI, *Art. 819-ter*, cit., 1365.



tribunal de grande instance o del *tribunal du commerce* è competente, nonostante la stipulazione di una convenzione d'arbitrato, a concedere: una «*mesure d'instruction*» (c.d. *référé probatoire*), alle condizioni stabilite dall'art. 145 CPC; una «*mesure provisoire ou conservatoire*», come un *référé provision*, di cui all'art. 809, comma 2º, o un *référé classique*, di cui all'art. 808, qualora ricorra la condizione dell'urgenza.²⁷ Dopo la costituzione del collegio arbitrale, al quale l'art. 1468 conferisce espressamente poteri cautelari (vedi *infra* n. 4), si esclude che il giudice statale possa emanare dei provvedimenti provvisori, quali il *référé provision*,²⁸ il *référé probatoire*²⁹ o il *référé classique*, anche se in relazione a quest'ultimo tipo di misura una parte della dottrina ha sollevato dei dubbi.³⁰ Per la concessione delle *saisies*

²⁷ Si tratta di soluzioni elaborate anteriormente alla riforma del 2011, su cui si vedano: COUCHEZ, *Référé et arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1986, 155 ss.; LOQUIN, *Arbitrage. Compétence arbitrale*, cit., § 18, secondo cui «*la compétence exceptionnelle d'un tribunal étatique, nonobstant la convention d'arbitrage, ne peut être fondée que sur un principe supérieur comme l'urgence*». Si noti che, a differenza di quanto accade generalmente, in caso di stipulazione di una convenzione d'arbitrato anche la concessione del *référé provision* viene subordinata, dall'art. 1449, comma 2º, alla sussistenza della condizione dell'urgenza, conformemente all'orientamento giurisprudenziale formatosi precedentemente alla riforma del 2011 (come notato anche da BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 13). Sul punto si veda, tra le altre, Cass., 13 giugno 2002, in *Recueil Dalloz*, 2002, 2439.

²⁸ In questa direzione si vedano, già, Cass., 2 aprile 1997, e Cass., 21 ottobre 1997, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, 673 ss., con nota di DEGOS; Cass., 29 giugno 1999, in *ivi*, 1999, 817 ss., con nota di HORY; Cass., 13 giugno 2002, in *ivi*, 2002, 790-791; App. Paris, 5 maggio 2004, in *ivi*, 2006, 751 ss., con nota di DUPREY.

²⁹ Per il regime previgente si vedano: HORY, *Mesures d'instruction in futurum et arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1996, 13 ss.; App. Versailles, 8 ottobre 1998, in *ivi*, 1999, 59, con nota di HORY.

³⁰ Ritengono che il giudice statale possa concedere un *référé classique* anche dopo la costituzione del collegio arbitrale JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 16, i quali scrivono che: «*En tout état de cause, il nous semble que la possibilité de recourir en référé au juge étatique lorsque le tribunal arbitral est constitué doit être admise dans son principe, car on ne peut exclure de rencontrer des hypothèses dans lesquelles le tribunal arbitral, même saisi et même muni des pouvoirs qui sont les siens, ne sera pas en position d'ordonner efficacement la mesure nécessaire souhaitée. Toutefois, le juge devra veiller à réserver son intervention aux seuls cas où elle sera vraiment nécessaire*». Ma nel senso dell'esclusività della competenza cautelare degli arbitri dopo la costituzione del collegio sembrano porsi: GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 297; BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 11. Sul tema dei rapporti tra tutela sommaria e arbitrato prima del 2011 si veda l'esaustiva analisi di CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et en droit italien*, Paris, 2007, 188 ss., che parlava, infatti, di principio delle competenze parallele tra giudici statali e arbitri per la tutela in questione; nonché, se si vuole, BONATO, *I référés nell'ordinamento francese*, in *La tutela sommaria in Europa*, a cura di CARRATTA, Napoli, 2012, 35 ss., in part. 45. Da segnalare che Cass., 6 dicembre 2005, in *La semaine juridique*, 2005, n. 344, con nota di CHABOT, aveva ritenuto che in caso di costituzione del collegio arbitrale i giudici statali non avessero più il potere di concedere provvedimenti cautelari, elaborando il seguente principio: «*la clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, la faculté de saisir le juge des référés aux fins de mesures provisoires ou conservatoires*».



conservatoires e delle *sûretés judiciaires* è, invece, sempre competente il giudice statale, anche dopo la costituzione del collegio arbitrale (artt. 1449, comma 2º, e 1468, comma 1º).³¹

3. Nel capitolo II del titolo I sono contenute le regole disciplinanti il collegio arbitrale «*le tribunal arbitral*». Come stabilito dall'art. 1461, si tratta di disposizioni a carattere inderogabile, ad eccezione di quella relativa alla data in cui si deve considerare il collegio arbitrale investito della lite (art. 1456, comma 1º). Il patto contrario alle richiamate disposizioni viene, infatti, considerato come non apposto.

L'art. 1450 riafferma la regola secondo cui solo le persone fisiche in possesso della capacità di agire possono validamente ricoprire il ruolo di arbitro, mentre le persone giuridiche possono assumere solo la funzione di organizzare l'arbitrato: gli atti delle istituzioni arbitrali non rientrano, pertanto, nella categoria della sentenza arbitrale.³²

Rispetto agli organi chiamati ad intervenire per risolvere le difficoltà relative alla costituzione del collegio arbitrale, nonché quelle riguardanti la ricsuzione, l'impedimento e la decadenza di uno dei suoi membri, il codice - salve alcune eccezioni (come quella di cui all'art. 1451, comma 3º) - attribuisce in prima battuta tale compito alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato («*la personne chargée d'organiser l'arbitrage*»), ossia ad una istituzione arbitrale.³³ In via sussidiaria (se si tratta di un arbitrato *ad hoc*, oppure in caso di inerzia dell'istituzione arbitrale), sarà un giudice statale, denominato dai riformatori del 2011 *juge d'appui*,³⁴ ad intervenire per decidere sugli incidenti relativi agli arbitri.³⁵ Quanto

³¹ Sul punto CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 781, parlano dell'introduzione da parte del legislatore del 2011 di una «*répartition claire des tâches reconnaissant à l'arbitre une part de l'imperium qui prolonge la juridiction tout en laissant au juge étatique une exclusivité au sujet des mesures plus coercitives*».

³² La stessa regola era già prevista dal diritto anteriore, si vedano in materia: FOUCARD, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente)*, in *Revue de l'arbitrage*, 1987, 225 ss.; ID., *Les institutions d'arbitrage. Conclusions*, in *ivi*, 1990, 483 ss.; LOQUIN, *Arbitrage. Institutions d'arbitrage*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1002, Paris, 1997, 6, che qualifica gli atti delle istituzioni arbitrali come degli «*actes d'administration de l'arbitrage*».

³³ Sui poteri delle istituzioni arbitrali nell'ordinamento italiano si rinvia, tra gli altri, a: CARRATTA, *Art. 832*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1891 ss.; BIAVATI, *Art. 832*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, 867 ss.; CAPONI, *Art. 832*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1424 ss. Sul punto si veda anche l'analisi di EMANUELE - MOLFA, *Arbitrato amministrato e istituzioni arbitrali permanenti*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², III, cit., 5 ss.

³⁴ La terminologia legislativa *juge d'appui*, mutuata dall'ordinamento svizzero, era già utilizzata dalla giurisprudenza, come ricordato da JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier*



all'individuazione del *juge d'appui* competente, l'art. 1459 indica il presidente del *tribunal de grande instance* designato nella convenzione d'arbitrato o, in mancanza, quello del luogo della sede dell'arbitrato (gli ulteriori criteri suppletivi fanno, inoltre, riferimento al luogo in cui risiedono il convenuto od uno tra i più convenuti e, infine, al luogo in cui risiede l'attore).³⁶ Oltre a poter scegliere quale *tribunal de grande instance* sarà territorialmente competente, le parti, nella convenzione d'arbitrato, possono anche preferire di attribuire il ruolo di *juge d'appui* al presidente del tribunale di commercio, i cui poteri sono, tuttavia, limitati ai soli casi di nomina degli arbitri (artt. 1451-1454), non essendo comprese anche le fattispecie di ricusazione, impedimento e revoca (artt. 1456-1458).³⁷ Adito da una delle parti, dal collegio arbitrale o da uno dei suoi membri,³⁸ il *juge d'appui* decide - seguendo la procedura di *référé* - con un'ordinanza, idonea al giudicato,³⁹ che: è appellabile, se rigetta l'istanza di nomina per

2011, cit., 23. Per un'esauritiva analisi del *juge d'appui* si rinvia a CHEVALIER, *Le nouveau juge d'appui*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, cit., 143 ss.; nonché a LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO - CAPIEL, *El juez de apoyo en la nueva legislación arbitral francesa*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 108 ss. Per il regime previgente si veda FOUCHARD, *La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1985, 5 ss., e per un panorama comparatistico POUURET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., 361 ss.

³⁵ L'istituzione arbitrale e il *juge d'appui* sono messi dalla legge sullo stesso piano (CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 348, il quale ricorda che «*la seule différence concerne la portée de la décision puisque celle du juge d'appui est juridictionnelle, alors que celle du centre d'arbitrage est contractuelle*»; GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 285, i quali sottolineano che, comunque, «*le juge d'appui aurait le dernier mot, de façon à ce que les parties ne soient pas confrontées à une situation de déni de justice*»).

³⁶ (36) GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 281, affermano che l'intenzione dei redattori della riforma del 2011 è stata quella di affidare il ruolo di *juge d'appui* ad un organo «*spécialisé, préparé et sensibilisé tant à la matière arbitrale qu'aux difficultés procédurales, souvent très techniques*».

³⁷ Aspetto sottolineato da CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 339.

³⁸ Apprezzano la scelta di attribuire anche al singolo membro del collegio arbitrale il potere di adire il «*juge d'appui*» GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 282, secondo i quali tale innovazione permette di aumentare «l'effettività della procedura arbitrale».

³⁹ Il procedimento dell'art. 1460 non è un vero e proprio *référé*, ma un «*faux référé*», in quanto è destinato a concludersi con un provvedimento incontrovertibile (avente autorità di cosa giudicata «*au fond*») e non con un provvedimento provvisorio (avente autorità di cosa giudicata «*au provisoire*»). Sulla natura del procedimento davanti al *juge d'appui* JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 25, specificano che si tratta di una «*instance au fond*»; nello stesso senso anche GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 283. Sui c.d. «*faux référés*», anche chiamati *référés «en la forme»* si vedano, tra gli altri, HÉRON, *Droit judiciaire privé*, aggiornata da LE BARS, Paris, 2010, 332 ss., nonché, se si vuole BONATO, *I référés nell'ordinamento francese*, cit., 57 ss. Sulle nozioni



manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione d'arbitrato;⁴⁰ mentre non è impugnabile, se il giudice procede alla designazione dell'arbitro, ad eccezione dell'*appel-nullité* che è sempre proponibile per censurare il vizio di eccesso di potere, di cui può essere affetta l'ordinanza di accoglimento dell'istanza.⁴¹

Relativamente alle nuove disposizioni sulla nomina degli arbitri l'art. 1451, nel ribadire, al primo comma, la regola del numero dispari degli arbitri, dispone, al secondo comma, che, qualora la convenzione d'arbitrato indichi un numero pari, il collegio deve essere integrato, attraverso la nomina di un arbitro «complementare», indicato dalle parti oppure, se queste non provvedono, dagli arbitri già designati o, in mancanza, dal *juge d'appui*.⁴² Il successivo art. 1452 introduce il già menzionato meccanismo di sanatoria della convenzione d'arbitrato «bianca»: (n. 1) in caso di arbitro unico, se le parti non si accordano sulla nomina, provvede la persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, il *juge d'appui*; (n. 2) in caso di collegio con tre arbitri, ogni parte sceglie un arbitro e i due arbitri così nominati indicheranno il terzo membro del collegio; in questa seconda ipotesi, per superare l'inerzia della parte recalcitrante alla nomina oppure il mancato accordo dei due arbitri sulla nomina del terzo, il compito di procedere alla designazione viene affidato alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, al *juge d'appui*. Per colmare una volontà compromissoria incompleta, la legge non indica quale delle due descritte ipotesi debba trovare applicazione; conseguentemente la scelta

di autorità di cosa giudicata «*au fond*» e «*au provisoire*» si vedano GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile* 30, cit., 747 ss. e 1370 ss.

⁴⁰ L'appello all'ordinanza del *juge d'appui* verrà deciso secondo la procedura ordinaria del giudizio d'appello e non secondo quella speciale del *contredit de compétence* (come disposto dal diritto previgente).

⁴¹ Infatti, malgrado la lettera dell'art. 1460, comma 1^o («*Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours*»), la giurisprudenza ha deciso che contro la decisione di nomina giudiziale dell'arbitro è in ogni caso ammissibile l'*appel-nullité* per eccesso di potere (Cass., 21 gennaio 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, 113, con nota di HORY, e su cui si vedano le riflessioni di FOUSSARD, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage*, in *ivi*, 2002, 579; *Id.*, *Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage: vers une consolidation des règles?*, in *ivi*, 2004, 803). Per l'utilizzazione della citata soluzione giurisprudenziale anche nel vigore della seconda riforma dell'arbitrato si vedano CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 342, e GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 283.

⁴² Da notare che nell'art. 1451 non si fa riferimento alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato, ma direttamente al giudice statale; su questo aspetto GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 285, scrivono che: «*il a été jugé que dans une telle hypothèse, un peu pathologique dans la mesure où la convention d'arbitrage prévoit une désignation d'arbitres au nombre de deux, il valait mieux que le juge d'appui intervînt directement*».



tra un arbitro unico o un collegio a tre membri sarà effettuata dalla persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, dal *juge d'appui*, a seconda della complessità della causa.⁴³

Inoltre, qualora si tratti di un arbitrato con pluralità di parti e queste non si accordino sulle modalità di nomina, sarà la persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, il *juge d'appui* a procedere alla designazione di uno o più arbitri (art. 1453).⁴⁴ Segue la regola di chiusura, in base alla quale tutte le contestazioni relative alla costituzione del collegio arbitrale sono regolate, in assenza di accordo delle parti, dalla persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, sono decise dal *juge d'appui* (art. 1454).

Il legislatore francese considera, inoltre, il collegio arbitrale costituito dal giorno dell'accettazione di tutti gli arbitri, momento in cui il giudizio arbitrale si considera pendente e da cui decorre il termine per la pronuncia del lodo (artt. 1456, comma 1º, e 1463); le parti possono, comunque, derogare a tale regola.⁴⁵

Per quello che riguarda la posizione dell'arbitro, viene confermato e inasprito, dall'art. 1456, comma 2º, l'obbligo della *disclosure*, poiché colui che vuole assumere l'incarico arbitrale deve rivelare tutte circostanze che possono compromettere la sua indipendenza o imparzialità

⁴³ Così GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 286.

⁴⁴ JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 20, ritengono che, pur nel silenzio della riforma, nell'arbitrato con pluralità di parti si debba sempre rispettare il principio di parità delle parti nei poteri di nomina, elaborato da Cass., 7 gennaio 1992, in *Revue de l'arbitrage*, 1992, 470 ss., con nota di BELLET. Come noto, sull'arbitrato con pluralità di parti è intervenuto anche il legislatore italiano della riforma del 2006, sulla cui disciplina si rinvia a: SALVANESCHI, *Art. 816-quater*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1280 ss.; LIPARI, *Art. 816-quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, III, 2, Padova, 2009, 744 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, cit., 578 ss.

⁴⁵ Usufruento della libertà, di cui all'art. 1461 CPC, le parti potrebbero indicare come momento di pendenza del giudizio arbitrale - anche ai fini della decorrenza del termine per la decisione - quello della consegna del fascicolo di causa agli arbitri. Si tratta di un'ipotesi espressamente contemplata nel citato *Rapport au Premier ministre*, ove si legge che: «*les parties pourront, par la voie conventionnelle ou par un acte d'adhésion à un règlement d'arbitrage, décider que le tribunal ne sera saisi, par exemple, qu'à compter de la date de réception par le tribunal arbitral de l'ensemble des dossiers d'arbitrage*». In senso favorevole alla disposizione in questione JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 29.



(«*toutes circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité*»),⁴⁶ requisiti questi ultimi che, appartenendo «all'essenza stessa della funzione giurisdizionale» dell'arbitro,⁴⁷ i riformatori del 2011 hanno voluto espressamente codificare.⁴⁸ La legge specifica che quest'obbligo di dichiarare tutte le circostanze sospette riguarda anche quelle che possono sorgere dopo l'accettazione dell'incarico.⁴⁹ Il potere di risolvere la controversia sulla permanenza («*le maintien*») dell'arbitro è attribuito alla persona incaricata di organizzare l'arbitrato o, in mancanza, al *juge d'appui* che devono essere aditi entro un mese dalla rivelazione o dalla scoperta della circostanza sospetta (terzo comma dell'art. 1456). Infine, secondo l'art. 1457, l'arbitro deve portare a termine il suo incarico e può legittimamente rinunciarvi solo in caso impedimento o di giustificato motivo. Per la revoca dell'arbitro serve, di regola, il consenso di tutte le parti, in assenza del quale la questione della revoca è risolta dalla persona incaricata di organizzare l'arbitrato o, in mancanza, è decisa dal *juge d'appui* (art. 1458).

4. Nel capo III del titolo I troviamo le disposizioni relative al procedimento arbitrale (*l'instance arbitrale*)⁵⁰, che si apre con l'art. 1462, in cui si specifica che la controversia viene

⁴⁶ In relazione all'obbligo della *disclosure* GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 288, notano come il legislatore del 2011 abbia adottato una maggiore severità rispetto al passato; viene, infatti, prevista «*une obligation très large pesant sur la personne de l'arbitre, puisque le texte ne laisse pas à l'arbitre le choix de déterminer ce qui est de nature ou non à affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui appartient en effet de déclarer l'ensemble des circonstances qui pourraient être de nature à entraîner une suspicion sur son indépendance*». A proposito dell'art. 1456, comma 3°, parla di un «*dispositif efficace et inédit qui incitera à des révélations larges*» CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., § 2, cui si rinvia anche per l'esame della recente giurisprudenza in materia di imparzialità degli arbitri. Tale maggiore severità della riforma del 2011, rispetto all'obbligo di rivelazione delle circostanze che mettono in dubbio l'imparzialità degli arbitri, si pone in linea di continuità con l'atteggiamento più rigoroso assunto recentemente dalla giurisprudenza francese, come ricordato da BEGUIN, in BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage. Chronique*, in *La Semaine Juridique*, 2011, n. 1432, § 5.

⁴⁷ Così, tra le altre, si veda: App. Paris, 28 novembre 2002, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, 445 ss.

⁴⁸ RACINE, *Le nouvel arbitre*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 117 ss., in part. 121, approva il riferimento normativo espresso ai requisiti di imparzialità e di indipendenza degli arbitri.

⁴⁹ Come noto, il legislatore italiano della terza riforma dell'arbitrato non ha, invece, espressamente imposto agli arbitri l'obbligo di dichiarare l'esistenza di eventuali motivi di parzialità. Criticano il mancato inserimento, nel c.p.c. italiano, dell'obbligo della *disclosure*, tra gli altri: GIOVANNUCCI ORLANDI, *Art. 815*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 289; CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in questa *Rivista*, 2005, 732 ss. In materia, anche per dei riferimenti comparatistici, si rinvia all'analisi di SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, 169 ss.

⁵⁰ JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 26, scrivono sul punto che «*l'instance arbitrale est peut-être le siège des innovations les plus notables réalisées par le décret en matière*



deferita agli arbitri dalle parti, sia congiuntamente che individualmente, cui segue l'art. 1463, comma 1º, in cui viene indicato che il termine per la pronuncia del lodo - in mancanza di una diversa indicazione delle parti - è di sei mesi, decorrenti dal giorno della costituzione del collegio arbitrale; oltre che su accordo delle parti, il termine può essere prorogato dal *juge d'appui* (art. 1463, comma 2º).⁵¹

Quanto alle regole procedurali, queste ultime sono stabilite dagli arbitri (salva diversa determinazione delle parti) che non sono obbligati a seguire le disposizioni sul processo statale (art. 1464, comma 1º).⁵² Sono, comunque, applicabili al procedimento arbitrale «i principi direttivi del processo enunciati agli articoli da 4 a 10, al primo comma dell'art. 11, al secondo e al terzo comma dell'art. 12 e agli articoli da 13 a 21, 23 e 23-1», come indicato dall'art. 1464, comma 2º.⁵³ Il legislatore ha, inoltre, voluto introdurre l'obbligo, gravante sia sulle parti che sugli arbitri, di rispettare i principi di celerità e lealtà durante il procedimento arbitrale: «*Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure*» (art. 1464, comma 3º).⁵⁴ È stato, infine, codificato espressamente il principio di riservatezza, inserito nel quarto comma dell'art. 1464.⁵⁵

interne». Per un commento generale si rinvia anche a SCHWARTZ, *The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 349 ss.

⁵¹ A differenza di quanto previsto dal regime previgente, il decreto del 2011 non specifica se la proroga giudiziale del termine possa essere chiesta anche dagli arbitri, dando adito sia all'interpretazione favorevole che a quella contraria (si vedano JARROSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 30).

⁵² Regola che ricalca quella introdotta dalla prima riforma del 1980, su cui si veda PERROT, *L'application à l'arbitrage de règles du Nouveau Code de procédure civile*, in *Revue de l'arbitrage*, 1980, 642 ss.

⁵³ Si tratta dei principi fondamentali del processo (quali il principio dispositivo, quello del contraddittorio e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato), su cui si vedano, in generale, CADIET, *Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in *Mélanges Normand*, Paris, 2003, 71 ss. e, con particolare riferimento all'arbitrato, BOLARD, *Les principes directeurs du procès arbitral*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 511 ss. La riforma del 2011 non ha apportato grandi innovazioni sull'applicabilità dei principi direttivi, vengono solamente aggiunti (rispetto a quanto previsto dall'abrogato art. 1460) i principi di cui all'art. 12, commi 2º e 3º (rispettivamente il principio *iura novit curia* e il potere delle parti di limitare il potere di qualificazione dell'arbitro) e quelli degli artt. 23 e 23-1 che disciplinano, rispettivamente, il caso in cui il giudice conosce la lingua in cui si esprimono le parti (caso in cui si esclude il ricorso ad un interprete) e quello in cui una parte è affetta da sordità.

⁵⁴ Per GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 290, «*l'ajout de cette disposition a été voulu par les rédacteurs du décret pour inciter les arbitres à faire usage de l'ensemble des pouvoirs que le décret leur confère à l'égard des parties, de façon à ce que la sentence arbitrale soit rendue dans un délai raisonnable*». Sul punto si rinvia anche a DERAIS, *Les nouveaux principes de procédure: confidentialité, célérité, loyauté*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura



L'art. 1465 riafferma il principio secondo cui il collegio arbitrale è il «solo» organo «competente» per decidere sulle questioni inerenti al suo «potere giurisdizionale».⁵⁶ Si tratta della regola classica che conferisce agli arbitri il potere di valutare prioritariamente - ma temporaneamente (vista la successiva proponibilità dei mezzi di impugnazione del lodo) - la propria *potestas iudicandi* (vedi anche *retro* n. 2).⁵⁷

In materia d'istruzione probatoria, grazie all'applicabilità dell'art. 10 CPC, gli arbitri possono disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova che, salva diversa determinazione delle parti, dovranno essere assunti collegialmente (art. 1467, comma 1°).⁵⁸ Ai commi 2° e 3° dell'art. 1467 si stabilisce che il collegio arbitrale può: ascoltare dei terzi (che non prestano giuramento); ordinare ad una delle parti la produzione di un mezzo di prova, ordine che può essere eventualmente accompagnato da una *astreinte*. Sempre in riferimento all'istruzione probatoria, l'art. 1469 prevede un meccanismo finalizzato a bilanciare il diritto alla prova delle parti con la posizione di un terzo: una parte può, dopo aver ottenuto l'autorizzazione del collegio arbitrale, proporre un'istanza al presidente del *tribunal de grande instance* per chiedere l'esibizione di un documento in possesso di un terzo.⁵⁹ L'art. 1470

di CLAY, cit., 91 ss.; DERAIS - ADELL, *Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 24 ss.

⁵⁵ Su cui si vedano: DERAIS, *Les nouveaux principes de procédure: confidentialité, célérité, loyauté*, cit., 91 ss.; DE LOS SANTOS - SOTO MOYA, *Confidentiality under the new french arbitration law: a step forward?*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 78 ss.; e prima della riforma LOQUIN, *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 323 ss.; CAVALIEROS, *La confidentialité de l'arbitrage*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, III, a cura di MOURRE, Paris, 2006, 56 ss.; nonché nella dottrina italiana LAUDISA, *Arbitrato e riservatezza*, in questa *Rivista*, 2004, 23 ss.

⁵⁶ «*Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel*», recita il citato art. 1465.

⁵⁷ (57) Su cui si veda Cass., 16 ottobre 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2002, 917 ss., con nota di COHEN. Oltre agli AA. precedentemente citati al par. 2 di questo lavoro, si veda BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., §§ 12 e 19, il quale precisa che gli arbitri godono di «*une priorité plutôt que d'un véritable monopole*» quanto al potere di verificare la propria «competenza».

⁵⁸ Sappiamo che la terza riforma italiana dell'arbitrato ha, invece, previsto la regola opposta, ossia quella della possibilità di delegare ad uno degli arbitri l'intera istruttoria, come disposto dall'art. 816-ter c.p.c., su cui si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², II, cit., 234 ss.; RICCI G.F., *Art. 816-ter*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 407 ss.

⁵⁹ Sul punto CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 346, ritiene che il decreto del 2011 abbia creato un «vero nuovo giudice nell'arbitrato, il giudice della prova». Mentre RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 135, sottolinea la circostanza che la disposizione di cui all'art. 1469, comma 1°, prevede una «collaborazione tripartita» tra le parti, gli arbitri e il giudice statale. Una parte della dottrina (BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne*, cit., § 44) si duole, tuttavia, dell'assenza di uno strumento per richiedere al giudice statale di



riprende per le prove documentali sostanzialmente quanto disposto dal diritto anteriore: salvo patto contrario, il collegio arbitrale può procedere alla verifica di una scrittura privata, mentre resta esclusa l'arbitrabilità della querela di falso di un atto pubblico.⁶⁰

Sulla scia di un costante orientamento giurisprudenziale, l'art. 1468 consacra, infine, il potere del collegio arbitrale di emanare dei provvedimenti conservativi e provvisori,⁶¹ che possono essere accompagnati da una *astreinte*⁶² (vedi anche *retro* n. 2). Secondo un'opinione autorevole, la possibilità per gli arbitri di pronunciare una *astreinte* - pur nel silenzio della legge sul punto - deve essere estesa a tutti i casi in cui ciò può rilevarsi utile, come nel caso di un lodo che contiene la condanna ad un obbligo di fare o non fare.⁶³

ordinare la comparizione del testimone davanti agli arbitri; strumento che, al contrario, è stato introdotto dalla riforma italiana del 2006 all'art. 816-ter (ancora RICCI G.F., *Art. 816-ter*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 407 ss., e PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², II, cit., 263 ss.).

⁶⁰ In altre parole, gli arbitri possono decidere sulla paternità e sulla genuinità di una scrittura privata, mentre non sono compromettibili le questioni relative alla falsità di un atto pubblico. Sul punto LOQUIN, *Arbitrage. Instance arbitrale*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1036, Paris, 1994, § 54, il quale ricorda che l'art. 1470 CPC prevede che «l'incident de faux peut être réglé devant l'arbitre. Mais la compétence de l'arbitre ne s'étend qu'à l'inscription de faux de l'article 299 du Nouveau Code de procédure civile, c'est-à-dire ayant pour objet un écrit sous seing privé. Au contraire, l'inscription de faux de l'article 303 du Nouveau Code de procédure civile, dirigé contre un acte authentique, n'est pas susceptible d'être soumise à l'arbitrage». Sulla possibilità per gli arbitri di procedere alla verifica di una scrittura privata e per la non arbitrabilità della querela di falso, si vedano nel sistema italiano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², II, cit., 247 ss., RICCI G.F., *Art. 816-ter*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 433-434.

⁶¹ (61) Già in precedenza si era riconosciuto il potere degli arbitri di emanare provvedimenti provvisori (CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 173 ss.; CLAY, *Les mesures provisoires demandées à l'arbitre*, in AA.VV., *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international. Evolutions et innovations*, a cura di JACQUET e JOLIVET, Paris, 2007, 9 ss.). A questo proposito, la giurisprudenza (App. Paris, 7 ottobre 2004, in *Journal de droit international*, 2005, 341 ss., con nota di MOURRE - PEDONE e in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 737 ss., con nota di JEULAND) ha allargato la nozione di sentenza arbitrale per inglobare al suo interno anche quell'atto con cui il collegio arbitrale «s'est définitivement prononcé sur la demande de mesures conservatoires qui lui avait été présentée». Lo scopo di siffatto allargamento risiede nella necessità di garantire l'accesso all'*exequatur* ad una misura provvisoria o conservativa che, oltre ad essere dotata dell'efficacia esecutiva, sarà anche, in quanto rivestita della forma della sentenza arbitrale, impugnabile immediatamente davanti alla Corte d'appello.

⁶² Sul potere degli arbitri di pronunciare un'*astreinte* (considerato come un «*prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger*») si vedano già: App. Paris, 8 giugno 1990, in *Revue de l'arbitrage*, 1990, 917 ss.; App. Paris, 24 maggio 1991, e App. Paris, 11 ottobre 1991, in *ivi*, 1992, 636 ss., con nota di PELLERIN; App. Paris, 7 ottobre 2004, cit. Sulla questione in generale si rinvia a: KAPLAN, *Astreintes et sentences arbitrales*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, 111 ss.; MOURRE, *Multas coercitivas y ejecución en especie en arbitraje internacional*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 10, 17 ss., in part. 22, per il riferimento alla richiamata giurisprudenza francese.

⁶³ In questo senso RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 132. Sulla possibilità per gli arbitri di pronunciare un lodo di condanna ad un obbligo di fare si veda nel sistema francese App. Paris, 19 maggio 1998, in *Revue de l'arbitrage*, 1999, 601 ss.



5. Contenute nel capitolo IV del titolo I, le disposizioni sulla sentenza in materia di arbitrato interno⁶⁴ sono, nell'ordine, relative a: la deliberazione, che deve avvenire secondo diritto, salvo che le parti abbiano conferito agli arbitri il potere di decidere secondo equità (art. 1478), essere segreta (art. 1479) ed essere presa a maggioranza di voti (art. 1480); i requisiti della decisione (artt. 1481 e 1482); la menzione dei requisiti del lodo previsti a pena di nullità e la possibilità della regolarizzazione dell'atto, al quale la nuova redazione dell'art. 1483 ha apportato degli elementi di novità.

Le disposizioni relative agli effetti della decisione arbitrale sono sostanzialmente equivalenti a quelle introdotte dalla prima riforma del 1980:⁶⁵ l'art. 1484, comma 1º, secondo cui «la sentenza arbitrale ha, appena emanata, l'autorità della cosa giudicata relativamente alla contestazione decisa»;⁶⁶ l'art. 1485, comma 1º, secondo cui «la sentenza vincola il collegio arbitrale sulla contestazione decisa», nel senso che l'atto diviene irrevocabile e immodificabile per gli arbitri, i quali esauriscono il loro potere decisorio in ordine alla domanda o alla questione decisa (c.d. principio del *dessaisissement*).⁶⁷

⁶⁴ Già la prima riforma dell'arbitrato aveva preferito utilizzare il termine «*sentence arbitrale*» a quello di «*jugement arbitral*» cui si faceva riferimento nel *Code* del 1806 (su questo cambiamento si vedano CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001, 83 ss.). Nel testo utilizziamo alternativamente i vocaboli sentenza arbitrale e lodo, senza voler dare all'uso dell'uno e dell'altro termine una particolare implicazione in ordine alla natura della decisione arbitrale.

⁶⁵ Scrivono, infatti, JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 39, che «*le droit antérieur de l'autorité de la chose jugée n'est donc pas affecté par la réforme*» del 2011.

⁶⁶ Sull'argomento si vedano: MAYER, *Litispence, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international*, in *Mélanges Raymond*, Paris, 2004, 185 ss.; HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Travaux du comité français de droit international privé. 2000-2002*, Paris, 2004, 29 ss.; JARROSSON, *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales*, in *Procédures*, agosto 2007, étude n. 17; PINNA, *L'autorité de la chose jugée invoquée devant l'arbitre. Point de vue sous le prisme de l'ordre juridique français*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, 697 ss.; nonché, se si vuole, BONATO, *La nozione e gli effetti della sentenza arbitrale nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 669 ss.; ID., *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Francia, Belgio, Spagna e Brasile*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², III, cit., 755 ss., in part. 768 ss. Sulla problematica degli effetti del lodo nell'ordinamento italiano rinviamo, tra gli altri, a: CARPI, *Art. 824-bis*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 586 ss.; D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, 529 ss.; ID., *Art. 824-bis*, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, III, 2, cit., 960 ss.; LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2010, 235 ss.; RICCI G.F., *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *ivi*, 2011, 165 ss.; PUNZI, *Il processo civile*², III, cit., 234 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*², II, 392 ss.; ODORISIO, *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, Milano, 2011, 420 ss.; nonché BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012.

⁶⁷ Su cui si veda MOREAU, *Le prononcé de la sentence arbitrale entraîne-t-il le dessaisissement de l'arbitre?*, in *Mélanges Poudret*, Lausanne, 1999, 453 ss. Sull'autorità di cosa giudicata e sul principio del *dessaisissement* si



Viene, in particolare, confermato - in deroga alla regola del *dessaisissement* - il potere del collegio arbitrale (sollecitato dall'istanza di parte) di interpretare il lodo, correggerne gli errori e le omissioni materiali, nonché completarlo in caso di omissione di pronuncia (art. 1485, comma 2^o), restando esclusa la possibilità di rettificarlo in caso vizio di *extra* o ultrapetizione. Innovando rispetto al regime previgente, la domanda d'interpretazione, correzione o completamento del lodo deve essere proposta entro tre mesi dalla notificazione del lodo; il collegio arbitrale ha poi tre mesi per emanare la relativa pronuncia interpretativa o correttiva (art. 1486).⁶⁸ In caso d'impossibilità di ricostituire il collegio arbitrale, le suddette domande sono proposte al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito in mancanza di convenzione d'arbitrato (art. 1485, comma 3^o).

Una novità di rilievo riguarda la notificazione del lodo che non dovrà più necessariamente avvenire tramite ufficiale giudiziario (denominata in francese «*signification*»), lasciando l'art. 1484, comma 3^o, la libertà alle parti di stabilire altre modalità di notificazione.⁶⁹

rinvia, tra i tanti, a: BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, 2000, 117 ss.; GUINCHARD - CHAINAIS - FERRAND, *Procédure civile*³⁰, cit., 761; CADIET - NORMAND - AMRANI-MEKKY, *Théorie générale du procès*, Paris, 2010, 888. Per il sistema italiano, in cui non si distingue espressamente l'autorità di cosa giudicata dall'irrevocabilità della sentenza statale e del lodo, si veda LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, in questa *Rivista*, 1998, 592 ss. Ricordiamo che, in forza del richiamato orientamento giurisprudenziale (App. Paris, 7 ottobre 2004, cit.), la nozione di sentenza arbitrale è duplice: da un lato, abbiamo la sentenza arbitrale definitiva (irrevocabile e immodificabile) che decide totalmente o parzialmente il merito oppure una questione pregiudiziale o preliminare; dall'altro lato, troviamo la sentenza arbitrale provvisoria che contiene, appunto, una misura provvisoria o conservativa, che è priva dell'autorità di cosa giudicata «*au fond*», ossia del carattere dell'incontrovertibilità. Sull'argomento JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 39, sottolineano l'assenza della definizione di sentenza arbitrale nel decreto del 2011.

⁶⁸ Sul tema si veda, tra gli altri, ORTSCHIEDT, *Interpréter n'est pas juger*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, 212 ss.

⁶⁹ Sul punto GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 298, scrivono che, essendo la sentenza arbitrale «*une décision de justice privée*», non è necessario applicarle il sistema di notificazioni previsto per le sentenze statali. Secondo SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 387, la libertà delle forme in materia di notificazione della sentenza arbitrale trova comunque il limite nelle regole indicate dall'art. 680 CPC, a norma del quale: «*L'acte de notification d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé; il indique, en outre, que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie*». Nel sistema francese la notificazione effettuata dall'ufficiale giudiziario (l'*huissier de justice*) viene denominata «*signification*» e si contrappone alla «*notification en la forme ordinaire*» che avviene senza l'intervento dell'ufficiale giudiziario; sulla distinzione tra le due forme di notificazioni si rinvia a FRICERIO, *Notification des actes de procédure*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 141, Paris, 2009, 1 ss.



L'efficacia esecutiva del lodo (la cui disciplina si rinviene nel capitolo V del titolo I) continua ad essere subordinata alla concessione dell'ordinanza di *exequatur*,⁷⁰ emanata dal *tribunal de grande instance* (in composizione monocratica) del luogo in cui è stata pronunciata la decisione arbitrale (art. 1487, comma 1º), a conclusione di un procedimento - instaurato dalla domanda di parte (*requête*) - che si svolge *inaudita altera parte* (art. 1487, comma 2º).⁷¹ Le formalità del procedimento di omologazione sono, inoltre, attenuate: l'art. 1487, comma 3º, permette alla parte istante di depositare una copia della convezione d'arbitrato e della decisione ai fini della concessione dell'*exequatur* che potrà, conseguentemente, essere apposto anche sulla copia del lodo (art. 1487, comma 4º).⁷² Riprendendo la soluzione della giurisprudenza, l'art. 1488, comma 1º, stabilisce, inoltre, che l'istanza di *exequatur* deve essere rigettata, se il lodo è manifestamente contrario all'ordine pubblico.⁷³ L'ordinanza di accoglimento dell'istanza di *exequatur* non è autonomamente impugnabile, dovendo la parte soccombente introdurre l'appello o l'impugnazione per nullità nei confronti della sentenza arbitrale, la cui proposizione comporta *ipso iure* impugnazione anche dell'ordinanza in

⁷⁰ Sul punto JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 43, scrivono che «il ne saurait être question d'accorder le caractère exécutoire» alla decisione degli arbitri «sans qu'un juge étatique intervienne». Si tratta di una soluzione scelta anche dal legislatore italiano, ma che, come noto, non è universale. Infatti, nel sistema spagnolo (secondo l'art. 44 della *Ley de Arbitraje* del 2003 e l'art. 517, comma 2º, n. 2, della *Ley de Enjuiciamiento Civil*) e in quello brasiliano (secondo l'art. 18 della *Lei de arbitragem* del 1996 e l'art. 475-N, n. IV, del *código do processo civil*) la decisione arbitrale è di per sé dotata dell'efficacia esecutiva, senza che sia necessario richiedere un provvedimento ulteriore da parte del giudice statale (su cui, se si vuole, si veda BONATO, *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Francia, Belgio, Spagna e Brasile*, cit., 819 e 830-831; ID., *La natura e gli effetti del lodo arbitrale.*, cit., 139 ss. e 154 ss.). Nemmeno nell'ordinamento austriaco è prevista l'omologazione del lodo, come ricorda GRADI, *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Germania e Austria*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², III, cit., 845 ss., in part. 866.

⁷¹ Che il procedimento per ottenere l'*exequatur* non si dovesse svolgere nel contraddittorio della controparte lo aveva già indicato la giurisprudenza (Cass., 9 dicembre 2003, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 337 ss., con nota di BOLLÉE).

⁷² Riassuntivamente, il contributo apportato dalla riforma del 2011 in materia di *exequatur* è stato quello della «*simplification des démarches nécessaires*» per ottenerlo; semplificazione che si è prodotta «*tant par une clarification des règles relatives à la procédure d'exequatur que par un allègement des formalités requises*» (così SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 377).

⁷³ Anche sotto questo aspetto la riforma del 2011 codifica una precedente soluzione giurisprudenziale, elaborata da App. Paris, 11 luglio 1978, in *Revue de l'arbitrage*, 1978, 538, con nota di VIATTE. Per delle ipotesi di diniego di *exequatur* in caso di manifesta contrarietà all'ordine pubblico si rinvia anche a Cass., 17 giugno 1971, in *Recueil Dalloz*, 1971, *sommaire*, 177. Tra i casi diniego dell'*exequatur* JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 45, aggiungono anche quello del mancato rispetto delle condizioni di forma previste dalla legge.



questione (art. 1499). Entro un mese dalla sua notificazione, l'ordinanza di rigetto dell'*exequatur* è, invece, impugnabile con l'appello (art. 1500).

6. Rilevanti sono le innovazioni sul sistema delle impugnazioni (di cui al capitolo VI, titolo I), introdotte al fine di aumentare la stabilità del lodo attraverso la riduzione delle possibilità di una sua censura.⁷⁴

In questa direzione, viene invertito l'ordine di proponibilità dei due mezzi ordinari d'impugnazione, alternativamente esperibili nei confronti del lodo interno che: è appellabile, solo se le parti lo hanno previsto; mentre, se non è stata scelta la via dell'appello, è soggetto all'impugnazione per nullità (*recours en annulation*), proponibile nonostante qualsiasi preventiva rinuncia (artt. 1489 e 1491).⁷⁵ In materia di arbitrato interno, i due mezzi ordinari di impugnazione conservano il carattere sospensivo, nel senso che la pendenza del termine per

⁷⁴ Così SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 376, il quale afferma che al fine «d'accroître l'efficacité et, par conséquent, l'attractivité de l'arbitrage [...] le nouveau décret cherche à l'évidence, en s'inspirant au besoin de solutions retenues à l'étranger, à renforcer à la fois l'efficacité des sentences arbitrales en facilitant leur exécution rapide [...], et leur autorité en encadrant et en limitant les recours dont elles peuvent être l'objet». Analoga tendenza ha seguito anche il legislatore della terza riforma italiana dell'arbitrato, sul punto si vedano: TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in questa *Rivista*, 2007, 199 ss., in part. 210-211, che parla al riguardo di un rafforzamento dell'autorità e dell'effettività dell'arbitrato; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 11, la quale ricorda che «la linea di fondo della riforma [è] una riduzione della censurabilità del lodo».

⁷⁵ Secondo il diritto previgente, il lodo era impugnabile con l'appello se le parti non vi avevano espressamente rinunciato, nel cui caso era proponibile il *recours en annulation* (su cui la critica, tra gli altri, di LOQUIN, *Perspectives pour une réforme des voies de recours*, in *Revue de l'arbitrage*, 1992, 321). L'inversione dell'ordine delle due impugnazioni ordinarie è stata approvata dalla dottrina: GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 181, che parlano di una modifica che «constitue un progrès sensible en matière d'arbitrage»; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 388, il quale scrive al proposito che si tratta di «un autre changement notable pour l'arbitrage interne». Sul punto si rinvia anche a PELLERIN, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 175 ss., in part. 179 ss. Ricordiamo che il *recours en annulation* è un mezzo d'impugnazione ordinario a critica vincolata (i cui motivi sono elencati all'art. 1492), sostanzialmente assimilabile all'impugnazione per nullità del lodo, di cui agli artt. 828 ss. del codice di rito italiano (nel lavoro di PERROT, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 416 ss., in part. 426, si utilizza, infatti, la terminologia impugnazione per nullità per riferirsi al *recours en annulation*). Il *recours en annulation* è costruito come un'impugnazione a duplice fase: una rescindente, diretta a verificare la sussistenza dei vizi del lodo dedotti dalla parte impugnante; una rescissoria (eventuale), nel corso della quale la Corte d'appello decide nel merito della lite nei limiti della missione degli arbitri, salva la contraria volontà delle parti (l'art. 1493 dispone che: «Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties»). Per ulteriori informazioni si rinvia a LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1046, Paris, 2012, § 87 ss.



esercitarli, così come la loro proposizione, sospendono l'esecuzione del lodo, salvo che gli arbitri lo abbiano dichiarato provvisoriamente esecutivo (art. 1496). Nella fase di impugnazione, il giudice della Corte d'appello - il primo presidente o il *conseiller de la mise en état* - può sospendere la provvisoria esecutorietà concessa dagli arbitri, oppure conferirla lui stesso alla decisione arbitrale (art. 1497).⁷⁶

Confermando le soluzioni anteriori, si stabilisce che: competente a conoscere delle impugnazioni del lodo è la Corte d'appello del luogo in cui è stata emanata la sentenza arbitrale (art. 1494, comma 1°);⁷⁷ il rigetto dell'appello o del *recours en annulation* conferisce l'*exequatur* alla decisione arbitrale (o ai capi di questa che non sono stati riformati o annullati), come indicato dall'art. 1498, comma 2°.⁷⁸

Da rivelare che, allo scopo di limitare i casi di annullamento del lodo, è stato introdotto, all'art. 1466, l'onere di dedurre davanti agli arbitri le irregolarità del procedimento, pena la preclusione di poterle far valere in sede di impugnazione della decisione.⁷⁹ Si tratta di un meccanismo di sanatoria analogo a quello previsto dall'art. 829, comma 2°, del codice di rito

⁷⁶ Si tratta di regole sostanzialmente analoghe a quelle anteriormente vigenti, su cui si veda ORTSCHIEDT, *L'octroi et l'arrêt de l'exécution provisoire des sentences arbitrales en France*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 9 ss.

⁷⁷ Per individuare la Corte d'appello competente a decidere sulle impugnazioni del lodo si preferisce fare ricorso al criterio della sede dell'arbitrato, indicata dalle parti, che sarebbe prevalente su quello del luogo della sentenza. In questo senso si veda LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, cit., § 27, il quale scrive che «*la volonté des parties n'a d'autre objet que d'élire la compétence territoriale de la cour d'appel*».

⁷⁸ In mancanza di un'analogia previsione nel sistema italiano, la dottrina si è chiesta se dopo il rigetto dell'impugnazione per nullità, il lodo acquistasse automaticamente efficacia esecutiva oppure se fosse comunque necessario il decreto di omologazione. Non potendo, in questa sede, affrontare tale problematica, rinviamo a BOCCAGNA, *Esecutorietà del lodo arbitrale e opposizioni ex artt. 615 e 617 c.p.c.*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anicchino*, Napoli, 2005, 35 ss., e dopo la riforma del 2006 a AULETTA, *Art. 825*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1403. Per PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², II, cit., 574, non si può prescindere dall'omologazione del lodo, anche dopo il rigetto o la preclusione dell'impugnazione per nullità.

⁷⁹ Precisiamo, al riguardo, che l'art. 1466 non è contenuto nel capitolo relativo alle impugnazioni del lodo, ma in quello sul procedimento arbitrale, e dispone che: «*La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir*». Secondo GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 292, l'onere di deduzione, di cui all'art. 1466, deriva dal «principio di coerenza», mentre per DERAÏNS, *Les nouveaux principes de procédure: confidentialité, célérité, loyauté*, cit., 93, deriva dal dovere di lealtà che si impone alle parti del giudizio arbitrale. Comunque, già in precedenza, era stato riconosciuto che la partecipazione alla procedura arbitrale senza la deduzione di una «irregolarità» comportasse la rinuncia a far valere quest'ultima in sede di impugnazione, su cui rinviamo a: CADIET, *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, in *Revue de l'arbitrage*, 1996, 3 ss.; LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, cit., § 36; Cass., 6 luglio 2005, in *ivi*, 2005, 993 ss., con nota di PINSOLLE; Cass., 6 maggio 2009, in *ivi*, 2010, 299 ss., con nota di COHEN.



italiano.⁸⁰ Ugualmente finalizzata a sanare i vizi del lodo è la disposizione di cui al comma 2º dell'art. 1483, che permette di regolarizzare gli elementi mancanti che sono previsti a pena di nullità dell'atto.⁸¹

Come indicato dagli artt. 1494, comma 2º, il *recours en annulation* o, alternativamente, l'appello sono esperibili fin dall'emanazione della decisione arbitrale e non sono più proponibili decorso un mese dalla sua notificazione, a nulla rilevando la concessione dell'*exequatur*.⁸² Si tratta di un'innovazione importante che sostituisce la regola anteriore, in base alla quale il termine breve di un mese per l'esercizio delle impugnazioni ordinarie decorreva dalla notificazione del lodo solo se dotato dell'*exequatur* (abrogato art. 1486, comma 2º).⁸³ La riforma del 2011 non modifica, invece, la soluzione dell'inapplicabilità alle decisioni arbitrali del termine lungo per impugnare, previsto dall'art. 528-1 CPC per le sole decisioni statali.⁸⁴

Quanto alle altre impugnazioni, il lodo interno è, inoltre, assoggettato al *recours en révision* (assimilabile all'italiana revocazione delle sentenze), in base al rinvio effettuato dall'art. 1502 ad alcuni degli articoli disciplinanti la *révision* delle sentenze statali,⁸⁵ ed è impugnabile con l'opposizione di terzo davanti al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del

⁸⁰ Sul punto si vedano: BOCCAGNA, *Art. 829*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1418, che parla di «clausola generale di sanatoria delle nullità verificatesi nel corso del procedimento»; MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in questa *Rivista*, 2005, 848 ss., in part. 854; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 829*, in *Arbitrato*², a cura di CARPI, cit., 712 ss.

⁸¹ Su cui si vedano JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 37.

⁸² Sul punto SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 387, scrive che la richiamata innovazione «permettra d'obtenir plus rapidement une sentence définitive».

⁸³ In materia Cass., 15 febbraio 1995, in *Revue de l'arbitrage*, 1996, 223 ss., con nota di MOREAU, aveva specificato che «le délai pour former appel contre une sentence arbitrale ne cesse à l'expiration du mois suivant la signification de la sentence que si cette sentence est revêtue de l'exequatur».

⁸⁴ Si veda Cass., 18 ottobre 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2002, 157, con nota di PINSOLLE, la quale afferma che «les dispositions de l'article 528-1 NCPC ne s'appliquent pas aux sentences arbitrales». Per altri riferimenti rinviamo a BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 114 ss.

⁸⁵ Il *recours en révision* sarà deciso dagli stessi arbitri e, solo nel caso in cui il collegio arbitrale non possa essere ricostituito, dalla Corte d'appello, quest'ultima avendo in materia «une compétence subsidiaire» (PELLERIN, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne*, cit., 186). Al contrario, secondo il diritto previgente, il *recours en révision* era deciso sempre dai giudici statali (su cui CLAY, *Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales*, in *Mélanges Guinchard*, Paris, 2010, 651 ss.). Approva la scelta in materia di *recours en révision* SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 36, secondo cui «la solution semble bienvenue, dès lors qu'elle est conforme à la volonté initiale des parties de voir leur litige tranché par le Tribunal arbitral et qu'il est logique que ce recours soit porté devant celui qui a eu à connaître du litige, comme c'est le cas dans le droit commun du recours en révision».



merito in mancanza della convenzione d'arbitrato (art. 1501); mentre viene esclusa la ricorribilità in cassazione e la proponibilità dell'*opposition* (art. 1503).⁸⁶

7. Per disciplinare l'arbitrato internazionale il decreto del 2011 ha scelto la tecnica del rinvio alle disposizioni dell'arbitrato interno: l'art. 1506 indica quali sono quegli articoli relativi all'arbitrato interno la cui applicazione viene estesa all'arbitrato internazionale, salve, in ogni caso, una diversa determinazione delle parti e la presenza di disposizioni specifiche al tipo internazionale.⁸⁷ In pratica, si tratta di un rinvio «selettivo» che, tuttavia, secondo alcuni autori, non è in grado di escludere l'applicazione all'arbitrato internazionale anche di altri articoli del titolo I, pur se non espressamente richiamati dall'art. 1506.⁸⁸

Subito dopo la definizione di arbitrato internazionale, contenuta nell'art. 1504 (su cui vedi *retro* n. 1), viene disciplinato dall'art. 1505 il «*juge d'appui de la procédure arbitrale*», i cui poteri vengono ricalcati sull'analogo giudice in materia di arbitrato interno,⁸⁹ che per tutti gli arbitrati internazionali - indipendentemente dal luogo della loro sede e svolgimento - è il presidente del *tribunal de grande instance* di Parigi,⁹⁰ la cui competenza resta, pur sempre,

⁸⁶ L'esclusione dell'*opposition* di cui all'art. 571, che è un mezzo di impugnazione concesso alla parte contumace, è dovuta al fatto che nel giudizio arbitrale non si ha la contumacia (LOQUIN, *Arbitrage. La décision arbitrale*, cit., § 9 ss., cui si rinvia anche per le ragioni dell'inammissibilità del ricorso per cassazione).

⁸⁷ L'art. 1506 rende applicabili all'arbitrato internazionale i seguenti articoli: 1446, 1447, 1448 (commi 1° e 2°) e 1449, relativi alla convenzione d'arbitrato; da 1452 à 1458 et 1460, relativi alla costituzione del collegio arbitrale e alla procedura che si svolge davanti al *juge d'appui*; 1462, 1463 (comma 2°), 1464 (comma 3°), da 1465 a 1470 e 1472 relativi al procedimento arbitrale; 1479, 1481, 1482, 1484 (commi 1° e 2°), 1485 (commi 1° e 2°) e 1486 relativi alla sentenza arbitrale; 1502 (commi 1° e 2°) e 1503 relativi ai mezzi d'impugnazione, diversi dall'appello e dal *recours en annulation*. I riformatori hanno, quindi, deciso di scartare l'ipotesi (contemplata nel citato progetto di riforma elaborato dal *Comité de français de l'arbitrage*) di riprendere per esteso la formulazione degli articoli contenuti nel titolo I per riportarla nel titolo II, su cui si vedano le considerazioni di KLEIMAN - SPINELLI, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité. À propos du décret du 13 janvier 2011*, cit., § 9.

⁸⁸ (88) In questo senso si vedano: JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 60; BOLLEÉ, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 8.

⁸⁹ La formula «*juge d'appui de la procédure arbitrale*» è stata criticata da CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 334 ss., in quanto «*elle semble faire une différence entre le juge d'appui interne et le juge d'appui international, alors que c'est tout le contraire*».

⁹⁰ La previsione di questa competenza accentrata nel TGI parigino, voluta dai riformatori del 2011, viene spiegata da CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 336, in base ad un fattore quantitativo (la maggior parte degli arbitrati internazionali svolgendosi a Parigi) e di specializzazione («*le président du TGI de Paris a développé au long des années une compétence incontestable et précieuse*»). Sul punto si vedano: GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 532, secondo cui questo accentramento di competenza conferisce alle



derogabile, potendo le parti indicare come *juge d'appui* un altro giudice francese o straniero.⁹¹ Tra i quattro i criteri di competenza del *juge d'appui*, indicati dall'art. 1505, quelli di cui ai nn. 1 e 2 riprendono quanto stabiliva il previgente art. 1493⁹² ed «esprimono un punto di vista del tutto tradizionale», mentre gli altri due costituiscono una «(parziale) novità»⁹³: nel n. 3 il *juge d'appui* deriva la sua competenza in forza della scelta delle parti (di un arbitrato straniero) di affidare agli «organi giudiziari statali francesi» il potere di «conoscere delle controversie relative alla procedura arbitrale»;⁹⁴ nel n. 4, infine, sulla scia del celebre *arrêt Nioc* della Corte di cassazione,⁹⁵ la competenza del giudice francese è fondata sul «rischio di un diniego di

parti «la certitude que le juge d'appui aura une parfaite connaissance de l'arbitrage»; MOURRE - AMEZAGA, *La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 95 ss., in part. 96, i quali scrivono che siffatto accentramento di competenza del *juge d'appui* «favorece la coherencia de las soluciones adoptadas».

⁹¹ Per questa prospettiva CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 337, il quale deduce la possibilità di indicare un giudice straniero come «*juge d'appui*» per un arbitrato internazionale con sede in Francia dalla previsione della competenza del TGI di Parigi per gli arbitrati internazionali con sede all'estero. Considerano il criterio di competenza, indicato dall'art. 1505, come suppletivo della volontà delle parti MOURRE - AMEZAGA, *La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil*, cit., 96.

⁹² (92) I nn. 1 e 2 dell'art. 1505 prevedono rispettivamente l'intervento del *juge d'appui* per: gli arbitrati internazionali la cui sede è in Francia; gli arbitrati internazionali rispetto ai quali le parti hanno scelto l'applicabilità della legge processuale francese.

⁹³ Così BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2011, 573 ss., in part. 605-606.

⁹⁴ Sul punto si veda BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, cit., 606-607, il quale, nel considerare «irrealistico» lo scenario descritto dalla fattispecie di cui al n. 3 dell'art. 1505, specifica che, rispetto al giudice dello Stato in cui ha sede l'arbitrato, la designazione effettuata, in tal caso, dal giudice francese non varrà come atto giurisdizionale, dovendo essere valutata «alla stregua di attività di *appointing authority* convenzionalmente prescelta»; all'A. si rinvia anche per l'analisi dei casi in cui il giudice francese abbia adottato un provvedimento di rimozione dell'arbitro e provvedimenti di altro genere. Anche BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 7, afferma che le concrete applicazioni della fattispecie di cui al n. 3 dell'art. 1505 «seront sans doute peu nombreuses».

⁹⁵ Si tratta, in particolare, di Cass., 1° febbraio 2005, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 693 ss., con nota di MUIR WATT, e in *Revue critique de droit international privé*, 2006, 140, con nota di CLAY, secondo la quale «l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France»; sentenza con la quale la Suprema Corte ha rigettato l'impugnazione proposta nei confronti di App. Paris, 29 marzo 2001, in questa *Rivista*, 2002, 95 ss., nonché 25 ss., per le osservazioni di MOURRE, *Diritto di accesso alla giustizia ed ordine pubblico internazionale: spunti di riflessione sul forum necessitatis in materia arbitrale*. Sul tema del diniego di giustizia si rinvia anche a: TRAIN, *Déni de justice et arbitrage international*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, III, a cura di MOURRE, cit., 66 ss.; MOURRE - VAGENHEIM, *Some comments on denial justice*



giustizia», che corre una delle parti.⁹⁶ Perfettamente in linea con la concezione universalistica dell'arbitrato internazionale, propria del sistema francese,⁹⁷ tale «competenza sussidiaria universale» del giudice francese per diniego di giustizia tende a garantire la costituzione di un collegio arbitrale in ipotesi eccezionali, quali una guerra civile o delle ostilità fondate sulla nazionalità, nonché a salvare le convenzioni d'arbitrato «patologiche», prive dell'indicazione dell'istituzione arbitrale, della legge e della sede dell'arbitrato.⁹⁸ Da sottolineare che, contrariamente a quanto deciso dalla citata giurisprudenza *Nioc*, i riformatori del 2011 non hanno subordinato la competenza del *juge d'appui* alla presenza di un collegamento, pur tenue, tra l'arbitrato e l'ordinamento francese e hanno ampliato il potere di intervento del giudice francese anche in relazione ad altre vicende relative agli arbitri (oltre quelle sulla loro nomina), quali la loro sostituzione, ricusazione e revoca.⁹⁹ Il descritto criterio basato sul rischio del diniego di giustizia ha sollevato delle perplessità in una parte della dottrina.¹⁰⁰

Le regole specificamente dettate per l'arbitrato internazionale sono il frutto di un «*extreme libéralisme*»¹⁰¹ e sono state elaborate con l'intento di ampliare la sfera di sovranità della volontà delle parti. In questa direzione, l'art. 1507 (contenuto nel primo capitolo del titolo II) sottrae la convenzione d'arbitrato in materia internazionale ad ogni requisito attinente alla forma, l'unica esigenza richiesta sul punto è quella della prova della inequivoca volontà

public and private international law after Lowen and Saipem, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010, 843 ss.

⁹⁶ Tale criterio di cui al n. 4 dell'art. 1505 è considerato da GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 532, come «più originale» rispetto a quelli «classici» contenuti nei nn. 1, 2 e 3.

⁹⁷ Così ancora CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, cit., 343, e CHEVALIER, *Le nouveau juge d'appui*, cit., 159, che parla di una «dimensione universale» del *juge d'appui*.

⁹⁸ In questo senso GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 533. Sul carattere residuale del criterio di intervento del *juge d'appui* fondato sul diniego di giustizia si veda anche CHEVALIER, *Le nouveau juge d'appui*, cit., 160.

⁹⁹ Aspetto sottolineato da BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, 609; e da MOURRE - AMEZAGA, *La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil*, cit., 106.

¹⁰⁰ Per un'analisi critica del criterio di cui al n. 4 dell'art. 1505 si rinvia a BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, cit., 610-611, il quale, rispetto alle scelte legislative unilaterali sulle «funzioni giudiziali ausiliarie» in materia di arbitrato, propone di introdurre: «una convenzione sull'arbitrato almeno in ambito europeo»; «una convenzione di diritto uniforme dell'arbitrato, non necessariamente esaustiva quanto alla disciplina innanzi agli arbitri (...)».

¹⁰¹ Così GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 307; GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 530.



compromissoria delle parti.¹⁰² Nella stessa prospettiva, si permette alle istituzioni arbitrali di assumere direttamente il ruolo di arbitri e si ammette la possibilità che un collegio arbitrale sia composto da un numero pari di arbitri (contrariamente a quanto previsto in materia interna)¹⁰³; mentre le esigenze di indipendenza e imparzialità sono inderogabili, trattandosi di requisiti appartenenti all'ordine pubblico internazionale.¹⁰⁴

Quanto alle disposizioni contenute nel capitolo II relativo al procedimento arbitrale e alla decisione, viene stabilito che le regole procedurali possono essere determinate dalle parti nella convenzione d'arbitrato, direttamente o attraverso il richiamo ad un regolamento di un'istituzione arbitrale; in mancanza spetterà agli arbitri regolare il procedimento (art. 1509, commi 1° e 2°). In ogni caso, l'art. 1510 esige sempre il rispetto del principio della parità dei poteri e doveri delle parti e di quello del contraddittorio. Nessun termine per la decisione viene indicato dalla legge: solo le parti potranno stabilire il termine entro il quale gli arbitri devono emanare il lodo.¹⁰⁵

Un'importante innovazione è contenuta nell'art. 1513, comma 3°, in cui si conferisce al presidente del collegio arbitrale il potere di decidere da solo, qualora all'interno del collegio non si formi una maggioranza; in tal caso, se gli altri arbitri si rifiutano di sottoscrivere il lodo, quest'ultimo viene sottoscritto dal solo presidente, facendone menzione nell'atto.¹⁰⁶ Si tratta di

¹⁰² La finalità dell'art. 1507 non è quella di ammettere la stipulazione di convenzioni d'arbitrato puramente verbali, ma quella di rendere più agevole l'ammissibilità delle convenzioni stipulate *per relationem*. In questo senso GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 310, scrivono che «*cette manifestation de libéralisme accru à l'égard de l'arbitrage international ne signifie pas, comme une vision caricaturale pourrait le laisser penser, que le droit français s'est découvert une passion pour les conventions d'arbitrage qui résulteraient d'un échange de consentement purement oral donné entre deux entités étrangères l'une à l'autre et sans relations préalables, dans des circonstances de fait qui font de l'exemple une hypothèse d'école*»; nonché JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 64.

¹⁰³ Come ricordato da GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 543, il fatto che l'indicazione di un numero pari di arbitri e l'attribuzione dell'incarico di arbitro ad un'istituzione arbitrale siano delle scelte poco opportune, non vuol dire che vadano proibite «*de manière autoritaire*».

¹⁰⁴ Così GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 316.

¹⁰⁵ Così JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 65; BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 15.

¹⁰⁶ Per elucidare la nuova regola che permette al presidente del collegio arbitrale di decidere autonomamente richiamiamo quanto scritto al proposito da JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 67, secondo i quali: «*On sait cependant qu'il peut arriver qu'aucune majorité ne se dégage au*



una regola (derogabile dalle parti) pensata specificatamente in relazione all'arbitrato internazionale, in ragione delle possibili diverse culture degli arbitri, che comporta una deroga al principio di collegialità e di uguaglianza tra arbitri, affidando al presidente del collegio dei poteri rinforzati, per evitare di scegliere una delle soluzioni proposte dagli altri componenti.¹⁰⁷ Non indicando la legge i presupposti per l'applicazione dell'art. 1513, comma 3º, si ritiene che il presidente possa adottare questa decisione autonoma e «solitaria», nell'ipotesi in cui gli altri arbitri abbiano assunto un atteggiamento «esageratamente sensibile agli interessi» di colui che li ha designati.¹⁰⁸

Il capitolo III contiene la disciplina (uniforme) per «il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali emanate all'estero e di quelle in materia di arbitrato internazionale».¹⁰⁹ A questi fini, l'art. 1514 dispone che la parte che intende avvalersi di un lodo internazionale o straniero deve provare la sua esistenza e la non manifesta contrarietà all'ordine pubblico internazionale.¹¹⁰ Il procedimento per ottenere l'*exequatur* di un lodo internazionale o straniero (artt. 1516 e 1517) è sostanzialmente assimilabile a quello dettato per il lodo interno. Una

sein du tribunal arbitral: deux coarbitres pouvant avoir une position inconciliable et le troisième n'étant d'accord avec aucune d'entre elles. Dès lors, soit le président doit rejoindre la position qu'il estime être la moins mauvaise, soit statuer seul». Sul punto MAYER, *Rapport de synthèse*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 219 ss., in part. 226, si duole del fatto che il presidente di un arbitrato interno non abbia gli stessi poteri che gli spettano nell'ambito dell'arbitrato internazionale, in quanto i contrasti tra i componenti di un collegio arbitrale si pongono allo stesso modo nei due tipi di arbitrati.

¹⁰⁷ Così RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 135.

¹⁰⁸ In questo senso BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 18. Secondo RACINE, *Le nouvel arbitre*, cit., 135, il potere di cui all'art. 1513, comma 3º, permette al presidente di superare «*le comportement potentiellement partisan de chacun des coarbitres*».

¹⁰⁹ Si ricorda, inoltre, che Cass., 17 ottobre 2000, in *Revue de l'arbitrage*, 2000, 648, con nota di MAYER, ha avuto modo di specificare che la distinzione tra lodo interno e lodo internazionale è irrilevante quando si tratta di un arbitrato straniero. Da sottolineare anche che l'uso della formula (già utilizzata dalla prima riforma del 1981) «*sentence rendue à l'étranger*» anziché di quella «*sentence arbitrale étrangère*» deriva dall'idea di lasciare in ombra, nei limiti del possibile, la distinzione fondata sulla nazionalità, poiché la sentenza arbitrale «*par définition, échappe à tout ordre juridique, qui n'est rendue au nom d'aucune souveraineté et dont les éléments d'extranéité varient à des degrés différents*» (così PERROT, *Sur la réforme de l'arbitrage international*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1981-1982, Paris, 1985, 53 ss., in part. 60-61).

¹¹⁰ Per alleggerire le formalità per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione dell'atto, l'art. 1515, comma 1º, permette di depositare una copia della convenzione d'arbitrato o della sentenza internazionale o straniera. Nella medesima direzione, l'art. 1515, comma 2º, concede la possibilità di depositare una traduzione non giurata, ossia non compiuta da un traduttore specializzato, delle sentenze redatte in una lingua diversa dal francese.



novità in materia è quella relativa all'accentramento in capo al presidente del *tribunal de grande instance* di Parigi della competenza a concedere l'*exequatur* per tutti i lodi stranieri.¹¹¹

Rilevanti le modifiche in materia di impugnazione contenute nel capitolo IV del titolo II, al cui interno troviamo una prima sezione relativa al lodo internazionale emanato in Francia ed una seconda sezione relativa al lodo emanato all'estero; cui segue una terza sezione, dedicata ad entrambi i tipi di lodo.¹¹²

Nel ribadire che l'unico mezzo di impugnazione ordinario proponibile nei confronti del lodo internazionale è quello del *recours en annulation* (art. 1518), la riforma del 2011 introduce la possibilità di rinunciarvi preventivamente «con una convenzione speciale e in ogni momento» (art. 1522, comma 1º), indipendentemente dall'assenza di legami delle parti (quali la residenza, il domicilio o la sede) con l'ordinamento francese.¹¹³ Data la gravità di una scelta di

¹¹¹ (111) Sul punto SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 379, scrive che «cette concentration de compétence dans les mains d'un juge dédié à cette tâche ne peut que favoriser l'exequatur des sentences arbitrales».

¹¹² A differenza della scelta effettuata dal decreto del 1981, quello del 2011 ha preferito distinguere il regime d'impugnazione della sentenza in materia di arbitrato internazionale dai mezzi esperibili nei confronti del provvedimento di *exequatur* di una sentenza arbitrale straniera. Sul punto si vedano le considerazioni di ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *La nouvelle articulation des recours en arbitrage international*, in AA.VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, a cura di CLAY, 189 ss.

¹¹³ Da sottolineare che l'art. 1522 non subordina la validità della rinuncia preventiva al *recours en annulation* della sentenza arbitrale internazionale a nessuna condizione relativa alla posizione delle parti, a differenza di quanto previsto da altri sistemi che ammettono la rinunciabilità all'impugnazione per nullità solo se le parti non presentano dei legami (residenza, domicilio o sede) con lo Stato della sede dell'arbitrato, come: l'art. 192 della Legge svizzera di diritto internazionale privato; l'art. 1717, comma 4º, del *Code judiciaire* belga; l'art. 51 della legge svedese sull'arbitrato del 4 marzo 1999, (per maggiori ragguagli sui citati articoli si veda POUURET - BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, cit., 826 ss.). Sull'art. 1522 CPC francese si vedano: JARROSSON - PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, cit., 70-71; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 392 ss., il quale, pur riconoscendo che si tratta di una soluzione «en phase avec la vision délocalisée de l'arbitrage international qui est celle du droit français», si pone, tuttavia, in senso critico circa le modalità e le conseguenze della descritta possibilità di rinuncia al *recours en annulation*; difficoltà che «sont largement liées au fait que la renonciation au recours en annulation n'est pas réservée au cas où les deux parties sont étrangères ou domiciliées à l'étranger, et peut donc concerner des parties françaises ou domiciliées en France» (396); CREMADES A.C., *El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización*, cit., 51, che considera la possibilità della rinuncia all'impugnazione per nullità come «la consecuencia última de la deslocalización del arbitraje»; apprezzano la novità in discorso MONTERO F.J. - BEDOYA, *La renuncia a la acción de anulación en la nueva ley de arbitraje francesa*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 145 ss., in part. 147, secondo cui «el régimen en francés goza de mayor coherencia que el belga o el suizo, permitiendo la posibilidad de renunciar a la acción de anulación incluso si hay partes francesas implicadas, siempre y cuando el arbitraje tenga la consideración de internacional, mostrando una mayor confianza en el sistema». Da ricordare che FOUCHARD, *La*



questo tipo, si richiede una manifestazione di volontà specifica («una convenzione speciale», come indicanto dal citato art. 1522, comma 1º) avente direttamente ad oggetto la rinuncia al *recours en annulation*, non essendo sufficiente ricorrere a delle formule generali.¹¹⁴ In ogni caso, per conferire uno strumento di difesa alla parte che ha preventivamente rinunciato al *recours en annulation*, il comma 2º dell'art. 1522 rende appellabile l'ordinanza d'*exequatur* relativa al lodo internazionale, per uno dei motivi per i quali questa può essere annullata.¹¹⁵ La Corte d'appello competente a conoscere del *recours en annulation* è quella del luogo in cui il lodo internazionale è stato pronunciato, impugnazione che deve essere proposta nel termine di un mese dalla notificazione dell'atto.¹¹⁶ I casi di annullamento del lodo restano sostanzialmente invariati (art. 1520) rispetto a quanto stabilito dalle previgenti disposizioni.¹¹⁷ Quanto alle impugnazioni straordinarie del lodo internazionale, viene esclusa l'opposizione di terzo,¹¹⁸

portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 329 ss., in part. 351, aveva proposto di sopprimere ogni tipo di controllo del lodo internazionale ad opera dei giudici dello Stato della sede dell'arbitrato.

¹¹⁴ In questo senso GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 539, cui si rinvia anche per altre questioni; analogamente BOLLEE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 26, afferma che le parti devono prevedere in modo specifico che rinunciano al *recours en annulation*.

¹¹⁵ Nel citato *Rapport au Premier ministre* del decreto n. 2011-48 si esplicita che la disposizione di cui all'art. 1522, comma 2º, tende a preservare «*le droit des parties à un recours effectif*». Per SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 394 ss., siamo in presenza di un nuovo mezzo di impugnazione, quello dell'«*appel de l'ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue en France*».

¹¹⁶ Così dispone l'art. 1519 che contiene regole analoghe a quelle previste in materia di arbitrato interno, alle quali, pertanto, rinviamo.

¹¹⁷ Tuttavia, GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 536-537, ritiene che sia possibile «*placer très haut la barre de la violation de l'ordre public international*», non avendo il legislatore del 2011 inserito nell'art. 1520 CPC il carattere flagrante, effettivo e concreto della violazione dell'ordine pubblico, richiesto, invece, da una parte della giurisprudenza (App. Paris, 18 novembre 2004, in *Journal de droit international*, 2005, 357 ss., con nota di MOURRE).

Si ricorda, inoltre, che se la Corte d'appello annulla un lodo internazionale, non deve poi decidere nel merito: App. Paris, 18 gennaio 1983, in *Revue de l'arbitrage*, 1984, 87, con nota di MAYER; App. Paris, 6 maggio 1988, in *ivi*, 1989, 83, con nota di LOQUIN.

¹¹⁸ (118) Sull'inammissibilità dell'opposizione di terzo nei confronti di una sentenza arbitrale internazionale si veda, nel diritto previgente, Cass., 8 ottobre 2009, in *La semaine juridique*, 2010, n. 644, § 7, con il commento favorevole di ORTCHÉIDT. Ma in senso critico si veda BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 27, il quale scrive che l'esclusione dell'opposizione di terzo nei confronti del lodo internazionale «*reste discutable, et ses dangers se trouvent démultipliés par la jurisprudence récente relative à l'opposabilité de la sentence [arbitrale] aux tiers*». Giova ricordare che in Italia, l'abrogato art. 838, nella parte in cui subordinava l'ammissibilità dell'opposizione di terzo nei confronti di un lodo internazionale ad un apposito accordo delle parti, aveva suscitato le perplessità di alcuni autori (BRIGUGLIO, in BRIGUGLIO - FAZZALARI - MARENGO, *La*



mentre si ammette il *recours en revision* che può essere proposto solo al collegio arbitrale e non anche alla Corte d'appello: l'art. 1506 si limita, infatti, a richiamare unicamente il primo e il secondo comma dell'art. 1502, da cui la conseguente inapplicabilità del terzo comma.¹¹⁹

Rispetto al lodo straniero, nessun mezzo d'impugnazione è direttamente esperibile nei suoi confronti, potendo la parte interessata impugnare solo la decisione relativa all'istanza di riconoscimento o di *exequatur*, sia essa di rigetto o di accoglimento (art. 1525). I motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione di un lodo straniero coincidono con quelli del *recours en annulation* del lodo internazionale (l'art. 1525, comma 4^o, richiama, al proposito, l'art. 1520) al cui interno non viene menzionata, come anche accadeva nel diritto previgente, l'ipotesi dell'annullamento della decisione arbitrale nel suo paese d'origine. Sul punto, come espressamente enunciato nel citato *Rapport au Premier Ministre* al decreto del 2011 in esame, i riformatori hanno voluto confermare la soluzione della giurisprudenza *Putrabali*, secondo cui la sentenza arbitrale è una «decisione di giustizia internazionale che non è collegata a nessun ordinamento giuridico statale (...), la cui regolarità è valutata secondo le regole applicabili nel paese in cui se ne chiede il riconoscimento e l'esecuzione», indipendentemente dall'annullamento pronunciato nello Stato sede dell'arbitrato.¹²⁰

nuova disciplina dell'arbitrato, Milano, 1994, 260; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 121; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, II, 319-320).

¹¹⁹ Sul punto GAILLARD - DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 187, approvano la scelta del legislatore del 2011, ritenendo inopportuno l'intervento dei giudici statali per procedere alla *révision* del lodo internazionale. Per garantire, in ogni caso, la revocabilità di un lodo internazionale anche nell'ipotesi in cui il collegio arbitrale non possa essere ricostituito SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 37, propone di interpretare l'art. 1502, comma 2^o, nel modo seguente: «*devant le Tribunal arbitral antérieur ou, à défaut pour celui-ci de pouvoir être reconstitué, devant un nouveau tribunal arbitral*».

¹²⁰ Si tratta di Cass., 29 giugno 2007 (*arrêt Putrabali*), in *Revue de l'arbitrage*, 2007, 507 ss., con nota di GAILLARD e, se si vuole, in *Int'l Lis*, 2009, 23 ss., con nota di BONATO, *La Corte di cassazione francese conferma la possibilità di accordare l'exequatur ad un lodo straniero annullato nel paese di provenienza*. Sul tema si vedano: BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in questa *Rivista*, 1998, 453 ss.; ID., *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, 50 ss.; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., 469; GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Paris, 2008, *passim*; MOURRE, *À propos des articles V et VII de la convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine: où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali?*, in *Revue de l'arbitrage*, 2008, 263 ss.; BORGHESI, *La riconoscibilità dei lodi esteri annullati nel paese d'origine*, in AA.VV., *Arbitrato, ADR conciliazione*, a cura di Rubino Sammartano, Bologna, 2009, 1097 ss.



Da segnalare, infine, che - ribaltando quanto disposto dal regime previgente - il nuovo art. 1526 elimina il carattere sospensivo del *recours en annulation* e dell'appello (proposto nei confronti dell'ordinanza che concede l'*exequatur* ad un lodo straniero):¹²¹ una volta omologati, il lodo internazionale e quello straniero sono, quindi, provvisoriamente esecutivi, ma la Corte d'appello può sospendere l'esecuzione, se quest'ultima rischia di creare un grave pregiudizio ad una delle parti (art. 1526, comma 2°).

8. L'ultima riforma francese qui esaminata, che - contrariamente a quanto accaduto in Italia per la riforma del 2006¹²² - ha ricevuto il plauso unanime della dottrina,¹²³ si pone perfettamente nel solco della concezione universalista e autonoma dell'arbitrato internazionale¹²⁴ - coerente con la sua natura privata¹²⁵ - come si può, in particolare, desumere

¹²¹ GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 529, ricorda che si tratta di una modificazione tendente a «renforcer l'efficacité de la sentence». Secondo SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 381, l'innovazione in discorso sarebbe una delle più importanti tra quelle relative all'arbitrato internazionale.

¹²² In senso critico rispetto alla scelta della riforma del 2006 in riferimento agli aspetti internazionalistici dell'arbitrato, si pongono, tra gli altri: BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, cit., 483-484; RADICATI DI BROZOLO, *Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage? Réflexions après la réforme de 2006 en Italie*, cit., 229 ss.; CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 603 ss. e 955 ss.; BENEDETTELLI - RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. giur.*, 2011, 136 ss., in part. 141. Mentre in senso favorevole, seppur con alcune riserve, sono: E.F. RICCI, *La longue marche vers l'«internationalisation» du droit italien de l'arbitrage*, cit., 191 ss.; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, cit., 680.

¹²³ Lo notano anche BEGUIN - ORTSCHIEDT - SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage. Chronique*, in *La semaine juridique*, 2011, n. 1432, che parlano di commenti numerosi «globalement approbateurs et même laudatifs» del decreto del 13 gennaio 2011. A questo proposito, richiamiamo, tra gli altri, quanto scritto da: MAYER, *Rapport de synthèse*, cit., 229, secondo cui il nuovo decreto «constitue indéniablement un très grand progrès. Il est plus clair et plus lisible. Il est admirablement rédigé et il est plus moderne»; KAPLAN - MOURRE, *Editorial*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2011, 257-258, secondo cui «il n'est sans doute pas exagéré de dire que le décret du 13 janvier 2011 fait du droit français un des plus modernes et plus favorables à l'arbitrage au monde»; CLAY, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, cit., 3023, che parla di un testo di legge di una «très grande qualité rédactionnelle». Ugualmente in senso favorevole, anche se in modo più misurato, si vedano: BOLLEÉ, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., 553, secondo cui «le sentiment dominant est positif: le nouveau droit français de l'arbitrage international, d'accès plus aisé, apparaît aussi plus complet, plus simple et globalement plus efficace»; SERAGLINI, *L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 38, il quale considera l'ultima riforma «globalement excellent. Ceci étant, nul ouvrage n'est parfait et tout ouvrage nouveau pose des questions. Mais on peut faire confiance à la jurisprudence française, qui a fait ses preuves en la matière, pour apporter les éclaircissements et réponses qui permettront de maintenir et même de renforcer la place de la France en matière d'arbitrage».

¹²⁴ Su cui, tra gli altri, si veda RACINE, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 305 ss.



dalla possibilità di intervento del *juge d'appui* per porre rimedio al diniego di giustizia che rischia di subire una delle parti (art. 1505, n. 4º) e dall'assenza all'interno dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione di un lodo straniero dell'ipotesi del suo annullamento nel paese d'origine.¹²⁶

La riforma del 2011 costruisce, quindi, l'istituto come una forma di «*justice à part entière sur le modèle de la justice internationale*»¹²⁷ e, probabilmente, permetterà alla Francia di conservare quel ruolo centrale nel panorama mondiale dell'arbitrato,¹²⁸ che, purtroppo, ancora oggi l'Italia stenta ad acquisire.¹²⁹

¹²⁵ Come ricordato da GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., § 6, l'arbitrato costituisce un «*processus qui demeure, avant l'exécution forcée, purement privé*».

¹²⁶ Così ANCEL M.E., *Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-même*, cit., § 4. Sull'argomento GAILLARD - DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, cit., 268 e 329, scrivono che «*le décret de 2011 est tout entier fondé sur la vision de l'arbitrage qui reconnaît à ce mode de règlement des différends la consistance d'un véritable ordre juridique et à l'arbitre le statut d'un juge international*».

¹²⁷ Così GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, cit., 525. Nello stesso citato *Rapport au Premier ministre* viene fatta espressamente menzione della «*existence d'un ordre juridique autonome en matière d'arbitrage international*».

¹²⁸ Tra le finalità della riforma del 2011 c'è anche quella di promuovere la Francia, in generale, e la città di Parigi, in particolare, come sede di arbitrati internazionali, come riconosciuto da: BOLLÉE, *Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*, cit., § 1; BETTO-LÓPEZ ORTIZ, *Francia apuesta por seguir liderando la práctica del arbitraje internacional*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 4; CREMADES B., *Francia pone a punto su normativa sobre arbitraje internacional*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 139 ss. Sul riconoscimento della centralità del diritto francese dell'arbitrato nel panorama internazionale si vedano, tra gli altri: VIGORITI, *Verso un diritto comune dell'arbitrato*, in *Foro it.*, 1994, V, 210 ss., in part. 213; GAILLARD, *Note sous App. Paris, 31 mars 2005*, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 666 ss., spec. 672, che parla del «*rôle moteur qu'a toujours joué le droit français en matière d'arbitrage international*», nonché della «*influence qui continue d'être la sienne dans le monde*».

¹²⁹ Per questa amara constatazione si vedano BENEDETTELLI - RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, cit., 141, cui si rinvia per l'analisi dei fattori a causa dei quali, nella prassi, «raramente l'Italia è designata come sede di arbitrati internazionali».



Regras de exclusão no Direito probatório norte-americano

(Exclusionary rules in the United States evidence Law)

José Maria Tesheiner

Professor of Civil Procedure at Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brazil. Former Judge at the Court of Appeals of Rio Grande do Sul, Brazil.

Resumo: A prova, em qualquer sistema racional, visa à determinação dos fatos juridicamente relevantes. Não obstante essa finalidade comum, há diferenças relevantes entre os sistemas jurídicos. Examinamos, neste estudo, algumas das regras de exclusão do Direito norte-americano, procurando distinguir as que exercem função epistêmica das que se devem a razões de política legislativa. As primeiras podem ter importância para um sistema jurídico diverso, podendo servir para a construção de um catálogo de inferências indevidas, impróprias para a fundamentação de uma sentença.

Palavras-chave: provas, Direito norte-americano, Direito probatório, verdade formal, inferências, regras de exclusão.

Abstract: Evidences, in any rational system, aim at determining relevant legal facts. Despite this common purpose, there are relevant differences among legal systems. We hereby examine some of the exclusionary rules of American Law, distinguishing those carrying an epistemic function from those that are due to political reasons. The former may be relevant for a diverse



legal system in order to build a catalog of improper inferences, unfit for the reasoning of a judicial decision.

Keywords: evidence, US Law, Law of Evidence, formal truth, inferences, exclusionary rules.

Sumario: 1 – Introdução. 2 - Verdade. 3 – Verdade material e verdade formal. 4 – Inferências perigosas. 5 – O requisito da relevância. 6 – Regras e exceções relativas à exclusão de provas relevantes. 7 – Conclusão.

1 - Introdução

O diverso tratamento da prova nos sistemas brasileiro e norte-americano transparece já no currículo dos cursos de Direito. De regra, a prova é aqui estudada incidentalmente, nos cursos de processo civil e de processo penal. Lá, em uma cadeira específica, a de Direito Probatório – “*Evidence*”- comum ao cível e ao crime.

Examinando-se as normas jurídicas aplicáveis, chamam desde logo a atenção, no Direito norte-americano, as normas de exclusão (*exclusionary rules*), devidas à centralidade do júri, mesmo no cível. Trata-se, em última análise, de excluir do conhecimento dos jurados fatos de que poderiam extrair inferências indevidas, o que de certo modo implica o paradoxo de se lhes negar o conhecimento de fatos para melhor decidir sobre os fatos.

Quaisquer que sejam as identidades e as diferenças entre os sistemas jurídicos, não se pode tratar das provas sem uma referência à verdade e, em particular, à oposição entre a verdade material e a verdade formal, ainda que sem adentrar na área filosófica, repetindo a pergunta de Pilatos: O que é a verdade?



2 - Verdade

Estabelece o artigo 5o, LVI, da Constituição brasileira, aliás por influência norte-americana: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Não se pense, aqui, na confissão obtida por tortura, mas numa escuta telefônica não autorizada, cujo valor probante é idêntico ao da autorizada. Entretanto, ela é descartada do processo, porque obtida por meio ilícito.

Tem-se, então, que o tribunal, consciente e deliberadamente, afirma a inexistência de um fato, sabendo que ele não ocorreu. Admite como verdade algo que sabe não ser verdadeiro.

Resta claro, pois, que a prova judicial não se destina à descoberta da verdade. O processo judicial não constitui um método de investigação da verdade, mas instrumento para a produção de uma decisão jurídica.

Com isso não se quer dizer que a verdade seja irrelevante para o Direito e para o processo. Busca-se a verdade, mas com as limitações impostas pelo Direito, sabendo-se, pois, que o enunciado de fato declarado pode não corresponder ao evento que efetivamente ocorreu.

A vedação, no processo, de provas obtidas ilicitamente constitua o único limitador. Há muitos outros e se dele se tratou em primeiro lugar é simplesmente porque consagrado pela própria Constituição.

No processo, o autor recorta do mundo dos fatos aqueles que lhe interessam. Às vezes, não há sequer um recorte: os fatos alegados são todos inventados. O réu, por sua vez, contesta apenas os fatos contrários ao seu interesse. No processo civil, presumem-se verdadeiros os fatos incontroversos, havidos como tais os alegados pelo autor e não contestados pelo réu.

O processo pode, pois, começar com fatos alegados, com apenas vaga semelhança com os eventos realmente ocorridos. E tem que ser assim. Soaria quase absurdo que o juiz se



pusesse a investigar a verdade quando as partes, as mais interessadas nas conseqüências daí decorrentes, acordam em deixá-la mais ou menos ensombrecida.

Repita-se, pois, que o processo judicial não constitui um método de investigação da verdade, mas é apenas instrumento para a produção de uma decisão jurídica.

As provas dividem-se por isso em dois grandes grupos: (1) as epistêmicas, racionalmente predispostas à descoberta da verdade; (2) as políticas, que limitam a investigação da verdade em razão dos fins próprios do Direito.

Em princípio, devem ser admitidas todas as provas relevantes para a apuração dos fatos. As normas probatórias políticas são sobretudo normas de exclusão de provas.

Observa Michele Taruffo que as regras de exclusão das provas podem ser divididas em duas grandes categorias, de acordo com a função a que se destinam: a primeira, inclui normas que visam a desempenhar, de maneira exclusiva ou não, uma função epistêmica. Essas parecem ter o fim de prevenir ou evitar erros ou incompreensões na determinação do valor de determinadas provas, por parte do sujeito ou do órgão que deve formular a decisão final sobre os fatos. É claro que a prevenção de erros de valoração é um aspecto importante de qualquer procedimento orientado à descoberta da verdade.

A segunda categoria inclui normas de exclusão que não têm qualquer finalidade epistêmica, visto que não visam a favorecer a descoberta da verdade; são destinadas a que se alcancem fins de outra natureza (mais ou menos relevantes, de acordo com o caso), mas nada têm a ver com a correta apuração dos fatos. Essas normas, todavia, condicionam diretamente a apuração dos fatos, já que limitam ou impedem de vários modos a produção de provas relevantes; portanto, têm uma clara incidência negativa na perspectiva da função epistêmica do processo.¹

Essa bipartição, tão clara no plano teórico, pode ser obscura na prática, pois um fim não exclui necessariamente o outro. Considere-se, por exemplo, a regra do Direito norte-

1 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 171.



americano, que exclui o caráter do réu como elemento probatório de um crime de que é acusado. Observou o juiz J. Cardozo em *People v. Zackowitz* (Court of Appeals of New York. 254 N. Y. 192 (1930): O princípio que baseia a exclusão não provém da lógica, mas de uma política. Pode ser forte a inferência de que um réu briguento mais facilmente começa uma briga do que um cidadão pacífico; um homem com um modo de vida perigoso mais do que um tímido recluso. A Lei não é cega a essa consideração, mas também não é cega ao perigo a um inocente de se aceitar o caráter de alguém como prova do crime.²

Vê-se, pois, que a exclusão da prova de caráter tanto pode ser justificada como norma epistêmica quanto como contraepistêmica.

3 - Verdade material e verdade formal

Uma distinção tradicional é a que se faz entre verdade material e verdade formal ou processual, criticada por Taruffo, nos seguintes termos:

“Outra distinção carente de fundamento que se pode rapidamente deixar de lado (não obstante se trate de um consenso bastante difundido) é aquela que se põe entre verdade *formal* ou *processual*, que se estabelece no contexto do processo, e verdade *real*, que seria apurada somente fora do processo. Há até mesmo quem diga que no processo se obtém somente uma “fixação formal” dos fatos da causa, que não teria qualquer relação com a verdade. A justificativa dessa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas que concernem às provas (condicionando, portanto, de várias maneiras a apuração dos fatos) e regras (como aquelas sobre a coisa julgada) que põem fim à busca da verdade. Pelo contrario, fora do processo a busca da verdade “verdadeira” poderá desenvolver-se de forma livre e ilimitada”.

² There may be cogency in the argument that a quarrelsome defendant is more likely to start a quarrel than one of milder type, a man of dangerous mode of life more likely than a shy recluse. The Law is not blind to this, but equally is not blind to the peril to the innocent if character is accepted as probative of crime.



Prosegue Taruffo:

“Esse modo de argumentar é, entretanto, falacioso. Por um lado, pode-se dizer que, em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo: como já foi dito várias vezes, a verdade dos enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade *processual* e verdade *real* carece de fundamento. Se, pois, pensarmos que fora do processo são apuradas verdades absolutas que no processo não são cognoscíveis, valerá, a propósito, o que foi dito há pouco.³ Quanto às regras que concernem à admissão, à produção – e, por vezes, até mesmo a valoração das provas – pode-se observar que essas podem limitar ou condicionar de modos diferentes a busca da verdade; isso não implica, entretanto, que essas determinem a descoberta de uma verdade *diferente* daquela que se poderia descobrir fora do processo. Pode-se somente dizer que essas produzem um *déficit* na apuração da verdade que se dá no processo, já que, por exemplo, obstam a produção de provas relevantes à apuração dos fatos cujo conhecimento é importante para a decisão. Esse *déficit* não implica que haja uma verdade *processual*: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apura-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou – nos casos mais graves – não se apura verdade alguma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada.”⁴

3 Sendo evidente que a Verdade com letra maiúscula (ou seja, a verdade absoluta) não pertence ao mundo das coisas humanas, é também evidente que essa não pertence ao mundo da justiça e do processo.

4 .Uma simples verdade, cit., p. 106-7.



É certo que “o ponto essencial é que cada enunciado fático é verdadeiro ou falso em si, em função da existência ou inexistência do evento que descreve.”⁵ É certo, também que a existência ou inexistência de um evento pode ou não ser cognoscível. É certo, igualmente, que tanto podem ser falsos enunciados feitos no processo quanto fora dele.

Não se pensa, pois, em “verdade absoluta”. É evidente, também, que um enunciado não se torna verdadeiro por resultar de um processo. Nessa linha de pensamento, não há uma verdade processual ou formal que se possa contrapor à verdade pura e simples. A verdade processual ou formal não passa às vezes de uma solene mentira. Quando se fala, pois, em verdade formal, aponta-se para o fenômeno de que, *para efeitos processuais*, determinado evento é havido como existente ou inexistente. Tem-se, aí, um fenômeno processual que nenhum jurista pode negar.

A expressão “verdade formal” aponta para esse fenômeno. A expressão pode ser inadequada, mas tem em seu prol uma longa tradição. O fenômeno existe e não deixará de existir, porque inadequada a expressão escolhida para significá-lo.

4 - Inferências perigosas

O sistema do Common Law desenvolveu uma série de regras destinadas a impedir que os jurados, porque leigos e sem o domínio da técnica, lancem mão de inferências indevidas. São as chamadas regras de exclusão. Curiosamente, impede-se que os jurados tomem conhecimento de determinados fatos ou provas, para que melhor possam decidir. São regras baseadas em experiências seculares, mas que já se encontram codificadas, por exemplo, no Direito federal norte-americano.

Pode-se dizer que o sistema adversarial norte-americano não se preocupa com a verdade, apresentando-se sobretudo como um sistema que tem o procedimento, o *fair trial*,

⁵ Idem, *ibidem*, p. 100.



como base de justificação. Trata-se de legitimação pelo procedimento, e não de uma técnica preocupada com a busca da verdade.

Todavia, também nas regras desse sistema é possível distinguir as regras técnicas, regras racionais dirigidas à descoberta da verdade e as *políticas*, que desconsideram a verdade, tendo em vista os fins próprios do Direito.

Por isso, uma questão preliminar, no exame de cada uma das regras de exclusão, é a de sua natureza axiológica, pois os fins do Direito norte-americano podem não coincidir com os fins de nosso próprio Direito. As regras epistêmicas, porém, têm valor universal.

Preocupa-se o Direito norte-americano com a formação da convicção do jurado, supondo, naturalmente, que o juiz profissional saiba separar as inferências devidas das indevidas.

5 - O requisito da relevância e regras de exclusão de provas relevantes

A admissibilidade de uma prova está condicionada à sua relevância. Quase tudo, nas regras processuais, relaciona-se com a idéia de que, para ser admitida, é necessário que a prova sirva racionalmente para esclarecer questão de fato controvertida. Há regras de exclusão baseadas em políticas sociais, como as que protegem a confidencialidade das comunicações e há regras de exclusão de natureza epistêmica, como as que excluem provas inconfiáveis, como a prova de 2ª. mão ou por ouvir-dizer (hearing). (Best, 2012, p. 2).

A regra 401 (*Federal Rules of Evidence*) afirma que uma prova é relevante se (a) tende a tornar um fato mais ou menos provável do que sem ela o seria; (b) o fato é relevante para o julgamento da ação.

A regra 403 autoriza o juiz a excluir a prova cujo valor probante seja gravemente contrabalançado por um injusto prejuízo à parte adversa. Trata-se, aí, da prova de fatos indiciários, que têm, sim, valor probatório, ainda que não conclusivos. São excluídos da apreciação dos jurados, exatamente para evitar que sejam havidos como tais.



Supõe-se que um juiz profissional saiba tratá-los como tais, isto é, como simples indícios, sem aptidão para, por só sós, conduzir a qualquer conclusão.

Arthur Best (p. 7) dá três exemplos de fatos que, conforme a discricção do juiz, serão ou não excluídos do conhecimento dos jurados.

Exemplo 1 – Num caso de alegada violação da patente de uma caneta, a prova de haver o presidente da empresa ré haver declarado que gostaria de ter inventado uma caneta que escrevesse de modo tão excelente.

Exemplo 2 – Na mesma hipótese, a prova de haver o presidente da empresa ré contratado um bandido para dar uma surra no autor.

Exemplo 3 – Num caso de furto de um automóvel de coleção, a prova de que o réu é um colecionador.

O juiz provavelmente excluiria da apreciação dos jurados os fatos 1 e 3, mas os deixaria conhecer do segundo, por ter um valor probatório maior, ainda que perigosa a inferência de que a surra, por si só, comprovaria a consciência, pelo diretor da empresa, de que estava a infringir uma patente.

Prova de confissão obtida por coerção é inadmissível no Direito norte-americano, não porque lhe falte valor probante, mas porque um jurado poderia lhe atribuir um valor conclusivo. A regra pode também ser vista como encobrindo a verdade, porque a coerção, por si só, não exclui a veracidade da confissão. O certo é que a coerção diminui o valor probante da confissão, motivo por que, independentemente de qualquer regra de exclusão, não poderia o juiz condenar, baseando-se nela somente.

A fuga é as vezes interpretada como indício de culpa, o que traduz a idéia corrente, mas totalmente falsa, de que “quem não deve não teme”. Indícios mais sérios, mas não conclusivos, são a destruição de provas e a tentativa de obter falso testemunho.

Num caso cível de danos causados culposamente, a prova de outros fatos semelhantes pode conduzir o tribunal a majorar indevidamente o valor devido ao demandante atual.



Contudo, não se pode excluir o valor probatório, ainda que indiciário, de ocorrências idênticas ou semelhantes.

É claro que uma prova de probabilidades, por natureza, não pode ser conclusiva. O problema é que o grau de probabilidade pode situar-se entre os graus 0 (nenhuma probabilidade) e 1 (certeza). Considere-se este exemplo de Best (p. 16). A vítima foi atropelada por um caminhão azul. Comprova-se que 90% dos caminhões azuis são da empresa A; 10%, da empresa B. Parece que não se pode condenar a empresa B. Pode-se condenar a empresa A? Deve deixar que o dano seja suportado só pela vítima? E o que decidir se a probabilidade é de 60/40 ou de 99/100? Qual o standard de convencimento exigido?

No sistema norte-americano, em caso de responsabilidade civil, o jurado não deve ser informado de seguro contrato pelo réu, para evitar que este seja condenado porque poderá se ressarcir do valor que pagar. A existência de contrato de seguro pode eventualmente haver tornado o réu mais descuidado, mas está é sem dúvida uma ilação perigosa. Como, porém, a apreciação dos fatos pelo juiz é impura, isto é, influenciada por fatores que nada têm a ver com verdade dos fatos, pode ocorrer que o jurado condene o segurado para indiretamente condenar o segurador (que, a final, recebeu o prêmio para assumir o risco). Trata-se, porém, de um raciocínio jurídico viciado, porque implica tornar objetiva a responsabilidade do segurado, condenado independentemente de culpa.

Em casos de dano causado por coisa, a Regra 407 proíbe a prova de medidas ulteriores tomadas pelo réu, para comprovar negligência, conduta culposa, defeito do produto ou de seu *design* ou a necessidade de aviso ou instrução. Observa Best que a regra não se funda na irrelevância dessa prova, mas numa política de não desestimular medidas de segurança do produto. Em nossa sistema, não seria reprovável uma sentença que afirmasse culpa do réu ou defeito do produto “tanto que posteriormente tratou de modificá-lo”, entre outras razões. Todavia, do ponto de vista lógico, fatos posteriores não influem na causalidade de fatos anteriores, motivo por que parece melhor não se lançar mão de uma inferência tão perigosa.

A regra 408 proíbe que declarações, ofertas, aceitação ou recusa feitas em negociações para acordo ou transação sirvam de prova para comprovar a procedência ou o valor de uma



reclamação. O propósito, segundo Best (p. 23), seria o de não desestimular acordos e, portanto, as necessárias negociações. A regra pode, porém, ser justificada em termos de pura lógica, porque fatos posteriores não influem na causalidade de fatos anteriores. Ademais, a parte pode julgar-se culpada, ainda que tenha agido sem culpa. Pode também propor um acordo simplesmente para não mais se incomodar com o assunto. Observa-se, pois, que é diminuto o valor probante de prova tão equívoca.

A regra 409 declara inadmissível comprovação da responsabilidade do réu mediante prova de que ele pagou despesas médicas com o tratamento da vítima. Independentemente do desestímulo que essa prova poderia representar, observa-se mais uma vez que fatos posteriores não entram na cadeia causal de fatos anteriores. Ademais, os pagamentos podem ser efetuados por razões humanitárias. Trata-se de regra que merece ser observada, mesmo porque mínimo seu valor probatório.

Argumentação semelhante pode ser feita a respeito da regra 410, que garante o sigilo de negociações com o Ministério Público em ações criminais. A regra admite, entretanto, a prova de confissão feita pelo acusado, a um terceiro, como um policial. Não se duvida do valor probante, ainda que não conclusivo, da confissão feita pelo acusado, seja ao órgão da acusação, seja a terceiro. A proibição, no primeiro caso, atende à política de facilitar às negociações. Trata-se de uma declaração a respeito de um fato passado, tanto quanto a declaração de uma testemunha e nisso distingue-se da inferência extraída de fato posterior não-declarativo, como a fuga.

No Direito americano é de regra proibida a prova do caráter de uma pessoa (honesto, desonesto, egoísta, amigável, raivoso, etc.), para comprovar que agiu de acordo com ele (Rule 404(a)(1)). Todavia, as exceções são numerosas. O acusado pode provar seu bom caráter para comprovar sua inocência; o acusado pode comprovar o caráter violento da vítima, para comprovar que agiu em legítima defesa, etc. Não se trata de uma prova irracional, que deva necessariamente ser coibida. Trata-se de um indício isoladamente inconclusivo. É claro que não se pode imputar a alguém a autoria de um ato simplesmente porque compatível com o seu caráter. Há também exceções relativas a determinados crimes, como assalto sexual (Rule



413(a)) e abuso sexual de criança (Rule 414(a)). Nos mesmos casos, admite-se essa prova no crime (Rule 415(a)). As exceções existem porque o caráter de uma pessoa e suas propensões têm sim algum valor probatório. A regra existe para impedir inferências indevidas. Trata-se, aqui, como em tantos outros casos, de fatos indiciários, mas não conclusivos. Num sistema de juízes profissionais, não se deveria temer decisão com base em inferência indevida, como a de considerar provado que o réu assaltou uma casa de vinhos por haver anteriormente assaltado um posto de gasolina. Trata-se de provas que, por isso, não devem ser necessariamente excluídas, devendo o cuidado voltar-se para o momento da motivação da sentença.

No sistema americano vige a chamada “mercy rule”: o acusado pode fazer prova de um traço pertinente de seu próprio caráter ou do da vítima, o que abre as portas para a produção de prova contrária pela acusação, um conjunto de regras ilógicas, descritas no caso *Michelson v. United States* (1948) como arcaicas, paradoxais, repletas de compromissos e compensações pelas quais uma vantagem irracional de uma parte é contrabalançada por um contra-privilegio de pobre racionalidade (Best, p. 50).

Sobre casos de agressão sexual, o Direito norte-americano tem regras de exclusão, sujeitas a várias exceções. São regras, diz Best (p. 55) que visam a proteger a vítima de agressões adicionais, agora a respeito de seu caráter. A discussão a respeito da admissibilidade da prova do comportamento sexual da vítima em outras situações é feita em segredo de justiça, por se tratar de prova que eventualmente pode ter relevância, mas que pode também não ter outro intuito que o de acrescentar, ao crime anteriormente praticado, o insulto praticado na instrução do processo.

5. Regras e exceções relativas ao ouvir-dizer (*hearsay*)

Uma regra básica do Direito probatório norte-americano é a da exclusão das provas de 2ª. mão ou por ouvir-dizer (*hearsay*), definidas como asserções orais ou escritas feitas fora do processo apresentadas com vistas a comprovar a veracidade do declarado (Rule 801). Trata-se de uma regra epistêmica, pois é claro que se obtém informação melhor com declarações da



testemunha sobre o que viu, do que sobre o que ouviu dizer. A prova é admitida, se feita com fim diverso do de comprovar a veracidade do declarado, por exemplo, para comprovar que um terceiro estava falando quando ocorreu determinado evento (independentemente do que estava a dizer). Num caso famoso (*Bridge v. State*, 1945), foi admitida a prova de afirmações feitas por uma criança fora do tribunal, descrevendo o local onde fora sexualmente molestada que, não por coincidência, coincidia com o que se sabia a respeito do quarto em que vivia o acusado.

Há, porém, numerosas exceções à proibição do ouvir-dizer, entre as quais a regra 803, alegadamente fundada no fato de que, em certas circunstâncias, uma declaração pode oferecer tais garantias de veracidade que justificam a dispensa de confirmação por aquele a quem se atribui a declaração, *ainda que isso fosse possível* (Fischer, p. 511).

A regra 803 estabelece:

Excluem-se da proibição de por ouvir dizer, seja ou não possível o depoimento do declarante como testemunha, as seguintes declarações :

(1) Impressões dos sentidos atuais. Uma declaração descrevendo ou explicando um evento ou condição, feita enquanto ou imediatamente após o declarante havê-la percebido.

(2) Expressões de excitação. Uma declaração relativa a um evento ou condição chocante, feita enquanto o declarante se encontrava sob o impacto de excitação por ele causado.

(3) Condição mental, emocional ou física então existente. Uma declaração do então existente estado mental do declarante (tal como motivo, intenção ou plano), ou sensação emocional, ou condição física (tal como sentimento mental, dor ou saúde corporal), mas sem incluir uma declaração de memória ou crença para comprovar o fato lembrado ou acreditado, salvo se com relação à validade ou termos do testamento do declarante.

(4) Declaração feita para diagnose medica ou tratamento. Uma declaração que: é feita para – e razoavelmente pertinente – para diagnóstico medico ou tratamento, descrevendo histórico médico, sintomas ou sensações passadas ou atuais; seu começo; ou sua causa geral.



(5) Lembranças anotadas. Uma anotação que: é relativa a matéria que a testemunha viu uma vez mas de que não pode recordar-se suficientemente bem para testemunhar inteira e acuradamente; feita ou adotada pela testemunha quando a matéria ainda se encontrava fresca na memória da testemunha; acuradamente reflete o conhecimento da testemunha. Se admitida, a anotação pode ser tida como prova mas somente pode ser recebida como documento se apresentada pela parte adversa.

(6) Registros de uma atividade regularmente conduzida. O registro de um ato, fato, condição, opinião ou diagnose: se o registro foi feito durante o ato ou perto dele ou de uma informação transmitida por alguém com conhecimento; se o registro foi mantido no curso de uma atividade regularmente conduzida de um negócio, organização, ocupação, ou profissão, com ou sem o fim de lucro; se a atividade de registro era uma prática regular daquela atividade. Todas essas condições são demonstradas por testemunho do responsável ou outra testemunha qualificada, ou por uma certificação conforme a Regra 902(11) ou (12) ou com lei permissiva da certificação; e nem a fonte da informação nem o método ou circunstâncias de sua preparação afastam a confiança.

(7) Ausência de registro de uma atividade regularmente conduzida. Prova de que uma matéria não foi incluído num registro descrito no parágrafo anterior se: a prova é admitida para comprovar que a matéria não ocorreu ou não existe; um registro era regularmente mantido para matéria daquela natureza; nem a possível fonte da informação ou outras circunstâncias afastam a confiança.

(8) Registros públicos. Uma anotação ou declaração de um órgão público se: (A) ele estabelece: (i) as atividades do ofício; (ii) uma matéria observada enquanto sob o dever legal de informar, mas não incluindo, em um caso criminal, matéria observada por pessoal encarregado de aplicar a lei; ou numa ação civil ou contra o governo num caso criminal, fatos descobertos a partir de uma investigação legalmente autorizada; e (B) nem a fonte da informação nem outras circunstâncias afastam a confiança.

(9) Registros públicos de estatísticas demográficas. Um registro de nascimento, morte ou casamento, se feito a um oficial público no cumprimento de um dever legal.



(10) Ausência de um registro público. Testemunho – ou certificação com fundamento na Regra 902 – de que uma diligente busca não conseguiu revelar uma declaração ou um registro público se: o testemunho ou certificação é admitido para provar que o registro ou declaração não existe; ou (ii) o fato não ocorreu ou existiu, se um ofício público regularmente mantém um registro ou declaração relativa a matéria dessa natureza; numa ação criminal, o Promotor que pretenda apresentar uma certificação deve avisar de sua intenção por escrito pelo menos 14 dias antes do julgamento, podendo o defensor objetar no prazo de 7 dias contados do recebimento do aviso – a não ser que o juízo estabeleça um prazo diferente para o aviso ou a objeção.

(11) Registros de organizações religiosas relativas à história pessoal ou familiar. Um registro de nascimento, legitimação, ancestralidade, casamento, divórcio, relação de sangue ou casamento, ou fatos similares da história pessoal ou familiar, contidos em registros regularmente mantidos por uma organização religiosa.

(12) Certificados de casamento, batismo e cerimônias similares. Uma declaração de fato contida em um certificado: feita por uma pessoa autorizada pela organização religiosa ou por lei para emitir o ato de certificação; atestando que a pessoa participou de um casamento ou de cerimônia similar ou recebeu um sacramento; e atestando que foi editado ao tempo do ato ou dentro de um prazo razoável depois dele.

(13) Registros familiares. Uma declaração de fato sobre história pessoal ou familiar contida num registro familiar, como a Bíblia, carta genealógica, gravação num anel, inscrição em um retrato, ou gravação em uma urna ou marca funerária.

(14) Registros de documentos relativos a propriedades. O registro de um documento feito para estabelecer ou modificar um interesse relativo a propriedade se: o registro é admitido para comprovar o conteúdo do documento originalmente registrado, juntamente com sua assinatura entregue a cada pessoa que o assinou; o registro é mantido num ofício público; e uma lei autoriza o registro de documentos dessa natureza no ofício.



(15) Declarações em documentos relativos a um interesse em propriedade. Uma declaração contida em um documento que tem por fim estabelecer ou modificar um interesse numa propriedade, se a matéria declarada for relevante para o fim do documento – salvo se negociações posteriores relativas à propriedade sejam inconsistentes com a verdade da declaração ou o propósito do documento.

(16) Declarações em documentos antigos. Uma declaração em um documento antigo 20 anos no mínimo e cuja autenticidade haja sido estabelecida.

(17) Relatórios de mercado e publicações comerciais similares. Cotações de mercado, listas, diretórios, ou outras compilações geralmente acreditadas pelo público ou por pessoas em ocupações particulares.

(18) Afirmações em livros de ensino, periódicos ou panfletos. Uma afirmação contida num tratado, periódico ou panfleto se: (A) a afirmação é apontada por um perito em contra-interrogatório ou por ele confiada em interrogatório direto; e (B) a afirmação é apontada como uma autoridade confiável por admissão ou testemunho do perito, por depoimento de outro perito, ou por declaração judicial. Se admitida, a afirmação pode ser tida como prova mas não recebida como um documento.

(19) Reputação pessoal ou familiar. A reputação da família da pessoa por sangue, adoção ou casamento – ou de seus associados ou na comunidade – concernente ao nascimento da pessoa, adoção, legitimação, ancestralidade, casamento, divórcio, morte, relação por sangue, adoção ou casamento, ou fatos similares da história pessoal ou familiar.

(20) Reputação sobre divisas ou histórico geral. A reputação em uma comunidade – anterior à controvérsia – concernente a divisas de terras na comunidade ou costumes que afetam a terra, ou concernente o eventos históricos gerais importantes para aquela comunidade, estado ou nação.

(21) Reputação relativa a caráter. A reputação entre os associados de uma pessoa ou na comunidade sobre o caráter da pessoa.



(22) Prévia condenação. Prova de uma condenação se: (A) a sentença foi proferida após processo regular ou reconhecimento de culpa, excetuado o *nolo contendere*; (B) a condenação foi por crime punido com pena de morte ou de prisão por mais de um ano; (C) a prova é admitida para comprovar fato essencial ao julgamento; e (D) quando oferecida pelo acusador num caso criminal com finalidade diversa da de impedimento, se o julgamento foi contrário ao acusado. A pendência de apelação pode ser demonstrada mas não afeta a admissibilidade.

(23) Julgamentos envolvendo histórico pessoal, familiar ou geral, ou divisas. Uma sentença é admitida para comprovar matéria envolvendo histórico pessoal, familiar ou geral, se: (A) foi essencial para o julgamento; e (B) podia ser comprovado por prova de reputação.

Encontram-se, ainda, outras exceções na Regra 807.

A razão fundamental é sempre a mesma: a de que os jurados poderem ou não tomar conhecimento para fundamentar sua convicção. Num sistema de sentenças proferidas por juízes profissionais, a utilização de inferências indevidas pode transparecer na fundamentação da sentença.

A mesma declaração pode ou não ser havida como *hearsay*, conforme o que se pretenda com ela comprovar. Gerge Fischer (p. 381) exemplifica com um caso de homicídio em que o acusado alega legítima defesa. Ele atribui a uma terceira pessoa, Alice, a seguinte declaração, que ela teria feito fora do tribunal: “Toma cuida com Joey; ele o está procurando e tem uma arma”. Essa declaração seria havida como *herasay*, sendo, portanto, inadmissível, se destinada a comprovar que Joey tinha uma arma e estava à procura do acusado. Não seria, porém, considerada *hearsay* e seria, admitida, se destinada a comprovar que o acusado tinha motivo para temer um ataque de Joey.

Hearsay é uma afirmação feita fora do tribunal, nele repetida como prova do afirmado. Exemplo: “Tom disse-me que viu o acusado dar uma facada na vitima”. Tem-se, aí, um elemento de prova, de regra inadmissível nos Estados Unidos, por não permitir contra-interrogatório. No exemplo dado, não é dado ao réu fazer perguntas a Tom, já que por suposto ele nem não se encontra no Tribunal. Pode até já haver morrido. A proibição do *hearsay*



vincula-se à Sexta Emenda da Constituição dos Estados Unidos: em todas as ações criminais, o acusado tem do direito... de confrontar as testemunhas contrárias. Não se trata, porém, de regra absoluta. Há exceções, que são, pois, também exceções ao princípio do contraditório.

Pode-se afirmar que as exceções constituem elementos de prova tão convincentes que são admitidos, ainda que a parte não possa interrogar o apontado declarante.

Como vimos, muitas das ditas exceções constituem o que chamamos de prova documental: registros de uma atividade regulamentada conduzida, registros públicos, registros públicos de estatísticas demográficas, registros de organizações religiosas relativas à história pessoal ou familiar, certificados de casamento, batismo e cerimônias similares, registros familiares, registros de documentos relativos a propriedades.

Admitem-se, porém, como elementos de prova, declarações orais, feitas alhures, consistentes em impressões dos sentidos atuais (uma declaração descrevendo ou explicando um evento ou condição, feita enquanto ou imediatamente após o declarante havê-la percebido); expressões de excitação (uma declaração relativa a um evento ou condição chocante, feita enquanto o declarante se encontrava sob o impacto de excitação por ele causado), uma declaração do então existente estado mental do declarante (tal como motivo, intenção ou plano), ou sensação emocional, ou condição física (tal como sentimento mental, dor ou saúde corporal), mas sem incluir uma declaração de memória ou crença para comprovar o fato lembrado ou acreditado, salvo se com relação à validade ou termos do testamento do declarante e declaração feita para fins de diagnose médica.

Vejamos alguns precedentes:

Micheael Crawford foi processado por haver esfaqueado um homem que haveria anteriormente tentado estuprar sua esposa, Sylvia. No julgamento, foi admitida uma gravação, feita logo depois do fato, com declarações feitas à polícia por Sylvia, impedida de depor, por ser esposa do acusado. O réu invocou a cláusula da confrontação da 6^a. Emenda: Em todos os processos criminais, o acusado terá o direito de se confrontar contra as testemunhas contra ele. Afirmou a Suprema Corte que o Estado havia admitido testemunho de Sylvia contra o



acusado, apesar de ele não haver tido oportunidade para contra-interrogá-la, o que por si só constituía violação da 6ª. Emenda. (*Crawford v. Washington* (2004) ⁶

Davis foi preso depois de Michelle McCottry ligar para o n. 911, dizendo que ele a havia agredido com seus punhos. No julgamento, Michelle não depôs, mas o telefonema foi apresentado como prova da autoria dos ferimentos por ela sofridos. Ele apresentou objeção contra a produção dessa prova, invocando o caso *Crawford v. Washington* como precedente, ao que a Suprema Corte respondeu que as declarações feitas durante a ligação para o 911 não constituíam testemunho, diferentemente do que ocorrera no precedente invocado. (*Davis v. Washington* (2006) ⁷

A polícia de Detroit encontrou Anthony Covington mortalmente ferido no estacionamento de um parque de gasolina. Covington narrou as policiais que ele havia sido baleado por Bryant, que foi acusado de homicídio. Os policiais foram ouvidos no julgamento. A Suprema Corte decidiu que a produção dessa prova não violava a Constituição, porque Covington, ao apontar a autoria, não se encontrava na condição de testemunha, mas numa situação de emergência. (*Michigan v. Bryant* (2011) ⁸

Luís Melendez Dias foi preso com pacotes alegadamente contendo cocaína. No julgamento, o Promotor apresentou esses pacotes juntamente com um certificado de que continham cocaína. Não tendo comparecido o analista para testemunhar, a Suprema Corte afirmou tratar-se de testemunho não submetido a contraditório, implicando violação do direito constitucional do acusado de confrontar as testemunhas da acusação. (*Melendez-Diaz v. Massachussets* (2009)

Donald Bullcoming foi preso sob suspeita de estar dirigindo enquanto alcoolizado. Recusou-se a soprar no bafômetro. Devidamente autorizada, a autoridade policial colheu amostra de sangue. No julgamento em que veio a ser condenado a 2 anos de prisão, foi



apresentado o resultado do exame de sangue, apontando elevado nível de álcool. Foi ouvido como testemunha da acusação, não o técnico que assinara o laudo, mas um colega. A Suprema Corte decidiu que esse procedimento violava o direito do acusado de confrontar as testemunhas da acusação. Incabível testemunho substituto. (Bullcoming v. New México (2011))

Dwayne Giles foi acusado de matar sua companheira. Durante o julgamento foram apresentadas declarações anteriores da vítima, relatando casos de violência doméstica, prova admitida sob o fundamento de que o próprio réu, em assassinando a vítima, dera causa à impossibilidade de seu comparecimento em juízo. A Suprema Corte decidiu que essa exceção somente se aplicava em casos de atos com o específico intento de impedir o testemunho. Foi por isso anulada a condenação e determinada a submissão do réu a novo julgamento. (Giles v. Califórnia (2008))

Old Chief foi acusado de praticar o crime de, tendo sofrido antes condenação por crime punível com pena de prisão excedente a um ano, ter consigo arma de fogo. O acusado admitiu a condenação anterior, mas insurgiu-se contra a prova dos fatos que a haviam determinado, do que resultaria, segundo alegava, injusto prejuízo na apreciação da causa em julgamento. A acusação afirmou ter o direito de conduzir o caso ao seu modo. O juiz concordou e admitiu a prova de que o acusado havia anteriormente assaltado Rory Dean Fenner, que sofrera sérios danos corporais. A Suprema Corte anulou o julgamento. Em casos tais há prejuízo injusto, porque o júri pode proferir condenação fundada nos antecedentes criminais. (Old Chief v. United States (1997)).

Os Tribunais de apelação têm entendido que o valor probante de fotografias de ferimentos infligidos a vítimas supera o efeito emocional por elas criado. (Best, p. 7).

Testemunhas de um assalto em Los Angeles informaram que os assaltantes eram um negro com barba e bigode e uma mulher branca com cabelo loiro preso atrás tipo rabo de cavalo, tendo fugido em um carro de motor amarelo. Com o auxílio de um estatístico, o Promotor apresentou o seguinte quadro de probabilidades:

Homem negro com barba: 1 em 10



Homem com bigode, 1 em 4

Mulher branca com cabelos loiros: 1 em 3

Automóvel amarelo: 1 em 10

Pares inter-raciais no carro: 1 em 1000.

Probabilidade de serem os acusados inocentes: 1 em 12.000.000.

O júri declarou culpados os réus, mas a Suprema Corte anulou a condenação, criticando a prova estatística, entre outras razões, por não levar em conta dependências prováveis entre as características; por exemplo, homens barbudos comumente ostentam bigodes. O cálculo poderia demonstrar a probabilidade de um casal aleatório ter as características indicadas; não as características do casal culpado. Os jurados ficaram impressionados pela mística da demonstração matemática, mas foram incapazes de avaliar sua relevância ou valor. (*People v. Collins* (1968)).

Demandantes trafegavam por uma estrada, quando o parabrisa de seu automóvel foi atingido por um grande pedaço de gelo que se desprende de um caminhão amarelo e o logotipo da Hertz, únicos dados obtidos para a identificação do autor do fato. Joyce Kaminski perdeu um olho e sofreu graves lacerações na face, o que deu causa à ação civil proposta contra Hertz Corporation, proprietária de cerca de 90% dos veículos com essas características, pertencendo outros a franqueados ou vendidos, sem que se tivesse providenciado na remoção da cor e do logotipo da empresa. O juiz decidiu não enviar a causa a exame do júri, sob o fundamento de que qualquer decisão se basearia em mera opinião ou conjectura. O Tribunal reformou a decisão, dizendo não se poder afirmar que a prova preponderante (critério adotado no cível) era no sentido de que a empresa não era proprietária do veículo. Necessário, pois, levar a causa a exame do júri. Outra certamente teria sido a decisão se a causa fosse criminal, em que o critério adotado é o de além de qualquer dúvida razoável. (*Kaminski v. Hertz Corporation* (1979)).

Aos 16 anos, Crane foi preso acusado de assassinato. Confessou. Posteriormente, procurou demonstrar ter havido coação, considerados o tempo de duração do interrogatório e



o modo como conduzido. As instancias locais não admitiram a prova da coação. A Suprema Corte reverteu essas decisões, afirmando competir ao júri decidir sobre a voluntariedade e credibilidade da confissão. (*Crane v. Kentucky* (1986)).

O réu, depois de uma noite de bebedeiras, foi encontrado bêbado, no banco traseiro de um automóvel, perto de sua arma, com as duas vítimas mortas à bala no banco dianteiro. O acusado pretendeu comprovar sua irresponsabilidade pelo homicídio, em função de seu estado mental, o que foi admitido pela Suprema Corte de Montana, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu essa decisão, afirmando estar firmemente estabelecido que intoxicação voluntária não constitui escusa ou justificação. (*Montana v. Egelhoff* (1996)).

Acusado, perante um Tribunal Militar, de uso de drogas proibidas, Sheffer pretendeu produzir prova proveniente do detentor de mentiras, atestando que ele não mentira ao declarar que não usara drogas. O exame de urina revelara a presença de metamphetamine. O acusado pretendia demonstrar que não se drogara voluntariamente. A Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da Regra 707 da Lei Militar sobre Provas (*Military Rule of Evidence*), excluindo do detentor de mentiras como meio de prova. (*United States v. Sheffer* (1998)).

Michelson foi criminalmente processado, acusado de subornar um agente federal. Em sua defesa, o réu alegou que, na verdade, teria sido vítima de extorsão. Tratava-se, em essência, de aceitar a palavra de um ou de outro. A defesa produziu prova da boa reputação do réu, por meio de testemunhas que o conheciam alguns há 15 outros há 30 anos, tendo algumas declarando jamais ter ouvido algo em desabono do réu e confirmado, as demais, a boa reputação do acusado. Ouvido como testemunha, o próprio réu declarou ter sido condenado por contravenção relativa à falsificação de relógios. Inquirido pela acusação, admitiu haver negado, três anos depois, a existência de qualquer condenação, ao requerer licença para comerciar com jóias usadas. Depois de ouvir privadamente a acusação e a defesa, o juiz admitiu perguntas do Promotor a respeito de antiga condenação do réu por receptação, o que justificou apelação do réu, interposta sem êxito. A Suprema Corte confirmou a decisão, embora fazendo coro a muitas críticas ao sistema, dizendo que, até pelo pouco trato com a matéria, não queria



alterá-lo, colocando uma pedra disforme nesse estrutura grosseira. (*Michelson v. United States* (1948)).

Barbara Allen Rainey, tenente instrutora, e Ensign Bruce Knowlton treinavam pousos e partidas quando seu avião caiu, provocando a morte de ambos. A causa do acidente não pôde ser determinada com certeza: defeito da aeronave ou erro do piloto? Na ação proposta pelos cônjuges dos falecidos contra o fabricante, a defesa apresentou como prova um relatório elaborado pelo Tenente Comandante William Morgan, com seções denominadas “constatação de fatos”, “opiniões” e “recomendações”. O relatório continha conclusão no sentido de que, embora não excluída a hipótese de “rollback” (o que implicaria defeito de fabricação), a causa mais provável do acidente havia sido a incapacidade do piloto de estabelecer intervalo adequado. Discutiu-se no processo a respeito da admissibilidade dessa prova, no todo, ou apenas na parte correspondente às constatações de fato, vindo finalmente a Suprema Corte a estabelecer, em interpretação da Regra 803(8)(C), a admissibilidade do documento como um todo, pela extrema dificuldade de se distinguir constatação de fatos e opiniões sobre os fatos ocorridos. (*Beech Aircraft Corporation v. Rainey* (1988))

O juiz norte americano deve excluir prova embora relevante, se o seu valor probante é substancialmente contrabalançado pelo perigo de um dos seguintes fatos: prejuízo injusto, confusão de assuntos, tendência a enganar o júri, demora indevida, desperdício de tempo, ou desnecessidade de apresentação de provas cumulativas (Rule 403).

Sob o fundamento de injusto prejuízo, deve o juiz impedir que conste do depoimento da vítima afirmação de que, ao agredi-la, o réu afirmou “pertencer a uma religião que venera a violência”, porque poderia levar o júri a considerar culpado o réu por adotar tal religião, independentemente do fato de haver ou não praticado a alegada agressão (Best, p. 5).

Numa ação de responsabilidade por um produto, negando o réu que a dano decorreu na forma alegada pelo autor, é inadmissível a prova de dano sofrido por outro consumidor, mas de forma diversa, porque isso induziria os jurados a crer que o autor sofreu, sim, o dano alegado e na forma por ele descrita. (Best, p. 6).



Como regra geral, não é admissível prova do caráter de uma pessoa ou de traço de caráter, para comprovar que numa ocasião em particular a pessoa agiu de acordo com seu caráter ou traço de caráter. As exceções são expressamente previstas. (Rule 404).

Caráter significa o tipo de pessoa que alguém é: honesto, desonesto, generoso, egoísta, amigável, mau, descuidado, cauteloso, cabeça-quente, calmo, por exemplo (Best, p. 32).

A proibição decorre do alto risco de se chegar a uma conclusão errada, por um raciocínio vicioso, do tipo “o réu assaltou no passado um posto de gasolina; ele é um ladrão; logo foi ele que assaltou a casa de bebidas” (Best, p. 34-5).

O réu, em caso de roubo, pode produzir prova de caráter, com perguntas a testemunhas sobre sua reputação na comunidade e a opinião da própria testemunha. Contudo, não são admitidas perguntas para respostas sobre fatos específicos, como, por exemplo, o fato de o réu, tesoureiro de um clube, jamais ter tido suas contas rejeitadas. (Best, p. 59-60).

Se a defesa produz prova do bom caráter da vítima, o Promotor, ao inquirir as testemunhas do réu, pode fazer perguntas sobre se sabe que o réu sofreu condenações anteriores, mas em caso nenhum pode produzir prova dessas condenações. (Best, p. 59 e 61).

Em caso de difamação, o réu pode comprovar que o autor realmente é o que dele disse o réu (Best, p. 33). Assim, em caso de difamação, o réu, processado por haver chamado o autor de sovina, pode introduzir testemunhos de que o réu tem fama de pão-duro (Best, p. 46).

Em caso, por exemplo, de furto de automóvel com ligação direta do motor, prova de fato anterior idêntico é admissível para demonstrar a habilidade do réu (Best, p. 33).

Fraude de que foi absolvido o réu pode ser invocada, se o modo característico como foi praticada servir para demonstrar que ele usou a mesma técnica contra uma nova vítima (Best, p. 39).

A prova de caráter ou traço de caráter, quando permitida, (404)(A), deve ser pertinente. Assim, não pode o réu introduzir prova de seu caráter pacífico num caso de desfalque (Best, p. 50).



Propondo-se a fazer prova de caráter, a defesa abre as portas para que a acusação o faça também. Em marcante contraste com o tratamento das testemunhas arroladas pelo réu, o Promotor pode fazer perguntas do tipo “sabia que o réu seqüestrou um ônibus escolar?”, o que não é permitido à defesa, proibida de fazer perguntas sobre fatos específicos.. Se, porém, o Promotor arrola testemunhas de caráter, fica sujeito a iguais limitações, não podendo fazer perguntas sobre acontecimentos específicos. (Best, p. 51)

7 - Conclusão

A exposição feita, embora longe de ser completa, é suficiente para mostrar o detalhamento a que chegou o Common Law, já agora codificado nas *Federal Rules of Civil Procedure*, no que diz respeito à admissibilidade das provas perante o Júri, podendo o juiz até mesmo instruir a testemunha, no sentido de que deverá omitir tal ou qual declaração.

Trata-se de um sistema que não é lógico, mas a que se construiu empiricamente, por meio de uma experiência secular.

Nele se encontram regras epistêmicas, destinadas a desvelar a verdade dos fatos, juntamente com regras políticas, que atendem aos fins próprios do Direito, e também regras que desafiam explicação. Tem-se, aí, um material bruto, que pode ser trabalhado, para dele se isolar as regras epistêmicas, que têm valor universal, utilizável por qualquer sistema probatório racional.

Sem que se pense numa importação o sistema, um catálogo dessas regras serviria para a crítica do íter lógico percorrido pela sentença para as conclusões sobre os fatos nela afirmado, o que é de extrema importância. Embora toda a ênfase dada às normas jurídicas abstratas, nos estudos e na prática do Direito, é preciso não esquecer que ele decorre dos fatos concretos. *Ex facto oritur jus*.



Bibliografia

BEST, Arthur. *Evidence*. 8. Ed. USA: Wolters Kluwer, 2012.

FISHER, George. *Evidence*. 3. ed. USA: Foundation Press, 2013.

KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova Judiciária – Estudos sobre o novo Direito probatório*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Aspectos atuais do Direito probatório*. São Paulo: Método 2009.

PARK, Roger C. & FRIEDMAN, Richard D. *Evidence – Cases and Materials*. 12. Ed. USA: Foundation Press, 2013.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. *Processo civil comparado: Ensaio*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIMPONI, Miguel. *A psicografia ante os tribunais*. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 1999.

CARVALHO, E. V. de Miranda. *A conversão do julgamento em diligência e o limite ao arbítrio do juiz*. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* | vol. 4 | p. 1089 | Out / 2011.



O Novo Código de Processo Civil e o Processo Administrativo

(The new Brazilian Civil Procedure Code and the Administrative Procedure)

Luiz Henrique Antunes Alochio

Dr. iur. Master of Laws. Lawyer in Brazil

Resumo: O processo administrativo será impactado com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Nada obstante, os órgãos públicos não têm atentado para essa questão. Um, dentre vários casos de possível aproximação do CPC com o processo administrativo será o dever de fundamentação das decisões judiciais, na forma explicitada no novo código. Analisa-se neste texto a aproximação do Processo Civil, como modelo para o Processo Administrativo, ainda que a aplicação ocorra supletiva ou subsidiariamente. O novo CPC tem dispositivo explícito sobre a aplicação supletiva aos processos administrativos. Caberá uma aproximação das doutrinas do Direito Processual Civil e do Direito Administrativo, de forma a encontrar um discurso democrático para tal aplicação. Uma aproximação que tem muito a contribuir com o interesse público.

Abstract: The administrative process will be impacted by the new Brazilian Civil Procedure Code. Nonetheless, public bodies have not attack for that matter. One of several cases of possible approximation of the New Code with the administrative process will be the part that refers to the reasoning of judicial decisions. We analyze in this paper the approach of Civil Procedure, as a model for the Administrative Procedures, although the application occurs in a



supplementary or alternative way. The New Code has explicit provision on the supplementary application to administrative procedures. It will be an approximation of the Civil Procedure Law and Administrative Law doctrines, in order to find a democratic discourse for such an application. An approach that has much to contribute to the public interest.

Palavras-chave: Processo Administrativo; Novo CPC; Aplicação subsidiária.

Keywords: Administrative Procedure; New Brazilian Civil Procedure Code; Subsidiary application.

Sumário: 1. Introdução; 2. O novo CPC e o “processo administrativo”; 3. Órgãos de julgamento administrativo e a devida atenção à fundamentação de decisões; 3.1. Para além do processo administrativo. O reflexo na própria produção dos atos administrativos.; 4. Conclusões; Referências.

Contents: 1. Introduction; 2. The new Brazilian Civil Procedure Code and the "Administrative Process"; 3. Administrative Process and due attention in reasoning the decisions; 3.1. Beyond the Administrative Process: The New Code and the administrative act.; 4. Conclusions; References.

1. Introdução

Aprovado no Senado Federal em 17 de dezembro, o novo Código de Processo Civil tem levantado, já há algum tempo calorosos e profundos debates. Já foi dito que os Magistrados consideram o novo CPC mais favorável aos advogados; e para os advogados a nova lei seria mais favorável aos Magistrados. Enfim, em termos de descontentamento estamos diante do novo repetindo o clássico; como diria CAZUZA, “vejo o futuro repetir o passado, num museu de grandes novidades”.



Sobre quem tem razão nas reclamações cabe recordar as notas introdutórias de Hans Kelsen à sua Teoria Pura do Direito:

“Os fascistas declaram-na [a teoria pura] liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu esp frito [sic] é - asseguram muitos - aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuista. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita.”¹

Em síntese, sempre haverá quem aprove e quem desaprove qualquer produção humana. Vamo-nos acostumando às reclamações, pois não interessa a boa intenção na produção de um texto normativo. Despregado de seus autores ou emissários o enunciado está agora à disposição de uma comunidade de intérpretes. Muitos verão virtudes, avanços, visões mais democráticas, ou coisas do gênero; outros perceberão vícios, incompletudes, incongruências, plurissignificados, e assim por diante. Nesta toada, precisamos olhar os *vícios* e as *virtudes* da nova lei, de uma forma holística, em particular buscando uma *melhor interpretação*² do texto dentro do espírito da nova legislação, ou daquele sentimento que inspirou sua elaboração.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 1998. P. VIII. Acessível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HansKelsenTeoria.pdf

² A noção de “melhor interpretação” já é um anseio, em si mesmo, arbitrário, pois a “melhor interpretação” tende a ser sempre aquela que “melhor socorre os meus interesses”.



2. O novo CPC e o “processo administrativo”

Especialmente interessante para quem atua nas áreas de Direito Público, e que a muitos parece estar escapando, é a previsão do novo CPC quanto à sua aplicação supletiva e subsidiária, aos processos eleitorais, trabalhistas e também aos administrativos:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Bom lembrar que Fazzalari³ já aludia a um campo do Direito Processual geral que é, segundo o emérito processualista, obviamente mais amplo que o estudo dos processos jurisdicionais civis. Esses outros processos, na visão de Fazzalari⁴, “[...] podem e [...] devem ser adotados como parte geral do nosso ensinamento [...] sobretudo porque é preciso não deixar perder de vista [...] a unidade do ordenamento”. Apesar de os processos jurisdicionais (em particular os processos civis) serem os arquétipos do “processo”, o autor dizia que esquemas processuais podem realizar atividades diversas daquela jurisdicional. Novamente cabe o socorro a Fazzalari:⁵

“Come avvertito in principio, occorre anche far cenno dei processi attraverso i quali si realizzano altre funzioni fondamentali dello Stato, e che mettono capo a provvedimenti di organi statuali diversi dal giudice: ci riferiamo ai processi legislativi ed a quelli amministrativi”.

No caso dos “processos administrativos”, esses podem existir a partir da própria Administração, como parcela de atos de controle administrativo, visando exercitar os próprios provimentos da entidade estatal. Fazzalari⁶ denomina, como processualista que é, a posição da Administração, nesses casos, como sendo ativa, “[...] isto é, a fim de providenciar, pela primeira

³ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Campinas: Bookseller, 2006.

⁴ FAZZALARI, 2006, p. 105.

⁵ FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994. p. 613. “Como advertido, no início, é preciso também fazer menção aos processos através dos quais são realizadas as outras funções básicas do Estado, e que as medidas são provimentos de órgãos do Estado que não o juiz: estamos a nos referir a processos legislativos e àqueles administrativos” (Tradução nossa).

⁶ FAZZALARI, 2006, p. 711.



vez, a proteção de um interesse confiado à Administração Pública [...]”. Cabe distinguir, na visão do multi-citado Processualista, aqueles casos de processos administrativos movidos pelos cidadãos que se considerem ilegitimamente lesados por atos da Administração.⁷ Há que se falar em contraditório, em recursos e em direito de defesa. Como exemplo da “posição ativa” da Administração, Fazzalari⁸ traz-nos o caso de “concessões” em que a deflagração do processo ocorre a partir da Administração. Nos demais casos, os exemplos são abundantes, como as defesas em multas e autuações fiscais de toda espécie.

Portanto, nada de anormal, ainda que seja um tema de pouco aprofundamento, a aproximação das regras gerais de processo civil àqueles processos denominados de “administrativos”.

3. Órgãos de julgamento administrativo e a devida atenção à fundamentação de decisões.

Os órgãos públicos ocupados de atuação em processos administrativos devem estar atentos ao Novo CPC. Vamos além: mesmo os órgãos praticantes de atos administrativos capazes de deflagrar um processo administrativo devem se amoldar ao novo CPC.

Pode parecer estranho, mas nada além de um singelíssimo exemplo nos trará a confirmação das assertivas anteriores. Vejamos o caso das decisões de processos administrativos que, não raramente, se socorrem de fórmulas simplistas, de uso de “Cláusulas abertas” ou “conceitos indeterminados”. O uso de fundamentos ao estilo “feriu o interesse público”, é de uma vazies impressionante, quando não se identifica claramente qual o interesse violado e como se deu tal violação *in concreto*; todavia, fórmulas semânticas dessa espécie são repetidas aos borbotões. Não passam de uma busca deveras comum de violação de direito de defesa, pois permite uma decisão genérica, desfocada do caso concreto. Muitas decisões não passam de simplória repetição de texto de outras decisões, ou referências esparsas a “Princípios” sem a menor identificação dos elementos específicos da situação sob julgamento.

⁷ FAZZALARI, 2006, p. 712.

⁸ FAZZALARI, 2006, p. 725.



Salutar recordar que a técnica dos *conceitos indeterminados* não fora empregada, em seu nascimento, para ampliar poderes da administração mas para controle judicial da noção de discricionariedade. O Prof. Cassagne, emérito jurista da Universidade de Buenos Aires, refere que “[l]a técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que se se afirma en la Alemania de la posguerra, viene a limitar la doctrina de la discricionalidad, como ámbito exento del control judicial”.⁹ Ao contrário da tradição administrativa brasileira, que usa dos *conceitos indeterminados* como forma de decidir administrativamente com maior discricção, a técnica em sua gênese tendia a “permitir el juzgamiento pleno de ciertas decisiones administrativas que consistían en aplicar conceptos definidos genericamente por el ordenamento positivo tales como “oferta más conveniente”, “enfermedad contagiosa, etcétera.”¹⁰

Ocorre que o novo CPC traz dispositivo específico sobre o dever de fundamentação das sentenças. Para estar fundamentada uma decisão judicial não pode:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar 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 limitar 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.”

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo. Tomi I. 7ª ed. Buenos Aires; Abeledo Perrot. 2002, p. 236.

¹⁰ CASSAGNE, 2002, p. 236.



Parece-nos uma regra geral, capaz de trazer reflexos não apenas no Processo Judicial, mas igualmente no Processo Administrativo. Inclusive, não é demasiado referir, talvez o Processo Administrativo seja o que mais necessite de avanços democráticos ainda no país, sendo tal regra extremamente benfazeja.

Olhando a Lei de Processo Administrativo — L. 9784 — em nenhum momento se verifica alguma regra específica que possa conflitar com as regras gerais acima transcritas que se encontram no novo CPC. Há o dever de motivação (art. 2º, *caput*); a exigência de referência dos elementos probatórios na motivação (art. 38, §1º); a exigência de motivação (art. 50); devendo ser explícita, clara e congruente (art. 50, §1º); e podem ser usadas reproduções de fundamentos em casos reiterados, desde que não se prejudique direito ou garantias das partes (art. 5º, §2º).

Por essa razão, não existe impedimento a uma aplicação subsidiária ou supletiva das regras de fundamentação de decisões.

3.1. Para além do processo administrativo. O reflexo na própria produção dos atos administrativos.

É possível investigar ainda mais longe, a respeito de hipotéticos reflexos do novo CPC — ainda que indiretos — na própria fase de produção dos Atos Administrativos. Afinal, os julgamentos futuros destes atos administrativos — seja em processo judicial ou administrativo — dependerão essencialmente da motivação esposada pelo agente público produtor do ato original. Vejamos que o ato administrativo estará vinculado, para efeito de sua validade, à motivação dada pelo agente. Não se opera, no caso, o *naha mihi factum, dabo tibi ius*. O julgador não poderá inovar em motivos.

A vinculação do ato administrativo à motivação primeva que lhe fora deferida em sua produção, pelo agente do Estado competente, tem regra própria — ou princípio próprio —, qual seja, o Princípio da Vinculação da Validade do Ato à sua Motivação, também conhecido como Teoria dos Motivos Determinantes. Sobre o tema Justen Filho esclarece que a “teoria dos



motivos determinantes estabelece que o agente administrativo se vincula à motivação adotada, de modo que se presume que o motivo indicado foi o único a justificar a decisão adota”.¹¹ Refere Justen Filho uma questão que aparentemente infirma a pretensão deste texto:

“Essa teoria deve ser reputada como ultrapassada, não se prestando mais ao controle da validade dos atos administrativo. [...]

Pode evidenciar-se a existência de motivos ocultos ou disfarçados. Mas não há impedimento a que a Administração Pública evidencie, posteriormente, que o ato se fundou em outros motivos, que justificavam adequadamente a decisão adotada. A equivocada indicação do motivo é uma falha, mas o grave reside na ausência de atuação ordenada a satisfazer as necessidades coletivas, com observância de um procedimento democrático.”¹²

Pois bem, a parte final é esclarecedora, quando exige a “observância de um procedimento democrático”. Neste sentido a lição de Justen Filho deve ser lida de forma a se enquadrar na exigência de um procedimento democrático, signo que o próprio autor inseriu em seu texto. Neste proceder, a *teoria dos motivos determinantes* continua em plena aplicação. A extensão é que é mitigada. Explicamos:

a) O motivo dado para a prática do ato administrativo, ainda vincula a validade do ato;

b) Se o motivo dado for considerado inexistente (p.ex.) o ato está nulo;

c) Todavia, se o julgador detectar *um hipotético novo motivo*, não poderá substituir o agente original, devendo:

c.1.) decretar a nulidade do ato, cujo motivo vinculante fora considerado inexistente; e

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 264.

¹² JUSTEN FILHO, 2005, p. 264.



c.2.) baixar os autos ao agente original para, investigando o *hipotético novo motivo*, analisar a prática de ato administrativo novo, capaz, como refere Justen Filho, de “satisfazer as necessidades coletivas, com observância de um procedimento democrático.”

d) Cabendo ao agente original a prática de ato novo, se verificar *in concreto* a ocorrência do *hipotético novo motivo* apontado na decisão administrativa que julgou o ato original, abrir-se-á ao administrado a possibilidade de ampla defesa e contraditório na forma da respectiva Lei de Processo Administrativo.

Se o *futuro julgador* pudesse mudar a motivação ou aderir motivos novos, seria o mesmo que violar direito de defesa na fase administrativa. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou em sentido semelhante:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIADO POLÍTICO. PARCELAS RETROATIVAS. PAGAMENTO. OMISSÃO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO WRIT. MATÉRIA PREJUDICADA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MODIFICAÇÃO A POSTERIORI DA MOTIVAÇÃO DO ATO OMISSIVO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[...]

3. "Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos" (AgRg no REsp 670.453/RJ, Rel. Min. CELSO LIMONGI, Des. Conv. do TJSP, Sexta Turma, DJe 8/3/10).

[...]



5. Afastado o único motivo apontado pela Administração Pública para se recusar a cumprir in totum a Portaria/MJ 1.445, de 1º/8/05, mostra-se inviável o exame de um segundo motivo determinante deduzido apenas nas informações prestadas pela Autoridade Impetrada - ausência de disponibilidade orçamentária específica - sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Isso porque tal motivo não foi deduzido pela Administração no ofício anteriormente encaminhado aos Impetrantes, de sorte que estes não tinham interesse em produzir qualquer espécie de prova pré-constituída sobre esse novo fundamento, o que não poderia ser realizado após a apresentação das informações, tendo em vista a impossibilidade de dilação probatória.”¹³

Do exposto, cabe conjecturar que, pela impossibilidade de supressão da fase do processo administrativo descaberia a aplicação, por analogia ou mesmo supletivamente do seguinte dispositivo do novo CPC:

“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 deva decidir de ofício.”

Afinal, mesmo que o Juiz ou a Autoridade de decisão administrativa queiram “dar à parte a oportunidade de se manifestar”, ter-se-ia a supressão das fases iniciais do processo administrativo onde, por exemplo, caberia a produção de provas, e outras situações peculiares à defesa e ao contraditório.

¹³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. MS 19.374/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 02/10/2013.



4. Conclusões

Com o Novo CPC trazendo regras claras e objetivas sobre a forma de fundamentação das decisões, provavelmente a questão do processo administrativo — e da própria produção dos atos administrativos — poderá sofrer impactos. Especialmente para que recebam sopros mais democráticos. Por fim, é de se aguardar que os órgãos públicos se adequem à nova realidade, também em seus processos administrativos.

Não apenas com relação à fundamentação das decisões, mas em todas as situações nas quais a legislação processual civil possa trazer efeitos subsidiários ao processo administrativo. Muito particularmente na questão do melhor estudo das chamadas *cautelares nos processos administrativos*, tema ainda pouco objeto de publicações no Brasil

Referências

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo I. 7ª ed. Buenos Aires; Abeledo Perrot. 2002.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 264.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. VIII. Acessível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/HansKelsenTeoria.pdf