



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.8 – N°1 – jan./apr. 2017



Summary

Vol.8 – N°1 – jan./apr. 2017

A MEDIAÇÃO NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (MEDIATION IN THE PERSPECTIVE OF LAW & ECONOMICS)

LEONARDO LINDROTH DE PAIVA p.3

CONTENTIOUS CIVIL PROCEDURE CONCERNING EXPROPRIATION IN KOSOVO

RRUSTEM QEHAJA p.27

NOTAS SOBRE AS DECISÕES ESTRUTURANTES (NOTES ABOUT STRUCTURAL INJUNCTIONS)

FREDIE DIDIER JR., HERMES ZANETI JR. AND RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA p.46

TAKING JUSTICE SERIOUSLY: THE PROBLEM OF COURTS OVERLOAD AND THE NEW MODEL OF JUDICIAL PROCESS

ALESSANDRO MARTINUZZI p.65

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA NA ÓPTICA DO INTERESSE PROCESSUAL (RELEVANT ASPECTS OF THE PRECLUSION TO ALTER THE CLAIM IN LIGHT OF STANDING TO SUE REQUIREMENTS)

FERNANDA VOGT p.107

L'IDENTIFICATION CONSTITUTIONNELLE DE L'ETAT CAMEROUNAIS AU REGARD DE L'ARTICLE PREMIER DE LA CONSTITUTION REVISEE DU 18 JANVIER 1996 (THE CONSTITUTIONAL IDENTIFICATION OF THE CAMEROON STATE IN LIGHT OF ARTICLE 1 OF THE CONSTITUTION, ALTERED IN JANUARY 18TH 1996)

SAMUEL THÉOPHILE BATOUM-BA-NGOUE p.137



A Mediação na Perspectiva da Análise Econômica do Direito

(Mediation in the Perspective of Law & Economics)

Leonardo Lindroth de Paiva

Master's degree from the Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brazil.

Abstract: The Brazilian law is experiencing a moment of unjudicialization of conflicts. The reasons why the stampede of the controversial issues of the courts are numerous and plausible. By the presented article, is sought an alternative to litigation the Mediation procedure, making use, to this end, the perspective of Law & Economics to demonstrate the feasibility of the institute, in a necessary modification of the litigant mentality of the Brazilian population. We present therefore as an advantage the economy of effective financial amount as well as time and uncertainties, removing of the Judge the need to impose a decision and so that those involved in trouble themselves can find a better solution, friendly, fair and economical.

Resumo: O Direito brasileiro vive um momento de desjudicialização dos conflitos. Os motivos que levam a debandada das questões controversas dos Tribunais são inúmeros e plausíveis. Pelo artigo que se apresenta, busca-se como alternativa às demandas judiciais o procedimento da Mediação, valendo-se, para tanto, da ótica da Análise Econômica do Direito para demonstrar a viabilidade do instituto, numa necessária modificação da mentalidade litigante da população brasileira. Apresentam-se, portanto, como vantagem a economia de efetivo montante financeiro, bem como de tempo e incerteza, retirando do Estado-juiz a necessidade de impor uma decisão e de modo que os próprios envolvidos no problema encontrem uma melhor solução, amigável, justa e econômica.



Keywords: Alternative Dispute Resolution; Unjudicialization; Mediation; Law & Economics; Transaction Costs.

Palavras-Chave: Autocomposição; Desjudicialização; Mediação; Análise Econômica do Direito; Custos de Transação.

Summary: Introduction. 1. Mediation. 1.1 Definition. 1.2 The difference between mediation and conciliation. Objectives , Principles and Steps. 1.4 Mediation Law and the New Code of Civil Procedure. 2. Mediation from the perspective of Law & Economics. 2.1 Transaction costs and mediation. Conclusion. References.

Sumário: Introdução. 1. Mediação. 1.1. Conceito. 1.2. A diferença entre mediação e conciliação. 1.3. Objetivos, Princípios e Etapas 1.4 A Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil. 2. A Mediação sob a ótica da Análise Econômica do Direito 2.1 Custos de Transação e a Mediação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a abordar a Mediação como alternativa ao método convencional de solução de conflitos, qual seja a propositura de demandas judiciais nas quais as partes submetem o litígio ao Estado-Juiz para que este imponha uma decisão final sobre a questão, sem que seja efetivamente oportunizada tentativa de estabelecimento de um diálogo para que as partes por si próprias cheguem à solução da controvérsia.

Cumprirá verificar como ocorre a Mediação, quais são seus princípios basilares, a influência doutrinária sobre o instituto, bem como abordar-se-ão as novas Leis, publicadas no ano de 2015, que conferem uma importância para a Mediação dentro do sistema jurídico nacional e que, após muito tempo sem a positivação da suas premissas, estipula que, junto com



demais meios alternativos de solução de conflitos, seja sempre buscada pelos operadores do Direito.

Salutar será correlacionar a Mediação com a Análise Econômica do Direito, a fim de se demonstrar a viabilidade econômica do procedimento da Mediação em contraponto ao processo judicial, abordando os custos de transação que envolvem os diferentes meios de solução de controvérsias e, por fim, demonstrando-se a supremacia da Mediação sobre a submissão do litígio ao Estado-Juiz, em todos os aspectos em que é possível a aplicação do procedimento autocompositivo.

1 MEDIAÇÃO

A mediação de conflitos é um instituto antiquíssimo, uma vez que é uma das maneiras mais racionais de se pensar a solução de uma controvérsia. É claro que nos primórdios não se tinha tanta informação e métodos para se alcançar o fim desejado. No entanto, a utilização de uma pessoa imparcial como mediadora num embate entre duas ou mais pessoas é algo que inclusive realizamos no dia-a-dia, em situações simples do cotidiano em que há divergência de ideias.

Pode-se dizer com segurança que muitas pessoas já aceitaram participar de uma mediação e efetivamente participaram, sem sequer saber disso. O próprio mediador pode não saber que estava fazendo parte de uma sessão de mediação e ainda que não tivesse os instrumentos e métodos adequados, teve a oportunidade de auxiliar na resolução do impasse que lhe foi apresentado. Posto isso, cumpre expor o conceito da mediação, sua diferença da conciliação e seus objetivos, princípios e etapas.



1.1 CONCEITO

A mediação consiste num meio consensual de solução de conflitos, pela qual as partes envolvidas terão a chance de dialogar, assistidas por uma pessoa imparcial e sem poder de decisão, chamada de mediador, com o fito de chegarem a um objetivo em comum que coloque fim ao impasse. Trata-se de um processo voluntário e confidencial, que apenas poderá ser realizado se os envolvidos quiserem dar início e prosseguimento às sessões.

BREITMAN e PORTO assim definem: “A mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução dos impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis”.¹

Em consonância, CACHAPUZ entende ser a mediação um meio extrajudicial de solucionar conflitos, por meio da condução de um terceiro, que auxilie os envolvidos a solucionar ou acordar a questão.²

É importante frisar que o mediador não opina quanto ao mérito da questão e tampouco tem poder decisório. A mediação é pautada na liberalidade dos envolvidos em resolver o impasse da maneira que melhor lhes aprouver e tem no mediador apenas um interlocutor, ou uma pessoa devidamente treinada para facilitar o diálogo e auxiliar os envolvidos a, por si, chegar em uma solução.

SALES e ALENCAR dissertam que “A mediação é um procedimento consensual de resolução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial, escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução dos problemas. As pessoas

¹ BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p 46.

² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p 29.



envolvidas no conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de litígios utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo”.³

BITTENCOURT assevera que a solução obtida por meio de mediação é inteligente, pois o acordo amigável torna ambas as partes vencedoras e não uma vencedora e outra perdedora, como visto em processos judiciais, por exemplo. A mediação, inclusive, visa reestabelecer laços apagados pelo conflito, a fim de que se dê continuidade ao relacionamento interpessoal.⁴

Diferente de uma decisão judicial, na qual o Estado-Juiz determina aos litigantes o que deve ser feito e quem está certo ou errado, a mediação é uma oportunidade aos conflitantes para que resolvam os problemas por si próprios, de modo a terem uma liberalidade para colocar fim ao dilema e ainda possibilita uma reaproximação entre os envolvidos. De acordo com BARBOSA, “a definição de mediação também se enquadra como espaço de criatividade pessoal e social, um acesso à cidadania. A mediação encontra-se num plano que aproxima, sem confundir, e distingue, sem separar”⁵.

Roberto Portugal BACELLAR tange que a mediação é um processo transdisciplinar que busca oportunizar soluções criativas e ganhos mútuos a fim de solucionar o impasse⁶.

Importa frisar que a mediação, para ocorrer da maneira correta, deve ser aceita por ambas as partes. É por isso que se diz que a mediação é um processo voluntário. Os conflitantes devem ter interesse em tentar dialogar para que seja encaminhada uma solução. Da mesma forma, durante o procedimento da mediação, as partes devem querer continuar a realizar as

³ SALLES, L. M. M.; ALENCAR, E. C. O. *Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública*. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 5454-5468.

⁴ BITTENCOURT, B. da Rosa. Mediação: uma alternativa para a resolução de conflitos no direito de família. *Revista Jurídica da UniFil*. Londrina/PR, ano V, n. 5, p. 140-150, 2008.

⁵ BARBOSA, Águida A. Relação de Respeito. *Boletim IBDFAM*, n. 38, ano 6, p. 7, maio-jun. 2006.

⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87. (Saberes do Direito, v. 53).



sessões, que devem ser interrompidas se uma das partes não mais mostrar interesse na realização da mediação e na resolução do impasse.

A mediação tem por característica, também, o sigilo. Ao contrário do processo judicial em que a regra é a publicidade, as sessões de mediação são sigilosas e não há qualquer possibilidade de um terceiro alheio ao assunto ter conhecimento sobre o conteúdo ou até mesmo sobre a ocorrência da mediação.

1.2 A DIFERENÇA ENTRE A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

O procedimento da mediação é muitas vezes confundido com o da conciliação. Entretanto, apesar de ambos serem meios consensuais de resolução de conflitos e, muitas vezes, na prática buscarem fins semelhantes (a solução pacífica da questão), há consideráveis diferenças nos procedimentos adotados em cada um dos métodos.

A conciliação já é prevista desde a Constituição Imperial Brasileira, que exigia “que fosse tentada antes de todo o processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa”⁷ e existe expressamente no atual Código de Processo Civil desde o ano de 1973, quando de sua promulgação, expressa nos artigos 447 a 449, ainda que de maneira discreta. Ganhou força em 1994, quando a Lei 8.952/1994 adicionou o inciso IV no artigo 125, prevendo que o juiz deverá “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”, bem como alterou o *caput* do artigo 331 do referido diploma legal, para constar que se a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação⁸ a fim de tentar fazer com que as partes cheguem a uma solução pacífica.

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 33.

⁸ Art. 331. “Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e



Ademais, ratificando a importância dada à conciliação no início dos anos noventa, em 1995 a Lei dos Juizados Especiais foi publicada, com a adequação de um processo mais simples e informal no Judiciário, com destaque à parte conciliatória, sem a qual não se passa ao julgamento do mérito pelo juiz estatal, conforme positivado em seus artigos 21 a 26.

Distinta atenção foi dada à mediação. Até o início do presente trabalho, não havia nenhuma Lei que regulamentasse a Mediação, porém, durante o seu desenvolvimento, duas excelentes notícias surgiram: primeiramente a publicação no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e, por conseguinte, a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), cuja atenção será dada em tópico específico. Todavia, isso demonstra o quão tardiamente foi dada atenção ao instituto da Mediação, que passou longos anos sem qualquer preocupação estatal.

A definição e diferenciação entre a mediação e a conciliação pode ser problemática, principalmente internacionalmente. Zoraide Amaral de SOUZA alerta serem possíveis contradições na conceituação dos institutos⁹.

No entanto, tendo em vista que o presente estudo tem por fim precípuo a mediação, cumpre fazer uma breve distinção, nos termos da doutrina majoritária. As duas diferenças mais nítidas, portanto, são a duração e a forma de condução pelo conciliador ou mediador. Em regra, a mediação é composta por mais de uma sessão, sendo que cada sessão pode chegar a duas horas de duração, ao passo que a conciliação, em regra, é realizada já dentro de um processo judicial, em audiências que habitualmente são marcadas com prazo de duração máximo de quinze a trinta minutos. É claro que em muitos casos pode-se prolongar a audiência de conciliação (ou a tentativa de conciliação em uma audiência de instrução e julgamento, por exemplo), porém é raro, na prática, o ato de tentativa conciliação que dure mais de uma hora.

Quanto à forma de condução, o conciliador, em regra, é mais incisivo e participa mais quanto ao mérito da questão, podendo opinar, sugerir e até mesmo oferecer às partes uma

julgamento, se necessário". (Cf. BRASIL. Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm> Acesso em 24/02/2015).

⁹ SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem-conciliação-mediação nos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 24.



proposta de acordo. Na prática, o ato que visa a conciliação é desempenhado por apenas uma pessoa, comumente um bacharel em direito. De maneira diversa, como visto no tópico antecedente, o mediador não pode sugerir, opinar ou agir com qualquer tipo de parcialidade. Seu papel é meramente de auxiliar o diálogo entre as partes, por meio de diversas técnicas constantes nos manuais de mediação. A equipe de mediadores deve ser multidisciplinar e sugere-se que a mediação seja conduzida por mais de um mediador. Não só bacharéis em direito, mas psicólogos e assistentes sociais são muito importantes para o deslinde de uma boa mediação¹⁰.

Outra diferença fundamental entre a conciliação e a mediação é a sua finalidade. A conciliação visa, a todo custo, a obtenção de um acordo para colocar fim ao impasse. Já na mediação o acordo é uma consequência benéfica, mas a sua finalidade é de colocar as partes em comunicação e reestabelecer vínculos pessoais¹¹.

Roberto Portugal BACELLAR, entende que a conciliação somente pode ocorrer durante o trâmite de uma demanda processual, entendendo-a como “um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial”.¹²

Ora, na visão de BACELLAR, a conciliação tem por fim a obtenção de um acordo que coloque fim ao processo judicial, por meio de um resultado autocompositivo.

Petrônio CALMON entende ser a conciliação uma atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a chegarem, consensualmente, a um objetivo comum

¹⁰ BACELLAR, p. 91-92.

¹¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 34.

¹² BACELLAR, p. 66.



sobre o objeto versado na lide, por meio do estímulo de um conciliador, o qual opina sobre a solução que entende justa e propõe termos para o final do conflito¹³.

Portanto, a conciliação e a mediação são formas de se obter a resolução de uma lide de maneira autocompositiva, ou seja, os próprios envolvidos chegam a uma solução pacífica, sem a necessidade de um terceiro que imponha uma decisão. No entanto, algumas peculiaridades diferenciam as duas formas de solução alternativa de conflitos.

Como já abrangido, a conciliação apenas é possível sobre uma causa já objeto de processo judicial. O Judiciário brasileiro vem criando centros específicos que objetivam apenas a conciliação. Portanto, se trata de um fenômeno endoprocessual, seguindo suas sessões o princípio da publicidade processual, com suas ressalvas legais.

Em contrapartida, a mediação pode se dar tanto no curso de um processo, como extrajudicialmente, sendo esta chamada de mediação pré-processual. Seu processamento se dá de maneira sigilosa, podendo ocorrer fora do ambiente do Judiciário. A mediação pode ocorrer em várias sessões, haja vista a disponibilidade maior de tempo que lhe é conferida¹⁴, conforme já mencionado acima.

Diante do exposto, BACELLAR assevera que a escolha entre a conciliação e a mediação pode ocorrer com base no caso concreto a se analisar, em decorrência do modo de condução de cada procedimento. Nos casos em que os envolvidos não se conhecem (não possuem uma relação), mas apenas tiveram vínculo por conta de um incidente, como num acidente de trânsito, recomenda-se a conciliação¹⁵, posto que não há laços emocionais e o único intuito é

¹³ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 141-144.

¹⁴ BACELLAR, p. 91-92.

¹⁵ “A conciliação não requer relacionamento significativo no passado ou contínuo entre as partes no futuro, que preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial: aplica-se ao caso de acidente de veículos e relações de consumo em que as partes não possuem vínculos afetivos, profissionais ou sociais e não irão conviver após aquele ato, somente necessitando de um terceiro que as ajude a refletir qual seria a melhor solução para a controvérsia, evitando os desgastes de uma batalha judicial. O objetivo maior da conciliação seria a composição das partes para pôr fim à demanda, quer judicial, quer extrajudicial”. Cf. BRAGA NETO, Adolfo. Reflexões sobre a Conciliação e a Mediação de Conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 489-492, *apud* GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário*:



de se resolver o impasse. Já nos casos em que há prévio relacionamento, seja ele familiar, de amizade, vizinhança, relações de trabalho ou comerciais, é recomendada a mediação, posto que sua condução visa o reestabelecimento e preservação da relação¹⁶ e permite aos envolvidos o diálogo assistido, de modo que eventual acordo seria uma consequência de um procedimento exitoso de mediação, mas não o seu fim prioritário. É o que assevera, também, WATANABE: “Se as partes não forem pacificadas, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, isto é, se a técnica não for a de pacificação dos conflitantes, e sim a da solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao Tribunal outras vezes. Então, existe diferença no tratamento de conflitos entre duas pessoas em contato permanente e entre aquelas que não se conhecem. Numa batida de carro numa esquina qualquer, por exemplo, o problema, muitas vezes, resolve-se no pagamento de uma indenização; nessa hipótese, a solução do conflito resolve o problema, mas em outras nas quais as partes necessitem de uma convivência futura, continuada, há necessidade muito mais de pacificação do que de solução de conflito”.¹⁷

Realizada a diferenciação entre a Mediação e a Conciliação, tendo em vista que a primeira é o objetivo do presente estudo, importante estudar seus objetivos, princípios e etapas.

1.3 OBJETIVOS, PRINCÍPIOS E ETAPAS

Martha Eugenia Lezcano MIRANDA discorre que “Al hablar de mediación, es necesario reconocer que cada persona tiene diferencias, así como necesidades, actitudes y valores, el hecho de reconocer esas diferencias en un marco de respeto, permite humanizar el conflicto”.¹⁸

Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. 273 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. 2011.

¹⁶ BACELLAR, p. 231.

¹⁷ WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação (2002). *Seminário Mediação: Um projeto inovador*, Brasília, v. 22, p. 46, 2002.

¹⁸ MIRANDA, Martha E. Lezcano. *La Justicia de Todos: Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2011. p. 86.



O objetivo precípua da mediação, portanto, é a humanização do conflito, a inserção de ambos envolvidos em um patamar de igualdade, que lhes permita dialogar a fim de reestabelecer o vínculo de sua relação. Como visto no tópico anterior, o objetivo da mediação difere do objetivo da conciliação, na qual é visado o acordo a qualquer custo, mesmo que não seja justo para um das partes – assim é observado na prática.

A finalidade, entretanto, não é o acordo, porém alcançado o objetivo da mediação, o acordo acaba ocorrendo de maneira natural. Novamente de acordo com os ensinamentos de MIRANDA, objetiva-se a comunicação com a finalidade de se identificar um conflito, o respeito entre os envolvidos e a solução da disputa de maneira mais célere, justa e eficaz¹⁹.

De acordo com José Osmir FIORELLI, Maria Rosa FIORELLI e MALHADAS JUNIOR, objetiva-se a satisfação das partes e a promoção do autoconhecimento com crescimento cognitivo dos participantes, entendido este, pelos autores, como o objetivo maior da mediação, a fim de que eles aprendam como o procedimento a gerir futuros conflitos²⁰.

Em consonante entendimento, ACLAND disserta que o principal objetivo da mediação é “construir un proceso en el que las partes se eduquen sobre el conflicto e investigar las distintas opciones que tienen para resolverlo”²¹.

Conquanto aos princípios que regem a mediação, novamente utilizando dos ensinamentos de FIORELLI, FIORELLI e MALHADAS JUNIOR, os objetivos acima colacionados devem ser buscados com a observância de: a) caráter voluntário; b) poder dispositivo das partes; c) complementariedade do conhecimento; d) competência do mediador; e) diligência dos procedimentos; f) boa-fé e lealdade das práticas aplicadas; g) flexibilidade, clareza,

¹⁹ *Ibidem*, p. 87-88.

²⁰ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos J. Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 61-62.

²¹ ACLAND, A. F. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 192.



concisão e simplicidade na linguagem e nos procedimentos; h) oferecimento de segurança; i) confidencialidade do procedimento²².

Importante ressaltar os princípios da oralidade, da visão positiva do conflito e da cooperação existentes na mediação, como resalta SALES: “A solução de conflitos, por meio da facilitação do diálogo, configura-se no objetivo mais evidente da mediação. O diálogo, que é o caminho a ser seguido para se alcançar essa solução, deve ter como fundamentos a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação. Nessa perspectiva pode-se asseverar, inclusive, que, ao conseguir facilitar um diálogo, já se pode considerar uma mediação exitosa, mesmo que no momento imediato do diálogo as partes não cheguem a uma solução.”²³

Susana BRUNO adota os ensinamentos de SERPA e CALMON para discorrer acerca dos princípios amplamente aceitos pela doutrina, sendo eles: voluntariedade dos disputantes, não adversariedade, presença de terceiro interventor, neutralidade e imparcialidade da intervenção, autoridade das partes, flexibilidade no processo, informalidade no processo, consensualidade da resolução, confidencialidade e independência²⁴.

São muitos os princípios que norteiam a mediação e não há pacifismo doutrinário sobre o tema. Contudo, alguns princípios são primordiais e diferenciam a mediação dos demais meios autocompositivos e principalmente das demandas judiciais. São eles a imparcialidade do mediador, a confidencialidade, a autonomia da vontade das partes, a cooperação entre as partes e a voluntariedade. Se algum dos princípios elencados forem desrespeitados, ter-se-á uma mediação eivada de vícios, razão pela qual seu objetivo principal não foi cumprido e seu resultado pode não ser o esperado.

²² FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 61.

²³ SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 34-35.

²⁴ BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 152-155.



Os princípios da mediação até o advento da Lei 13.140/2015 não eram taxativos, porém o artigo segundo da norma legal dispõe ser a mediação norteada pelos seguintes princípios: “I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé”²⁵. Conquanto ao procedimento a ser desenvolvido nas sessões, SERPA entende que Um processo de mediação não está submetido a nenhuma norma de direito substantivo ou processual. Todas as normas emergidas têm um caráter privado, não se vinculam a nenhum sistema jurídico. As regras de procedimento emergem baseadas no princípio da autoridade das partes e as decisões pautadas sobre as mesmas não se constituem de objeto de cobrança ou execução”²⁶.

Susana BRUNO assevera que “alguns princípios já sedimentados no mundo jurídico também compõem o rol de princípios que norteiam a mediação, tais como: a boa-fé, a celeridade e a equidade”²⁷.

Em relação às etapas da mediação, FIORELLI, FIORELLI e MALHADAS JUNIOR classificam o processo de mediação em cinco partes: a) atendimento; b) pré-mediação; c) mediação propriamente dita; d) encerramento; e e) acompanhamento dos resultados²⁸.

No atendimento, verifica-se a intenção da parte solicitante e expede-se a chamada carta-convite ao outro conflitante²⁹. O êxito em tal fase só ocorre com a aceitação do convite, caracterizando a voluntariedade das partes. Exitosa essa fase, passa-se à pré-mediação, momento em que avalia-se a hipótese da realização da mediação, esclarece-se às partes acerca

²⁵ Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 15/07/2015.

²⁶ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1999. p. 122.

²⁷ BRUNO, p. 156.

²⁸ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 76.

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. *Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania*. Disponível em: <www.tjce.jur.br/paginas_banners/npmcsc.asp> Acesso em 27/02/2015.



do funcionamento da mediação e seus objetivos, se for o caso, escolhe-se o mediador e agenda-se a primeira sessão³⁰.

Christopher W. MOORE identifica que a sessão de mediação se inicia com a abertura das negociações entre as partes, o estabelecimento de tom aberto e positivo, o estabelecimento de regras básicas e diretrizes comportamentais, o auxílio às partes para que expressem suas emoções, a delimitação das questões a serem discutidas e a exploração dos pontos relevantes a serem debatidos. Ato contínuo, entende ser necessária a definição das questões e o estabelecimento de uma agenda. Após, revelam-se os interesses ocultos das partes e inicia-se a fase de negociação, chamada por MOORE de opções para o Acordo, debatendo as possibilidades de solução do problema. A penúltima fase é por ele chamada de “barganha final”, quando se delimitam os últimos termos a serem acordados e por fim, formaliza-se o acordo final, criando um mecanismo de imposição e compromisso³¹.

Na cartilha desenvolvida pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos, cuida-se para que a pré-mediação seja realizada com cada participante em separado. Nessa etapa, os mediadores se apresentarão, questionarão o participante como ele espera que o mediador auxilie na solução do impasse, são combinadas as regras do processo de mediação e estipulado o local, data e horários da sessão. Como segunda etapa, a sessão de mediação será iniciada com a reiteração das regras, na cartilha dispostas como a tentativa de solucionar o problema pacificamente, a não ofensa entre as partes, o respeito do momento que cada parte terá para falar e a lembrança de que a mediação é um procedimento sigiloso.

A primeira parte da mediação propriamente dita é classificada como “escuta ativa”, sendo papel do mediador criar um ambiente que deixem os envolvidos à vontade para falar, sem interrupções. Se necessárias, algumas técnicas já podem ser utilizadas a fim de manter o diálogo o mais harmonioso possível.

³⁰ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 76-77.

³¹ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 66-67.



Após a escuta ativa, cabe ao mediador buscar maneiras criativas a fim de estimular os envolvidos a encontrar soluções. Esta fase pode tomar muito tempo e exigir diversas técnicas do mediador, podendo inclusive ser suspensa a sessão naquele dia e remarcada para data posterior.

Encontradas soluções, mesmo que parciais, passa-se a fase de firmar compromissos. É muito importante que as soluções sejam repetidas pelo mediador. O eventual acordo será redigido nos termos entabulados pelas partes e, com isso, obteve-se o final do procedimento³².

A melhor definição das etapas da mediação é encontrada na obra de Juan Carlos VEZZULLA, que entende que a primeira etapa da mediação é apresentação do mediador e das regras da mediação, expondo que “É fundamental que a apresentação seja breve e clara, pois os clientes estão ansiosos por começar a falar de seus problemas. (...) Outros dois conceitos fundamentais a serem incluídos na abertura são: o mútuo respeito, falar com sinceridade e escutar com atenção e a igualdade de oportunidades”.³³

A segunda etapa seria a exposição dos problemas pelos participantes, cada um ao seu turno e com a mesma disponibilidade de tempo. As reações emocionais, postura e qualquer outro detalhe deve ser observado pelo mediador. Como terceira etapa, após as manifestações de ambas as partes, o mediador resumirá o que escutou e solicita a confirmação dos participantes, unindo ambas as versões em apenas uma, a fim de reunir as concordâncias, frisando os pontos positivos do relacionamento até o desentendimento.

Na quarta etapa, o mediador deve aprofundar na descoberta de interesses ainda ocultos, ainda que seja necessária a realização de sessões individuais, o que é plenamente possível, respeitada a igualdade de tempo proporcionada a ambas as partes. A quinta etapa desenvolve-se com o estímulo de ideias para a solução do impasse, com a realização de acordos parciais, fomentando as criatividade das partes para encontrar um objetivo comum.

³² SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Mediação passo-a-passo*. Disponível em <<http://acdn.tigurl.org/images/resources/tool/docs/2371.pdf>> Acesso em 02/03/2015.

³³ VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: J. C., 1998. p. 69-70.



A sexta e última etapa proposta por VEZZULLA seria a do acordo final, que seria o aperto de mãos entre os envolvidos e a redação do termo a ser assinado por ambas as partes e pelo mediador³⁴.

Apesar de não ser o objetivo principal da mediação a consecução de um acordo, para os interesses do Poder Judiciário, bem como para a Análise Econômica do Direito, a realização do acordo é essencial, pois evitaria uma demanda judicial e já resolveria o litígio por decisão dos próprios litigantes. Assim, a grande maioria da doutrina, ainda que defenda que a mediação possa ser benéfica sem o acordo final, prevê como última fase da mediação a fase da realização do acordo.

1.4 A LEI DA MEDIAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com muita alegria, durante o desenvolvimento deste trabalho foi sancionada e publicada a Lei 13.140/2015, Lei da Mediação, que visa regulamentar o instituto e prever a sua aplicação com uma maior abrangência. Antes, já havia sido sancionado e publicado o Novo Código de Processo Civil (Lei 13/105/2015), que também confere atenção especial à mediação.

Tal fato dá ainda mais crédito para o objetivo buscado por este Artigo, uma vez que finalmente houve uma preocupação do Poder Legislativo em dar atenção à Mediação, num reconhecimento de sua eficácia, bem como das limitações estruturais do Poder Judiciário, que não consegue entregar a prestação jurisdicional a todos os casos de forma célere e eficaz.

Logo no parágrafo terceiro do artigo terceiro do NCPC, já há determinação expressa para que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem os meios alternativos de solução de conflitos, entre eles a Mediação.

Especificamente, os artigos 165 a 175 do NCPC abordam basicamente a necessidade de os Tribunais criarem centros de solução consensual de conflitos, a função de mediador e

³⁴ *Ibidem*. p. 68-80.



conciliador, a forma e os princípios a serem observados na Mediação, porém há clara concessão de liberdade quanto ao procedimento a ser adotado (art. 166, §4º), bem como da possibilidade da sua realização em âmbito privado (art. 175, §único), reforçando o afastamento do Poder Judiciário como impositor de decisões.

Conquanto à Lei da Mediação, não houve inovação ao que já era previsto pela doutrina majoritária, nos termos dos tópicos antecedentes. No entanto, houve uma positivação dos preceitos, bem como a ratificação do que já estava disposto no NCPC, como, por exemplo, a necessidade de os Tribunais criarem os centros de solução consensual dos conflitos e o estímulo a ser dado a tais meios.

Como visto, tanto a Lei da Mediação quanto o Novo Código de Processo Civil não buscam (e nem poderiam) uma intervenção sobre o procedimento da Mediação, haja vista os seus princípios basilares se fundarem na informalidade e autonomia da vontade das partes. Há, em verdade, a estipulação legal da função de mediador, bem como busca-se resguardar os seus princípios. E é justamente isso que faz com que a Mediação seja uma alternativa econômica para a solução de muitas das controvérsias hoje levadas ao Judiciário.

2 A MEDIAÇÃO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*) se mostra consonante com o instituto da Mediação, a qual tem por objetivo a solução de conflitos no direito privado em relações que envolvem bens jurídicos disponíveis, na manifesta utilização do princípio da autonomia privada.

A AED (ou, na sua expressão original L&E), como é chamada, tem por escopo abordar “os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas”³⁵. Visa-se,

³⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 67-68.



portanto, utilizar instrumentos do Direito de maneira economicamente eficaz, buscando-se a “maximização do bem-estar da comunidade”³⁶. Daí porque se pode abordar a Mediação na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

Nas palavras de ADRIGHETTO, ao analisar POSNER, “a análise econômica do Direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os seus efeitos na consecução de resultados eficientes. (...) o Direito influi no comportamento dos indivíduos; e (...) esta influência é de natureza econômica”.³⁷

Ainda que o escopo principal da Mediação não seja meramente econômico, mas sim o restabelecimento de vínculos e a obtenção de um resultado positivo ao conflito proposto, é certo que por ser um método consensual e até mesmo informal de solução de conflitos, o instituto é eficiente e menos custoso, o que ensejará na maximização do bem-estar da comunidade, haja vista que os conflitantes poderão, por si só e sem uma decisão suprema, colocar fim aos impasses levados às sessões.

Afirmam PIMENTA e BOGLIONE que “Outro campo desse interminável combate se dá no Direito Privado, em que as posições se inverteram, ou seja, economistas defendendo o respeito às leis e aos contratos e os juristas relativizando o conhecimento e a interpretação legal. Economistas buscam, com esse posicionamento, uma maior liberdade para a solução de conflitos, já que, no mundo moderno dos contratos em espécie, a incumbência de acordar transferiu-se do Estado para a autonomia da vontade entre as partes, que exteriorizam seus desejos por meio desse instituto. Como consequência, busca-se menos o auxílio do Poder Judiciário”.³⁸

³⁶ GONÇALVES, Oksandro. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito*. Curitiba: Gedai, 2014. p. 224-257.

³⁷ ADRIGHETTO, Aline. Análise econômica do direito e algumas contribuições. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan./jun. 2013.

³⁸ PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 59-83, out./dez. 2008.



A Mediação sob a ótica da Análise Econômica do Direito, entretanto, possui um viés voltado, principalmente, para a otimização da solução do conflito, trazendo ao caso a resolução plena, útil, eficaz, célere e, por conseguinte, econômica³⁹ da questão submetida. PIMENTA e BOGLIONE vão mais além e defendem que os juristas e economistas passam a trabalhar de maneira mais próxima, de modo que o “Direito e a Economia estão se tornando ciências cada vez mais homogêneas entre si”, diante de um afastamento do Estado na busca para a solução de questões contratuais⁴⁰.

O Direito visa regulamentar as relações interpessoais, especificamente no caso da Mediação, aquelas relações que podem ser tuteladas pelas próprias partes, por meio da autonomia da vontade, respeitando-se os bens jurídicos disponíveis para a tutela autocompositiva, ao passo que a Economia analisa os custos da relação jurídica em questão e, principalmente, da necessidade de se discutir eventual conflito que dela venha a surgir.

2.1 CUSTOS DE TRANSAÇÃO E A MEDIAÇÃO

Não é segredo que as demandas judiciais podem ensejar muitos custos para os litigantes. Não se trata apenas do custo efetivo financeiro, o numerário que o litigante (principalmente o sucumbente) terá que desembolsar para participar de uma demanda conduzida pelo Estado, mas também deve-se levar em conta o custo do tempo, de uma infinidade de recursos possíveis, do desgaste emocional e até mesmo da incerteza que o processo judicial pode ensejar.

Os custos de transação, nas palavras de PUGLIESE e SALAMA “são os custos para realização de intercâmbios econômicos. Todos os custos que o indivíduo incorre, em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do sistema produtivo, podem ser chamados de custos de transação. Assim, os custos de transação compreendem todos os custos

³⁹ FERREIRA, João Bosco Dutra. Análise Econômica do Direito, Mediação e Direito de Família: um estudo da jurisprudência dos tribunais e o binômio necessidade-possibilidade. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18, 2009, São Paulo. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 958-981.

⁴⁰ PIMENTA; BOGLIONE, p. 59-83.



associados a procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade)”.⁴¹

Nesse sentido, qualquer aspecto que tome do indivíduo um esforço, de qualquer natureza que seja, pode ser contabilizado como custo de transação.

Com efeito, a Mediação se vale de uma relação entre particulares, com a participação de um facilitador do diálogo, o mediador, cujo objetivo é, para a Análise Econômica do Direito, a solução do impasse sem a intervenção estatal que determine ou regulamente o resultado dos atos levados à discussão.

Parece razoável que a Mediação leve larga vantagem sobre o litígio conduzido pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, em todos os sentidos. A questão controversa é colocada tão somente em discussão quando há voluntariedade das partes, ou seja, a mediação só se inicia quando há intenção e solução da questão por ambos conflitantes. A agilidade propiciada pela mediação, a qual pode ser solucionada em uma sessão ao longo de um dia (ou poucas horas), se contrapõe à morosidade de anos ou décadas do Poder Judiciário, período que contabilizará custas processuais, honorários sucumbenciais, periciais, privação de bens e tantas outras intercorrências inerentes a uma demanda judicial que podem ser vistas como custo de transação.

Novamente, PUGLIESE E SALAMA, ao defender a arbitragem em contraponto ao processo judicial, discorrem que “se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional”⁴². No entanto, na arbitragem ainda há a submissão da questão a um árbitro, o qual decidirá sobre o embate de acordo com seu prudente convencimento.

Pelas arguições aqui tangidas, não se busca questionar o conhecimento ou ainda a capacidade de um árbitro ou mesmo de um juiz de direito para colocarem fim a um litígio.

⁴¹ PUGLIESE, A.; SALAMA, B. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan/jun., 2008, p. 19.

⁴² *Idem*.



Porém, parece extremamente benéfico aos conflitantes que eles mesmos, de acordo com seu livre convencimento e mediante consenso decidam a questão a que deram ensejo. Tal fato, como já abrangido, faz não apenas com que a questão controversa seja solucionada, como também possibilita a pacificação entre as partes, podendo evitar um conflito futuro que viesse a ser gerado no caso da imposição de uma decisão que não oportunizasse aos envolvidos o diálogo, a fim de que, por si só decidissem sobre o motivo de ali estarem.

E isso remete, novamente, àquela visão de GONÇALVES acerca da maximização do bem-estar da comunidade, buscado pelo Direito na perspectiva de sua análise Econômica.

Os custos de transação, entretanto, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito e relacionados ao instituto da Mediação buscam “colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do Direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas”⁴³.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a mediação por seus próprios fundamentos já parece ser a melhor maneira de se buscar a solução adequada a uma controvérsia gerada entre particulares.

As questões que envolvem bens jurídicos disponíveis podem ser levadas às sessões e a controvérsia pode ser solucionada de acordo com a autonomia da vontade das próprias partes, de modo que uma solução melhor e mais justa pode ser obtida mediante a facilitação do diálogo que até então estava prejudicado.

O simples fato de retirar da mão de um terceiro a decisão sobre uma questão levantada pelas próprias partes e que por elas pode ser resolvida, diante da utilização das corretas técnicas e de uma vontade em solucionar a causa já faz valer sua aplicação.

⁴³ ANDRIGHETTO, p. 76-91.



Porém, como visto, além de todo o benefício intrínseco ao instituto, a Mediação, sob a ótica da Análise Econômica do Direito se mostra muito mais viável do que a entrega da questão à tutela estatal.

As demandas judiciais estão cada vez mais caras, com altas custas processuais, valorizados honorários periciais e tomando cada vez mais tempo para uma decisão final. Tempo este que pode ser o mais “caro” dos recursos neste trabalho abordados.

Enquanto uma demanda judicial pode tomar décadas, inúmeros recursos e quantias imensuráveis de dinheiro, o procedimento da mediação pode ser resolvida em poucas sessões, em horas de conversa, desde que haja a real intenção das partes em colocar um fim à controvérsia.

É premente, diante das inovações legislativas (Lei da Mediação e Novo Código de Processo Civil) a intenção do Direito Brasileiro em concentrar no Poder Judiciário apenas os casos que realmente necessitem da intervenção estatal para um fim justo.

E a Mediação não se propõe a isso, mas ainda visa o reestabelecimento do diálogo e de laços, sendo uma importante maneira de evitar novos conflitos. Assim, por meio da mediação é possível alcançar a impagável maximização do bem-estar e a redução da litigiosidade na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ACLAND, A. F. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós, 1993.

ANDRIGHETTO, Aline. Análise econômica do direito e algumas contribuições. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan./jun. 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87. (Saberes do Direito, v. 53).



BARBOSA, Águida A. Relação de Respeito. *Boletim IBDFAM*, n. 38, ano 6, p. 7, maio-jun. 2006.

BITTENCOURT, B. da Rosa. Mediação: uma alternativa para a resolução de conflitos no direito de família. *Revista Jurídica da UniFil*. Londrina/PR, ano V, n. 5, p. 140-150, 2008.

BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>.

BRASIL. Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERREIRA, João Bosco Dutra. Análise Econômica do Direito, Mediação e Direito de Família: um estudo da jurisprudência dos tribunais e o binômio necessidade-possibilidade. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18, 2009, São Paulo. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 958-981.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos J. Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 273 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. 2011.

GONÇALVES, Oksandro. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito*. Curitiba: Gedai, 2014.



MIRANDA, Martha E. Lezcano. *La Justicia de Todos: Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2011.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise econômica do direito contratual. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 59-83, out./dez. 2008.

PUGLIESE, A.; SALAMA, B. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan/jun., 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SALLES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALLES, L. M. M.; ALENCAR, E. C. O. *Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública*. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Mediação passo-a-passo*. Disponível em <<http://acdn.tigurl.org/images/resources/tool/docs/2371.pdf>>.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1999.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem-conciliação-mediação nos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. *Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania*. Disponível em: <www.tjce.jur.br/paginas_banners/npmcsc.asp>.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: J. C., 1998.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *Seminário Mediação: Um projeto inovador*, Brasília, v. 22, 2002.



Contentious civil procedure concerning expropriation in Kosovo

Rrustem Qehaja

Ph.D. Professor of Civil Procedural Law at University of Prishtina, Kosovo

Abstract: The right of ownership constitutes one of the fundamental human rights which enjoy legal protection by International Conventions, Constitution and respective laws. Besides powerful legal protection legal provisions have regulated also situations when this right shall be exercised in a limited manner. Expropriation of immovable property constitutes one of the legal restrictions in exercising the right of ownership over his immovable object known in legal theory as gaining ownership in an originated manner. Concerning this issue is important to be emphasized the fact that taking the right to property is done with an adequate compensation and according to procedure provided by law. In such cases there is a problem concerning fixing height of compensation for expropriated real estate when exists general interest and opposing interests of the parties regarding this expropriation procedure. The expropriation issue has been regulated by legal provisions also in the past, but due to the role and importance currently this institute has is paid increasingly more importance, therefore in addition to procedural provisions the Law on Contested Procedure contains, this issue had been regulated also by provisions of material character summarized in the Law on expropriation. Despite legal infrastructure regulating the issue of expropriation judicial practice had faced difficulties of different nature by means of which actions and omissions of courts is questionable legal security of subjects of law in civil-legal and administrative relations.

Key words: Expropriation, The Law on Contentious Procedure, The Law on Expropriation, Object of expropriation, the height of compensation, final decision.



1. Introduction

The right of ownership for each subject of law represents one of his fundamental rights, and state is obliged to provide legal protection to every one related to it. However, every rule has its exception, and in certain cases is the state itself which deprives the holder of ownership right from exercising the right in his private property, for a general interest. This is allowed only based on expropriation institute.

Expropriation procedure in Kosovo in the past, but also nowadays continues to face numerous obstacles, which derive from legislation with many flaws being reflected in non-efficiency of competent bodies concerning law enforcement.

Therefore since in our country for realization of many public interests has been applicable this procedure, which was accompanied with problems and disagreements by involved parties, especially when it comes to fixing compensations on expropriated properties, this constitutes the main issue of elaborating this problematic on this scientific paper.

2. Meaning of expropriation

One of the fundamental rights of each individual provided by national legal acts, as well as by international ones is the right of ownership. To each subject of law whether natural or legal person is guaranteed the right to own property in various items. The right to own property is guaranteed.¹ In the same sense, also international acts have provided legal protection of the right of ownership. Protocol 1 of the European Convention on Human Rights in Article 1 has sanctioned the right of ownership, by stating: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

¹ The Constitution of the Republic of Kosovo adopted by the Assembly, on April 9, 2008, and entered into force on June 15, 2008, article 46, paragraph 1.



In similar formulations also the Charter of Fundamental Rights of the European Union, then the Universal Declaration of Human Rights and Freedoms and other international acts have put emphasis on the right of property of each, as well as the possibility of its legal protection, by raising it in stage of one of the main rights of every one.

However there is no absolute right in terms of its exercise, because first of all there is a principle which goes like this *my right ends up where commences the right of another*. Therefore, by this we understand that also the right of ownership is limited by other legal institutions among which include: the right of the other and cases provided by law for general interest.

Possible limitations of the right of ownership, in property law in fact represents also one of the originated manners of acquiring ownership is expropriation. Expropriation is the transfer of private property in public property, for a general interest (public) by adequate compensation.²

Expropriation is a manner which limits the right of private property because only by expropriation institute can be taken private property in order to be transferred in public ownership always by adequate compensation (according to market price).³ So, by this we understand when it comes to achievement of a goal which is of general benefit, and in the future shall serve to majority or all citizens of the country, then legal provisions itself allow such limitation of the right of ownership, because the benefit which derives from expropriation goal is much greater rather than benefit only one individual has from this right.

Even various international treaties established basis of expropriation, by specifying in which cases individual ownership shall be limited. According to this, Charter of the European Union states that everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair

² Dr. Abdulla Aliu, "Property law", Prishtinë, 2014, pg. 194.

³ Ibid.



compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest.⁴

Our current law which is dedicated to expropriation defines expropriation in this manner: “Expropriation” shall mean any act by an Expropriating Authority that involves a) the taking of any lawful right or interest held or owned by a Person in or to immovable property, or b) the compulsory establishment or creation of any servitude or other right of use over immovable property.⁵ While the Law on Expropriation of former SFRY which was applicable in Kosovo until adoption and entry into force of the current law does not give a definition of expropriation, but determines that: “real estate shall be expropriated when is necessary for the construction of economic, housing, municipal, health and cultural facilities and other objects of general interest”.⁶

Expropriation is a necessary tool for any democratic government in order to gain access to property and usage of property in the common interest. The expropriation procedure is an essential instrument of the state and makes it possible to legally deprive individuals by possession of property when it comes to common interest.⁷

Therefore, from what was abovementioned it results that expropriation institute presents an exemption from general rule of ownership right, and even nowadays it keeps a special place in any legal system, due to the fact through this institute shall be realized the goal of every state to create better conditions for its citizens. Through expropriation of individual property shall be realized the goals whose result is the collective benefit of society.

⁴ The Charter of Fundamental Rights of the European Union adopted in Nice in 2002, and amended by the Lisbon Treaty, Article 17, paragraph 1.

⁵ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 2 and Rrustem Qehaja “Expropriation and Compensation” The Law No. 1/2005, Prishtina, 2005, pg 135-146.

⁶ Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, April 26, 1978. Article 2, paragraph 1.

⁷ Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, Expropriations in Kosovo, December 2006.



2.1. Causes of expropriation

Institute of expropriation can be expressed in cases provided by law in order to be realized a general interest (public). However, what contains the term “general interest (public)” is defined by any law. By our law on expropriation under this notion shall be included different construction of objects, roads, railways, parks, various infrastructure facilities and other extensions of different objects for the needs of expropriating authority. In meanwhile, expropriating authorities according to this law are the Government of Kosovo and a Municipal Public Authority, which depending on whether this goal shall be achieved in a municipality or state level are entitled to expropriate properties and property rights of individuals.

Similarly, also other laws, such as the one of former SFRY and the Republic of Albania have determined what enters into general interest. By the Law on Expropriation, a general interest was determined based on the decision for expropriation, or urban plan of municipality or government,⁸ and within this could be included: construction of railways, roads, parks, building factories, energy facilities, telecommunication, afforestation, establishment of settlements and other cases.⁹

In meanwhile, according to the Republic of Albania legislation, as expropriating objects are foreseen real estates in the form of land, constructions of any type by permanent character as well as movable property, whereas reasons for which these expropriations can be made are similar to those mentioned above as: for realization of state obligations deriving from international conventions and treaties; for realization of projects and national investments; for realization of projects on national protection, as well as for protection of different historical, cultural, and archaeological monuments and other cases.¹⁰

⁸ Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, April 26, 1978, articles 3-5.

⁹ Ibid. article 2.

¹⁰ Law No. 8561 on Expropriations and taking temporary use of private property in the public interest and by-laws for its implementation, in 2010.



Therefore, in general causes of implementing expropriation shall be presented similar whether in terms of time between legislations that used to be applicable, but due to the socio-economic circumstances there have been changes and supplements of those laws, as well as in territorial comparison aspect between legislations of different countries, where is noted that reasons remain almost similar in every society.

2.2. Legal basis of expropriation in Kosovo

Expropriation in principle is a constitutional and legal category which is based in provisions of our Constitution. This is because in article 46, paragraph 3, is stated that: no one shall be arbitrarily deprived of property. The Republic of Kosovo or a public authority of the Republic of Kosovo may expropriate property if such expropriation is authorized by law, is necessary or appropriate to the achievement of a public purpose or the promotion of the public interest, and is followed by the provision of immediate and adequate compensation to the person or persons whose property has been expropriated.

Nevertheless, except its basis is in constitutional provisions, further procedure specification is done by the law. In meanwhile, in addition to domestic regulation of expropriation, it is also sanctioned by international conventions and treaties, of the scope of human rights and freedoms.

In this way, the hierarchy of applicable legal sources concerning expropriation institute in Kosovo includes:

1. Constitution of the Republic of Kosovo, and international agreements directly applicable in our country, such as the Universal Declaration of Human Rights; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols;

2. Law no. 03/L-139 on Expropriation of Immovable Property in Kosovo, with the amendments and supplements made by the Law No.03/L-205 date October 28, 2010;



3. Law No. 03/L-007 on Contentious Procedure and the Law No.02/L-028 on Administrative Procedure.

These represent fundamental legal basis by means of which is regulated and conducted expropriation procedure. Up to adoption of the current law, was applicable the Law of former SFRY on Expropriation, as well as our Law on Contentious Procedure. Indeed, by bearing in mind the fact contentious procedure provisions concerning expropriation procedure, and in particular of fixing compensation were complied in compliance by provisions of the Law of former SFRY, is noted now during the usage that the current law has many deficiencies and many provisions do not comply with the current law on contentious procedure.

3. Expropriation procedure

In principle, the expropriation procedure is an entirety of rules and legal actions through which shall be regulated all the undertaken actions when it comes to commencing, conducting and fixing compensation for the expropriated property and termination of this procedure. In fact, by previous law the expropriated procedure was much better regulated, because it had provided the possibility to be terminated also by agreement of parties, expropriating authority and the expropriated, especially when it comes to fixing compensation, whereas only in exceptional cases procedure could have gone to contentious procedure before the court.

By the Law on Expropriation of Kosovo, have been provided the fields for which this law is applicable. Therefore by this law shall be specified: rules and terms under which the Government or a municipality can expropriate property rights or other rights in immovable property of a person; rules and terms according to which the Government can authorize limitation and temporary use of immovable property; procedures for expropriation or limitation of ownership; rules and procedures which shall be used in fixing the amount and payment on



compensation of expropriation or limitation of ownership, and other provisions regulating other issues concerning expropriation or limitation of ownership.¹¹

However, now with the new law this issue actually is more complicated due to the fact the new law not only does not give space to the party to whom is made expropriation that in agreement with expropriating authority to decide on the amount of compensation, but also the relation between legal provisions of contentious procedure with those of applicable law quite differ, when it comes to objection issue, respectively appealing the verdict in fixing compensation.

Duly, the current law, as well as the previous one provides four phases in which passes expropriation procedure within expropriating authority by including: preparatory work, determination of common interest (public), decision on expropriation and decision on compensation. In the following shall be elaborated only several phases abovementioned.

3.1. Initiation of Procedure

The initiation of expropriation procedure represents a phase to which after being performed several preliminary work, then commences the implementation of expropriating process, so in this way will be determined exactly the property which shall be expropriated; shall be made necessary calculations concerning fixing the amount of compensation, and is issued the verdict on expropriation, which must accompanied by payment of compensation amount and at the end registration of ownership right on behalf of expropriating authority.

Preparatory activities in fact lead expropriation procedure as provided by articles 5 and 6 of our law, so these activities commence after receiving a proposal that would be necessary the application of expropriation for realization of a particular public goal. Usually these activities include necessary measurements whether that property may serve for a concrete

¹¹ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 4.



goal, and notifications of parties which shall be affected by this expropriation, in order to continue with the main procedure of expropriation.

Based on legal provisions, initiation of expropriation procedure can be done by expropriating authority (Municipality and/or the Government of Kosovo) according to official duty, on its own initiative, or based on request in expropriating authority by a public authority or public enterprise. According to this, there are two manners of commencing expropriation procedure: procedure according to official duty/*ex-officio*, and the one pursuant to the principle of availability of parties, which means by submitting a request from an interested party.

3.2. Fixing compensation for expropriated property

The most important issue when it comes to implementing expropriation procedure is the one of fixing compensation amount for property which shall be expropriated. Undoubtedly this is vital because the persons whose property shall be expropriated should instead of that property to get another one which shall be with features and in value of that which was taken. This obligation of granting an adequate consideration is constitutional and legal obligation for the expropriating authority due to the fact also in international conventions and domestic legislation explicitly is stated an obligation of adequate compensation for expropriated property.

Provided manner on fixing compensation under current and previous law substantially differs. This due to the fact the previous law recognized fixing compensation in administrative procedure and by achieving agreement between parties, even this was an essential way of this designation, and only in cases of disagreement the issue passed to litigation, by means of which the amount was determined by court. Whereas, now the manner of determining by agreement is not mentioned at all, and this determination is in competence only of Expropriating Authority, to determine it by final decision, and against this decision the expropriated party have the right to appeal, which means this would the commence of contentious procedure.



Compensation shall be made based on the market value of property as determined in accordance with provisions of this law and by-laws adopted pursuant to paragraph 6 of this article.¹² This means that Expropriating Authority makes the exact assessment of property which shall be expropriated and it should be compensated in that sum in order not to damage the party, because its ownership right shall be limited for a public interest only based on an adequate consideration.

Whereas by paragraph 2 of the article 15, compensation shall include the compensation of any demonstrable direct damages incurred by the expropriated person due to the expropriation plus the value of the immovable property expropriated, including – if applicable - its accessory parts and fruits. Therefore the Expropriating Authority shall be careful in this issue because most of disagreements and delays in such proceedings come as a result of dissatisfaction when it comes to compensation.

Unlike the current law, a previous one provides in detail how compensation would be done for each type of property which could be an object of expropriation. Undoubtedly under this law compensation shall be made based on the market value, but then for each respective property, depending on its object were assigned additional rules when it came to compensation.

Thus, the article 28 of the Law on Expropriation, is determined that compensation for expropriated agricultural land is assigned based on the price in market for agricultural land. For the market price of agricultural land is taken the price which is formed on the territory of region respectively habitation in which is located the agricultural land. If the market price is not formed in that territory, then is taken into account the market price which is formed in neighboring territory. In meanwhile by following articles 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37 the law determines exactly manners for each type of property which shall be object of expropriation such as: nurseries, fruits, construction buildings, forest, barren lands, building lands and vineyards and orchards.

¹² Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 15, paragraph 1.



A special characteristic of the law already abolished, that cannot be found in the current law, is the establishment of a specific provision concerning the assessment of material situation of person to whom is made expropriation during the assessment of compensation. Personal and material situation of the previous owner is taken into account when it comes to assessment of compensation, if those circumstances have obvious value to his material existence.¹³

Concerning fixing of compensation amount is foreseen within Ministry of Finance to be established a special department which as its basic obligation has the assessment of property being an object of expropriation, and then based on that assessment is issued the final decision in which is included also the amount of compensation. The Ministry of Economy and Finance (now Ministry of Finance) shall establish, within its Department of Property Tax, an Office of Immovable Property Valuation which shall be the competent public authority for valuing any immovable property that is subject to an expropriation procedure by any Expropriating Authority.¹⁴

Whereas according to article 22 paragraph 3, The Office of Immovable Property Valuation shall issue in writing its final valuation determination within one hundred fifty (150) days after the date it received the application from the Expropriating Authority pursuant to paragraph 6 of Article 8 of this law. Such determination shall contain:

- the overall valuation of the property;
- a valuation of any and all other damages required to be paid by this law;
- a description of the specific methodology used to make such valuations;
- the details of the Persons to whom compensation is to be paid and the amount of compensation to be paid to each; and
- the details of the Persons, if any, who sought compensation but were determined not to be entitled thereto.

However, expropriation procedure in Kosovo was not developed in the appropriate manner, because since the post-war period had faced many problems, especially when it comes

¹³ Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, April 26, 1978, article 39.

¹⁴ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 21, paragraph 1.



to fixing compensation. In its report, OSCE had issued several recommendations to the Ministry of Administration and Local Government; Municipalities, The Assembly Committee for Economy, Trade and Industry; Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo; KFOR; UNMIK and International Donors. Among these recommendations included: ¹⁵

- Provide legal advice to the municipalities to help ensure that property rights are protected when expropriations take place. Such guidance shall be in accordance with the following principles: uniformity of the procedure of expropriation in every municipality; mandatory compensation; transparency of the procedure; adequate notice and access to legal remedies for affected property right holders.
- Ensure that every stage of the procedure foreseen in the Law on Expropriation is complied with to ensure the protection of individuals' rights to property.
- Assess the expropriation decisions taken by municipalities in Kosovo since the establishment of UNMIK in order to intervene using reserved powers when necessary to protect property rights.

The most important thing from this report were numerous cases of violations found by OSCE, in particular concerning payments of compensations for expropriated property, because there were cases when value was not paid at all, while work was almost complete. In Shtime, a water reservoir was constructed in 2000 without identifying the affected property right holders. To this day, no compensation has been granted due to the alleged lack of budget and it was not until June 2006 that the Municipality was able to identify the exact number and names of all concerned property right holders. ¹⁶

¹⁵ Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, Expropriations in Kosovo, December 2006, pg 5.

¹⁶ Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, Expropriations in Kosovo, December 2006, pg 11.



In each case when the expropriation procedure commences, in the respective proposal for expropriation one of the key elements must be also the proof and evidences that Expropriation Authority has available sufficient means to make the compensation of expropriated property, because exactly these decisions made without consulting with expropriated subjects make the procedure inefficient and with many deficiencies.

Concerning fixing compensation manner is noted a deficiency to the current law. According to this law, fixing the amount which shall be paid on behalf of compensation is made directly by Administrative Authority established exactly for this issue, which means the party to whom is conducted this procedure has no opportunities to intervene or express its own opinion regarding the amount, but it is allowed only to file a complaint in court. On the other hand, the Law on Expropriation provided that before the Administrative Authority where were conducted a procedure, parties initially by agreement could determine the amount of compensation, and if this agreement was not reached or for any other reason the deadline was passed within which should be made the determination of amount, then it was passed in contentious civil proceedings.

3.3. Agreement of parties and judicial procedure in fixing compensation

According to article 52 of the Law on Expropriation if the agreement for compensation in general is not achieved within 3 (three) months from the day when the decision on expropriation has become final the municipal administration authority competent on legal property affairs sends without delay all acts to municipal court in whose territory is the expropriated real estate in order to determine the compensation. According to this provision is noted this law had left a prior possibility in order to resolve by agreement the compensation issue, and only when there was a failure of it, then there was a possibility to litigation, whether by the initiative of Expropriating Authority, but also it was allowed to the owner of expropriated property to commence this procedure. However, by current law the decision is made directly by Expropriating Authority, and only if party is not satisfied then it shall appeal to the court.



In our law, it is foreseen in principle a legal remedy which shall be used by parties who are not satisfied against decisions on expropriation. So, by article 35 is foreseen the possibility of appealing the Preliminary Decision on Expropriation; by article 36 is provided the possibility of appealing against the adequacy of compensation, and by article 37 Complaints for Compensation for Damages Arising from a Partial Expropriation.

In our case is of a special importance appealing against the decision on determining the adequacy of compensation. By final decision of Expropriating Authority not only is determined which property shall be expropriated, but at the same time also the amount which shall be paid based on assessments made by authority for valuation of expropriated property. However, before these two issues were assigned by separate decisions, because one decision was issued for fixing expropriation, whereas the amount was determined by agreement or in exceptional cases in contentious proceedings by court.

Currently, if in accordance with article 11 of this law (Law on Expropriation), If an Expropriating Authority issues a Final Decision, any concerned Owner or Interest Holder with respect to property and/or rights expropriated by such decision may file a complaint with a court of competent jurisdiction challenging the amount of compensation and/or damages that such decision provides shall be paid to such Owner and/or Interest Holder.¹⁷ However, as a competent court the law determines that in cases when the decision is issued by municipal authority then competent is the Municipal Court, now according to the new law shall be Basic Court, General Department, Civil Division, whereas in cases when as Expropriating Authority is the Government of Kosovo, then this issue shall be passed directly to the Supreme Court.

Contentious procedure precedes the proceedings before administrative authority of competent municipality for property legal work, which made the decision on expropriation. The aim of this procedure is the assignment of compensation by the will of interested.¹⁸

Now, according to our Law on Contentious Procedure, when case goes to court in the procedure of compensation fixing for expropriated real estate, court will fix amount of reward

¹⁷ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 36, paragraph 1.

¹⁸ Pozniq, B. Civil Procedural Law, Prishtina, 1976.



for expropriated real estate when the user of expropriation and previous owner in front of administrative competent body did not reach the agreement for compensation for expropriated real estate.¹⁹ Indeed, formulation of this provision in this law is almost the same with the Law on Expropriation of SFRY, because it contained also provisions concerning compensation fixing and passing the issue in court in case of disagreement.

However, by current Law on Contentious Procedure, with the article 216, paragraph 1, is stated that: if the participators in expropriation procedure do not reach agreement within the deadline of two months from the day in which judgment for expropriation has taken final form, administrative competent body will send the final judgment for expropriation to the owner together with all procedural documents and proofs for paying offered amount for compensation, or for its depositing in the court in which territory is settled expropriated real estate, with the aim of compensation fixing. Obviously, this law still contains provisions in accordance with the law which was applicable in Kosovo on expropriation, due to the fact procedure before the court provides only when parties did not reach an agreement, whereas the current law the commencing of judicial proceedings foresees only as a “second instance” for appealing the decision if the owner does not agree with the particular amount, but he is not able to participate together with the expropriating authority in fixing the amount of compensation.

Further, paragraph 3 of this article states judgment for expropriation together with the procedural documents of competent court can be send and after the deadline of two months if the declaration of ex owner ascertains that can not be reached agreement for compensation.

In principle, procedure for fixing compensation for expropriated real estate competent court begins and develops according to official if it sends the matter from competent body that has committed expropriation. In contrary without initiative of ex owner of expropriated real estate does not begin the procedure of fixing the compensation.²⁰

Obviously, under these provisions, procedure of fixing compensation can be done also *ex-officio* by the court, whereas by the Law on Expropriation according to which is allowed only

¹⁹ Law no. 03 / L-007 on Kosovo Contentious Procedure, adopted on 20 November 2008, Article 215.

²⁰ Ibid. article 217, paragraph 1.



the complaint against *fait accompli* for fixing the compensation, the complaint can be filed only within deadline of 30 (thirty) days from the date of finality of final decision, and the expiry of this deadline loses the possibility of party to attack the decision. However, if the issue has already been passed to contentious procedure, then party is entitled according to principle of multiple instances to send the issue up to the highest court, and also through extraordinary legal remedies, in which is permitted only revision according to article 27 of the Law on Contentious Procedure concerning determined conditions in the Law on Contentious Procedure.

Regardless of whose initiative procedure has commenced, it should be over within 60 days from its commencing day in court. Court under the article 218 of the Law will determine court session in which will be given opportunity to its participators to declare for form and volume, respectively the height of compensation, also for proofs for expropriated real estate value, which will be taken according to official obligation.

In judicial procedure, the court²¹ shall have the authority to re-calculate the amount of compensation and/or damages specified in the concerned decision in accordance with the requirements of this law. If the court determines that the concerned decision specifies an amount of expropriation compensation and/or damages that is less than or greater than the amount required by this law, the court shall issue a judgment modifying the Final Decision to adjust the amount of expropriation compensation and/or damages owed to the complainant.

Whereas, if we analyze provision of the article 220 of the Law on Contentious Procedure we notice that after ascertaining basic facts court gives judgment with which determines form and volume, respectively height of compensation for expropriated real estate. Obviously, between these laws by means of which is regulated expropriation in our country there are essential differences in content, by determining in one hand appealing procedure according to one law and issuance of judgment, and on the other hand civil judicial procedure ending with a decision.

²¹ Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, October 28, 2010, article 36, paragraph 6.



However, from an analyzed practical case issued by Kosovo Supreme Court, is noted for expropriations issues, all instances decide by decisions in cases of fixing compensation, because in disposition of this court decision is stated “It is accepted as founded the revision against the proposer the Government of Kosovo-Expropriating Authority and is annulled the verdict of the Appeal Court of Kosovo Ac.No. 3271/2014, date September 22, 2014, and of Basic Court of Prishtina Branch Glllogvc Cn.No.52/2013, date June 30, 2013 and the case is returned for retrial to the court of first instance”.²²

However, by disposition of this decision not only is understandable that concerning expropriation courts decide by decisions, but at the same time sets the issue of court competence in cases when as expropriator is the Government of Kosovo, because the current law states that the Supreme Court is competent in expropriation cases from Government, whereas by disposition of this decision although Expropriating Authority was the Government, the case initially passed to Basic Court, to which is also returned for retrial by the Supreme Court.

By analyzing all these we understand unfortunately in our country in the field of expropriation there are many deficiencies, which also made such proceedings usually to be accompanied by numerous disagreements by owners whose property have been object of expropriation.

As a result of all this, procedure before the court can be completed in two ways: by court decision as abovementioned, by means of which court gives the deadline for fulfillment of obligations to parties if they do not specify this by agreement, as well as by agreement of parties before the court for the amount of compensation, by means of which court issues its decision based on this agreement.²³

²² Decision of the Supreme Court of Kosovo by Revision No. 345/2014, April 4, 2015.

²³ Law no. 03 / L-007 on Kosovo Contentious Procedure, adopted on 20 November 2008, article 220, paragraph 2.



4. Conclusion

Expropriation of immovable property is a manner of limitation of ownership right, if it is observed by the perspective of holder of immovable property that shall be expropriated.

Ownership right is absolute only in the context of being property law because in the context of its non-restriction is not absolute and as such becomes subject of various general and special limitations including also contentious procedure of expropriation.

In order to realize expropriation shall be fulfilled foreseen legal requirements including general interest despite adequate compensation.

The relation of expropriation is of legal-public nature, whereas the height of compensation on expropriation is of legal-private nature. Therefore, expropriation procedure is conducted by Expropriating Authority, as administrative procedure, whereas procedure concerning the height of compensation in case of appeal is conducted in a regular court as contentious civil procedure.

By issuing final decision from Expropriating Authority when the same is not favorable for holder of the right of ownership the same is entitled to file a complaint in Basic Court-Respective General Department when as expropriating authority is municipality, whereas in Supreme Court when Expropriating Authority is the Government.

However, according to a legal opinion of the Supreme Court in both abovementioned cases competent as first instance court must be Basic Court.

Procedure conducted by a competent court concerning the appeal against final decision is contentious civil procedure. In this procedure court may change the final decision in terms of height compensation respectively to increase or decrease this height.



Bibliography

Aliu, A. *Property law*, Prishtina, 2014.

Organization for Security and Cooperation in Europe, Mission in Kosovo, *Expropriations in Kosovo*, December 2006.

Pozniq, B. *Civil Procedural Law*, Prishtina, 1976.

Qehaja, Rr. *Expropriation and compensation*. "Law", Prishtina, 2005.

Legislation sources

The Charter of Fundamental Rights of the European Union, Nice, 2002, amended by the Treaty of Lisbon.

The Constitution of the Republic of Kosovo, adopted on 9 April 2008, and entered into force on 15 June 2008.

Law on Expropriation, Official Gazette of Socialist Autonomous Province of Kosovo, 1978.

Law No. 03 / L-007 on Contentious Procedure, 2008.

Law No. 03 / L-139 on Expropriation of Kosovo Immovable Property, with the changes made by the Law No. 03 / L-205, 2010.

Law No. 8561 on Expropriations and taking temporary use of private property in the public interest and by-laws for its implementation, in 2010.

Judicial practice

Decision of the Supreme Court of Kosovo, by Revision No. 345/2014, April 4, 2015.



Notas sobre as decisões estruturantes

(Notes about structural injunctions)

Fredie Didier Jr.

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil. Doctor, Post-Doc (University of Lisbon) and Habilitation Professorship (University of São Paulo)

Hermes Zaneti Jr.

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, Brazil.
Doctor (Università di Roma Tre, Italy), Post-Doc (University of Turin, Italy)

Rafael Alexandria de Oliveira

Master's Degree in Public Law (Federal University of Bahia, Brazil). Lawyer.

Resumo: O presente artigo trata das decisões estruturantes. Define seu conceito e apresenta modalidades de sua aplicação no direito brasileiro.

Palavras-chave: processo coletivo; decisões estruturantes; direito brasileiro; direitos fundamentais; litígios complexos.

Abstract: The paper aims about structural injunctions. Deals with the definition of the concept and presents modalities of application in the Brazilian Law.



Keywords: class actions; structural injunctions; Brazilian Law; fundamental rights; complex litigation.

Sumário: 1. Introdução: reformas estruturais nos Estados Unidos da América a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*; 2. O que é a decisão estrutural?; 3. Complexidade do conteúdo: normas abertas, para promoção de um determinado estado de coisas, e normas-regra, para efetivação dos resultados almejados; 4. Decisões estruturantes em face de pessoas naturais e jurídicas privadas; 5. As decisões estruturais do Supremo Tribunal Federal; 6. Revisão dos conceitos tradicionais imposta pelas decisões estruturantes; 7. Base normativa para a execução das decisões estruturais; 8. Ativismo, disfunção política e vínculos de direitos fundamentais: a margem do “*não-decidível que não*”; 9. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução: reformas estruturais nos Estados Unidos da América a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

Há um certo tipo de decisão que merece exame específico: a decisão estrutural ou decisão estruturante.

É difícil estabelecer um conceito analítico de decisão estrutural. Essa é uma concepção surgida nos Estados Unidos, a partir da postura mais ativa dos juízes que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970¹. Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão².

¹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93. Os estudos desta matéria foram realizados originalmente por Owen Fiss e Judith Resnik, professor de Yale: FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

² Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, “a processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. Ademais, ainda engatinha na arte



Ao que tudo indica, um litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*³.

Isso foi apenas o início. Segundo Owen Fiss, “O Sistema de escolas públicas foi o sujeito do caso Brown, mas em tempo a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social. Reformas estruturais alcançaram tão longe quanto o moderno Estado Burocrático⁴. Ou seja: o modelo de decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Poder Judiciário dos Estados Unidos, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidas determinadas diretrizes constitucionais.

2. O que é a decisão estrutural?

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver

pragmática de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 46).

³ FISS, Owen. “Two models of adjudication”. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

⁴ Tradução livre, no original: “The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state”, FISS, Owen. “Two models of adjudication”, cit., p. 761.



litígios complexos⁵. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural⁶. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas⁷.

3. Complexidade do conteúdo: normas abertas, para promoção de um determinado estado de coisas, e normas-regra, para efetivação dos resultados almejados

A decisão estrutural possui conteúdo complexo.

Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é uma decisão que estrutura o modo como se

⁵ Litígio complexo, neste contexto, não é aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão sobre a litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados *litígios de difusão irradiada*: “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente.” (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. “Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 97-98)

⁶ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

⁷ FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 761.



deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deôntica de uma norma-regra.

As normas-regra são essências para o resultado prático a ser alcançado. Para Edilson Vitorelli, “à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão”⁸. As normas-princípios são essências para estabelecer às finalidades e objetivos e para controlar a adequação dos resultados alcançados às finalidades e objetivos. Umas apoiam as outras, as normas-regra realizam o que as normas-princípio planejam.

A principal característica dos litígios complexos para efetivação de reformas estruturantes é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos⁹.

Segundo Marco Félix Jobim, “quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à autocontenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro”¹⁰. Para o autor, “o ativismo judicial [*rectius*]:

⁸ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*, cit., p. 533.

⁹ Segundo Owen Fiss, a *structural reform* permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alçando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político (FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 764).

¹⁰ O tema do ativismo judicial já foi tratado por alguns dos autores deste texto em outros escritos. É de se observar que não se trata de ativismo judicial propriamente dito, mas as decisões estruturantes revelam a aplicação do quadro normativo vigente através de medidas concretas, logo, não é o juiz que é ativo, ativas nas políticas públicas no Brasil são as leis e a Constituição. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017 v. 4; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 104.



ativismo da lei e da Constituição] utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes superiores”¹¹.

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal – é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de *provimentos em cascata*¹². As decisões se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores. A decisão atual, muitas vezes, depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior.

“Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principlológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida”¹³.

Como exemplos, podemos citar a decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade. A decisão que, visando assegurar o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais. Ou ainda a decisão que, buscando salvaguardar direitos de minorias, impõe a inclusão, na estrutura

¹¹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*, cit., p. 96.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, cit., p. 400.



curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas.

Mas os exemplos não se restringem aos casos em que o ente público é parte.

4. Decisões estruturantes em face de pessoas naturais e jurídicas privadas

A decisão que decreta a falência, por exemplo, tem forte carga estrutural (art. 99, Lei 11.101/2005¹⁴), especialmente quanto à possibilidade de o juiz sentenciante determinar “as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas” (inciso VII), ou à possibilidade de nomear um administrador judicial (inciso IX) ou de determinar, “quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência” (inciso XII).

¹⁴ “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: I – conterà a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores; II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência; IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei; V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei; VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do *caput* deste artigo; VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei; VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”, a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei; IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do *caput* do art. 35 desta Lei; X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei; XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembleia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência; XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência”.



Outro exemplo no âmbito privado nos é dado por Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar da Lei 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, permitindo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outras coisas, efetivar suas decisões mediante intervenção na empresa (art. 96), inclusive formulando pedido de autorização judicial para intervenção e administração total da empresa (art. 107, § 2º)¹⁵.

“Um caso emblemático e um bom exemplo a ser seguido foi o ‘Beatriz Mendonça’, que correu perante a Suprema Corte da Argentina, em que compareceram como demandantes grupos de indivíduos afetados, diversas associações ambientalistas e o defensor do povo. Demandados foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que supostamente vertiam substâncias poluentes no rio. A Corte utilizou livremente seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo, pediu aos Estados a apresentação peremptória de um planejamento integrado e completo baseado no princípio da progressividade, para a obtenção de objetivos de forma gradual segundo um cronograma. Em julho de 2008 a sentença julgou definitivamente a questão, destacando que os efeitos da decisão se projetam para o futuro e fixando os critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a maneira de cumpri-la, dentro da discricionariedade da administração. Na execução, previu a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento e do programa fixado, encomendando ao defensor do povo a coordenação dessa participação, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes na causa. A execução da sentença está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado”¹⁶.

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 403-404.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, pp. 26-27.



5. As decisões estruturais no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas como estruturais.

No caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular n. 3.388/RR), por exemplo, o STF admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas estabeleceu diversas “condições” para o exercício, pelos índios, do usufruto da terra demarcada, dentre elas, a necessidade de o usufruto ficar condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional, já que a terra indígena está situada em zona de fronteira do país¹⁷. Além disso, foram vivificados diversos marcos que precisariam ser considerados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas.

Esse caso é emblemático, porque revela um apanágio das decisões estruturais: a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica. Para Antonio do Passo Cabral, o poder de o órgão julgador criar uma “justiça de transição” (*mending justice*) entre a situação anterior e aquela que se pretende implantar seria implícito¹⁸, decorrente do princípio da proteção da confiança¹⁹.

Outro exemplo é a decisão proferida no Mandado de Injunção n. 708/DF, em que o STF cuidou do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Na oportunidade, constatou-se que a omissão legislativa quanto à regulamentação do tema persistia, a despeito de anteriores decisões em que se reconhecia haver mora dos órgãos legislativos. Entendeu-se que, para não se caracterizar uma omissão judicial, era preciso superar essa situação de

¹⁷ STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe 24.09.2009.

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 521, com amplas referências. O autor arremata: “Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um *dever* decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521).

¹⁹ Sobre as regras de transição criadas pelo órgão jurisdicional no caso de quebra da estabilidade, indispensável a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 520-544.



omissão e, em face disso, determinou-se, dentre outras coisas, que se aplicasse ao caso a Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas em geral, com as adaptações devidas, “enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)”²⁰.

Ao que parece, a decisão proferida pelo STF na ADPF 378, relativamente ao rito do processo de impeachment (Lei 1.079/1950), pode ser considerada como mais um exemplo de decisão estrutural, de acordo com notícia acessada no site do STF, “por maioria, os ministros entenderam que cabe à Câmara dos Deputados apenas autorizar o Senado a abrir o processo, cabendo ao Senado fazer o juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples. Fixaram também que a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição, e que o afastamento do cargo de presidente ocorre após o processamento da denúncia pelo Senado”²¹.

6. Revisão dos conceitos tradicionais imposta pelas decisões estruturantes

A admissão das decisões estruturais pressupõe a revisão de diversos conceitos.

Em primeiro lugar, segundo Sérgio Cruz Arenhart, “é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da ‘separação dos Poderes’, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”²².

Como consequência disso, é preciso repensar a ideia de que o Judiciário não pode imiscuir-se na análise do chamado “mérito administrativo”. Segundo ensina Eduardo José da

²⁰ STF, MI 708, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje 30.10.2008. Vale referir a Lei 13.300/2016, que disciplina o mandado de injunção.

²¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306611>. Acesso em 23 dez 2015.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 397. Também nesse sentido: VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 146.



Fonseca Costa, “quando o Poder Judiciário condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente, o juiz da causa acaba imiscuindo-se em um elemento de ‘mérito’ da atividade administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida”²³.

Além disso, é preciso que se admita certa atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”²⁴. Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo. Daí a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa.

A flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Basta imaginar uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o maior acidente ambiental da história brasileira. O andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais. A interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa fé (art. 489, § 3º, CPC).

Segundo essa perspectiva, o art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade

²³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo, cit., p. 29.

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 398.



atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência²⁵. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados.

Por outro lado, enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”²⁶. Também pode colaborar para a efetivação da decisão o dever de estimular a conciliação a qualquer tempo, inclusive na execução, mesmo que verse sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo e envolvendo sujeito estranho ao processo (arts. 3, § 3º e 515, § 2º, CPC).

7. Base normativa para a execução das decisões estruturais

No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV²⁷, com o art. 536, § 1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.

²⁵ Veja o exemplo das ações possessórias: admite-se, com base no art. 554 do CPC, que o juiz defira ao requerente a proteção possessória adequada à realidade atual dos fatos, ainda que distinta daquela que fora pleiteada quando do ajuizamento da demanda.

²⁶ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*, cit., p. 151. Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa” para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*, cit., p. 41-42). Para ele, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a *execução forçada* não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (Idem, *ibidem*, p. 35).

²⁷ JOBIM, Marco Felix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 230-232.



Por fim, em razão da complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em novas formas de participação de sujeitos no processo, como a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas e outras formas atípicas de participação²⁸. As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais.

8. Ativismo, disfunção política e vínculos de direitos fundamentais: a margem do “não-decidível que não”

O tema do ativismo judicial gera importante dissenso na doutrina, por essa razão revela-se adequado demonstrar que a atuação do Poder Judiciário ocorre legitimada por uma *disfunção* política e não por uma *atividade* política. Isto ocorre porque a ideia de controle judicial de políticas públicas, tanto da atividade pública e estatal, quanto da atividade privada, está ligada às noções que surgem a partir da ideia de “função social” do direito e dos institutos tradicionais do direito privado, a exemplo da função social da propriedade²⁹. Como consequência, a lei estabelece fins que estão subtraídos da esfera de liberdade dos particulares e também do Estado, e não são disponíveis ao seu arbítrio individual³⁰ e à conveniência e oportunidade do administrador. Esses fins, em grande parte, serão os “nunca mais”

²⁸ No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control”, cit., p. 26.

²⁹ A questão social emergiu na Europa ainda no final do Século XIX e início do Século XX. Claro está que foram a Constituição de Weimer (1919) e a Constituição do México (1917) que primeiro reconheceram direitos sociais, fundando o Estado Social, porém esse movimento inicial somente se internacionalizou com o período pós Segunda Guerra, no qual as Constituições da maioria dos países da Europa aderiram a esse modelo social de Estado, que se espalhou pela América Latina. Outro detalhe importante é o surgimento de novos direitos e novas preocupações decorrentes da experiência negativa provocada pela guerra, como os direitos do consumidor e ambiental.

³⁰ Na inspirada lição de Natalino Irti, os fins são subtraídos da esfera dos titulares do direito, a legislação estabelece ela mesma qual os fins desejáveis a serem realizados, a regra não é mais instrumental, mas teleológica: “*Quest’ultima può e deve perseguire dati fini, che, dunque, vengono sottratti alla scelta ed alla valutazione di convenienza dei privati (...). L’essenza della legge ne viene radicalmente trasformata: non più regola ‘strumentale’ (...), ma regola ‘finale’.*” (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*, cit., p. 15).



constituídos pela “esfera do não decidível”³¹, representando garantias para efetivação dos vínculos decorrentes dos direitos fundamentais sociais.

Não há que se falar, desta forma, de ofensa à separação de poderes. Assim, o que realmente diferencia os poderes é a tônica de sua legitimidade, ou seja, exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo), ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). As funções de garantia estão, desta forma, diferenciadas das funções de governo porque atuam para a conformação da margem do decidível, colocando-lhe limites e vínculos definidos pelos direitos fundamentais. Trata-se dos limites e vínculos desenhados pela esfera do “não decidível que” (direitos de liberdade) e do “não-decidível que não” (direitos sociais). A *função de garantia*, portanto, atua como função contramajoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do modelo constitucional garantista³². Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário brasileiro em políticas públicas é necessária para a completude deôntica do modelo garantista (MG), nos casos de omissão ou inconstitucionalidade dos atos demais poderes³³, esta atividade é tendencialmente cognitiva, por decorrer da interpretação do ordenamento jurídico em favor dos vínculos estabelecidos pelos direitos fundamentais e não da mera criatividade do juízo.

Assim, o controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa por identificar se está ocorrendo, no caso concreto, uma proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Estas linhas, máxima e mínima, evitam que o Estado deixe de

³¹ Conforme a terminologia de Luigi Ferrajoli, cf. FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*, § 1.1. Sobre o paradigma constitucional garantista consultar ainda FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto*, p. 891; FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, parte V; FERRAJOLI, Luigi. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari 2011, cap.I. Sobre as noções de “sfera del non decidibile” e de “sfera del decidibile”, cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto*, §§ 11.18 e 12.6, pp.819-824 e 872-876 e *Principia iuris. Teoria della democrazia*, cap.XIII e § 15.1, pp.303-308; FERRAJOLI, Luigi. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013. (FERRAJOLI, Luigi. *Dos direitos e das garantias. Conversação com Mauro Barberis*. Salvador: Juspodivm, 2017, no prelo, trad. e org. ZANETI JR., Hermes; SALIM, Alexandre; COPETTI NETO, Alfredo. Coleção *Teoria e Processo*).

³² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 03.03.2014.

³³ Sobre o modelo garantista (MG) proposto por Luigi Ferrajoli, ainda, FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti*, §§ 2.1; 5.4/5.9, com a explicitação dos quatro postulados do modelo MG, subdividido em: legalidade; completude deôntica; jurisdicionalidade e acionabilidade.



prestar a tutela adequada aos direitos fundamentais. Ultrapassadas estas linhas, a intervenção é obrigatória. “O exame da suficiência da política pública incumbe ao Poder Judiciário, como forma de assegurar o conteúdo mínimo de proteção”.³⁴ Ora, se o Judiciário deixar de agir ele mesmo estará incorrendo na proibição de proteção insuficiente, vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais³⁵, sendo a sua função atuar como instituição de garantia secundária, para o caso de a previsão das garantias primárias não serem efetivas.

Nesse sentido, entendeu o STF: “*Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, §1º, V, CF/88). A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade. Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (Annäherungstheorie) às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamental de proteção da criança e do adolescente.*”³⁶

Em linha de conclusão, considerando tais premissas, não há como concordar com o controle judicial de políticas públicas *unicamente* nos casos em que ocorra ofensa ao mínimo

³⁴ Apelação Cível Nº 70028084986, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/02/2009, existem outros precedentes na mesma Câmara, “O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o implementam, embora vinculem o Estado e os cidadãos, devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo obrigação do Poder Judiciário fiscalizar a execução dessas políticas, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes (ar. 2º da CF/88), da reserva do possível ou da isonomia e da impessoalidade” (Apelação Cível Nº 70026405100, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 26/11/2008).

³⁵ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais*, p. 243.

³⁶ Pedido de suspensão de liminar nº 235, Rel. Min. Gilmar Mendes, já citado pelo Des. Miguel Ângelo da Silva, nota *supra*. Na doutrina, STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, p. 180, mar. 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, p. 107, 132, jun. 2005.



existencial³⁷. O compromisso do Estado Democrático Constitucional é com a efetivação dos direitos fundamentais como um todo e a proibição de sua proteção insuficiente revela-se parâmetro de destaque nesse sentido. A existência de ofensa ao mínimo existencial, com certeza, apenas reforça esse argumento.

O controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa por identificar se ocorre, no caso concreto, *proibição de excesso (Übermassverbot)* ou *proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)*, ou seja, da ultrapassagem pelo poder público da margem do decidível, quer pela conduta comissiva, *não-decidível que*, quer pela omissiva, *não-decidível que não*. Em caso afirmativo, ultrapassadas as linhas máximas e mínimas, a intervenção corretiva é obrigatória, para garantia dos limites e vínculos que no constitucionalismo garantista decorrem da adoção de um modelo de direitos fundamentais.

9. Conclusão

As decisões estruturantes servem para tornar efetivas as reformas estruturais necessárias ao cumprimento integral dos vínculos, daquilo que o legislador e o constituinte estabeleceram como *“não-decidível que não”*,³⁸ que caracteriza os modernos Estados Constitucionais como democracias de direitos, democracias para tutela dos direitos fundamentais, independentemente das opções políticas e econômicas do Estado e do mercado.

³⁷ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos sociais como direitos fundamentais*, p. 241; FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*, p. 74, nota 4. Realçando a importância do mínimo existencial: BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revistas de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, abril/junho, 2005, p. 87/88. O tema é complexo, e muito relevante, ligado à dignidade humana Para o conceito de dignidade humana, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007; ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 215.



Referências bibliográficas:

ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revistas de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, abril/junho, 2005

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Vol. IV.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 03.03.2014.

_____. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013. (FERRAJOLI, Luigi. *Dos direitos e das garantias. Conversação com Mauro Barberis*. Salvador: Juspodivm, 2017, no prelo, trad. e org. ZANETI JR., Hermes; SALIM, Alexandre; COPETTI NETO, Alfredo. Coleção *Teoria e Processo*).

_____. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004.

_____. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma/Bari: Laterza, 2013.



_____. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*. Roma/Bari: Laterza, 2011.

_____. *Principia Iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007.

FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JOBIM, Marco Felix. "A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência". *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 98, p. 107, 132, jun. 2005.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. "A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais". *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, p. 180, mar. 2005.



VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.



Taking justice seriously: the problem of courts overload and the new model of judicial process

Alessandro Martinuzzi

Post-doctoral fellow in comparative law at the University of Bologna, Italy. Ph.D. and Former Visiting Fellow at the Cardozo Law School of New York, U.S.A.

Table of content: I. INTRODUCTION. II. MODELS, MECHANISMS AND PROCEDURES FOR DEALING WITH JUDICIAL CASE OVERLOAD: A. Cooperative management of the case and re-allocation of resources: 1. The cooperative model of case management; 2. Managing the case between the principle of preclusion and the State liability for violation of the right to speedy trial; 3. Court efficiency as a constitutional value. B. Alternative Dispute Resolution frameworks: 1. The “hard” approach of the formal preemptive mechanisms; 2. The private expert assistance and arbitration as main instruments of the “soft” approach. C. Filtering cases on appeal: 1. Case selection through leave to appeal; 2. Case selection through limited jurisdiction and conformity to precedents; 3. The Spanish «*doctrina legal*» and the German requirement of «fundamental importance» of the issue. III. CONCLUSIONS: A NEW MODEL OF JUDICIAL PROCESS.

Abstract: This article traces a profound world-wide metamorphosis of the judicial process. It analyses recent procedural legislations adopted in the United Kingdom, the United States of America, France, Germany, Spain and Italy fashioned to address the problems of unreasonable delay and access to justice. The main tendencies that emerge from the analysis outline the passage from an authoritarian model of adjudication to a more cooperative approach based on flexibility of the time schedule and availability of alternative choices. Moreover, an instrument generally adopted to reduce the demand for justice is the selection of meritorious cases on the basis of the conformity to precedents. It is, indeed, a procedural law development that may change the perspective on the civil law-common law divide.



Keywords: civil procedure, reform, ADR, case-management, precedent, judicial overload, unreasonable delay of justice.

I. INTRODUCTION

The constant expansion of the role of judiciaries represents a common feature in civil law as well as in common law systems. Such a phenomenon has, indeed, assumed a world-wide dimension¹.

According to Professor Cappelletti², there are two forceful reasons for this development. One is the tremendous growth of parliamentary – and, more generally, of statutory- intervention in our epoch. Paradoxical as this might seem, the expansion of legislation has brought about a parallel expansion of judge-made law.

A further forceful reason for the expansion of the scope of judiciary law is the trend, in many countries, towards the adoption and judicial enforcement of declarations of fundamental rights. There can be little doubt that a judicially enforceable bill of rights, particularly if organically entrenched, adds greatly to the potential creativity of judges. More generally, the growth of the judicial role in modern societies can be seen as a necessary development to preserve a democratic system of checks and balances.³

Nonetheless, this constant expansion of the role of courts is strictly related to an overwhelming increase of the demand for adjudication. New generations of rights and statutory uncertainty have as a consequence the multiplication of individual instances for a judicial assessment of individuals' constitutional and social space. At the same time, old fashioned organization of the judiciaries has proved to be largely inadequate to fulfill the task. The consequent duty to manage the huge case-load within the limits of due process rises two main concerns: a) the need to limit the proceedings within a reasonable time, and b) the need to guarantee an affordable access to the justice service to the largest extent possible.

These concerns are currently at the center of debates around reform projects of judiciaries in Europe as well as in the US. However, under an economic perspective, the different approaches to the

¹ A Zuckerman, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspective of Civil Procedure*, (New York: Oxford University Press, 1999), 13.

² M Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press, 1989), 10-6.

³ For these reasons, the need to limit the scope of the present study led the research to focus mainly on civil and constitutional litigations, even if some due process considerations extend also to criminal proceedings.



problem show two main general tendencies: a) adjusting the supply-side of the justice service «market» by reorganizing courts, improving efficiency and differentiating the offer of dispute resolution systems; b) adjusting the demand-side of the justice service «market» by restricting access to the courts' system, transforming disputants in negotiators and better pursuing the certainty of the law. Even if a rough appreciation of these two approaches would induce to associate the first tendency with most European Continental systems and the second tendency with some common law traditions, it must be said that the different experiences are often transversal and a mix of various solutions. The purpose of this analysis is to compare the different experiences around the world and to draw contextualized models in order to appreciate their effectiveness and sustainability for judicial systems that have to deal with the problem of case overload.

II. MODELS, MECHANISMS AND PROCEDURES FOR DEALING WITH JUDICIAL CASE OVERLOAD

A. Cooperative management of the case and reallocation of resources

The need to deal somehow with the increasing judicial case-load has been an issue in American public debate since the nineteenth century. Indeed, beyond the common people perception of the justice service, some data had been progressively made available for the political debate on the justice administration.

When the Department of Justice assumed the responsibility for coordinating the legal business of the federal government, a first regular and sustained effort was made to document the workload of the courts.⁴ In fact, the 1870 Act that established the Department of Justice required the attorney general to submit annually to Congress a report on the “business” of the Department and “any other matters appertaining thereto that he may deem proper”.⁵

In 1873, Congress further instructed the attorney general to report “a statement of the number of causes, civil and criminal, pending during the preceding year in each of the several courts of the United States.” Thereafter, the attorney general’s annual report had also included statistics on private litigation in the courts.⁶

⁴ See DS Holt, *Debates on the Federal Judiciary: A Documentary History*, Vol. II: 1875-1939, Federal Judicial Center, Federal Judicial History Office (2013), available at www.fjc.gov.

⁵ See the Act to Establish the Department of Justice, ch. 150, 16 Stat. 162 (1870). See also A Langeluttig, *The Department of Justice of the United States*, (Baltimore, MD: The Lord Baltimore Press, 1927), 9.

⁶ See Holt (n 4).



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Politicians, federal judges, and elite corporation lawyers in the American Bar Association have constantly pressed Congress to adopt innovations in court organization and administration to help the courts to process more cases and more efficiently use judicial resources. They advocated to grant the Court greater authority to manage the judicial system. Among them, Chief Justice William Howard Taft believed that greater judicial control over court resources and operations would have kept rising delays and costs of litigation in check and preserved the legitimacy of federal judicial power.

In 1922, Congress, in response to Chief Justice Taft's proposal, created a new Conference of Senior Circuit Judges⁷ (then named, in 1948, as Judicial Conference of the US⁸), with the authority to study court conditions, to recommend the appointment of new judges, and to authorize the chief justice to transfer judges across circuit lines. Taft argued that judges were the best qualified to know how to manage the judiciary and wanted to take questions of where judges would be assigned away from the political considerations of Congress. Taft's plan generated strong criticism from those who saw all of those things as the proper realm of the legislative power.

By the 1930s, members of the Conference of Senior Circuit Judges, concerned about the influence that Congress and the executive branch had over court finances and administration—and with the ultimate support of the Department of Justice—persuaded Congress to usher in a new era of judicial branch independence with the creation of the Administrative Office of the US Courts.⁹

Debates over the federal courts also touched on the other hallmark of American government: federalism. Defenders of states' rights protested that the broadened diversity jurisdiction of federal courts¹⁰ over common law disputes represented an unwarranted transfer of authority from state courts to federal courts. The Supreme Court's broad interpretation of the Fourteenth Amendment's Due Process Clause, as well as district judges' use of injunctions against state officials, signaled to many Democratic lawmakers that state government authority was being threatened by federal judges. Their proposals for limiting federal jurisdiction led the representatives of eastern business and financial interests to defend the authority of federal courts. They saw this level of jurisdiction as indispensable in an economy increasingly defined by commercial transactions and relationships that crossed state boundaries.

⁷ Ibid, 180.

⁸ See 28 U.S. Code, section 331.

⁹ 28 USC, sections 601-612.

¹⁰ See Art III, section 2 of the US Constitution.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

The proposals to adapt the federal courts to handle their increased responsibilities also led to ongoing debate about access to justice. A major aspect of the debate over creating new circuit appeals courts in the 1880s was what kinds of cases could be taken to the Supreme Court. The new, intermediate level of appeal courts meant that the Supreme Court would no longer serve as—at least in principle—the final arbiter of disputes for all Americans.

Indeed, the debate over the 1925 Judges' Bill, which increased substantially the Supreme Court's discretion over its appellate docket, represented to many the further erosion of access to the highest court in the land.

The Administrative Office of the US Courts, based on studies conducted by the Federal Judicial Center¹¹, began in 1971 to present weighted case filings, which measured the amount of time and resources required to dispose of different kinds of cases. These statistics support decisions on a host of administrative tasks in the courts, including budget allocation for court staff and resources, equipment, and information technology; determining the location of divisional offices; defining the need for new judgeships and new courthouses and courtrooms; and developing long-range planning for the federal judiciary.

While the US Congress has recognized the need to reduce the federal court case-load, it has also realized the necessity of maintaining litigant access to federal courts in cases involving important federal questions.¹² Legislation has, thus, been introduced to ease the case-load burden in federal courts by: 1) increasing the numbers and types of judges and magistrates¹³, 2) removing some cases from the judicial system altogether¹⁴, and 3) shifting diversity jurisdiction cases to state courts.¹⁵ In addition, the

¹¹ Studies and data are available at <http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/courts.html>.

¹² See on the topic, RA Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform* 59 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985); DR Cleveland, *Overturing the Last Stone: The Final Step in Returning Precedential Status to All Opinions*, (2009) 10 JAppPrac&Process 61, 63; W Shafroth, *Survey of the United States Courts of Appeals*, (1967) reprinted in 42 FRD 243; MJ Dragich, *Once a Century: Time for a Structural Overhaul of the Federal Courts*, (1996) WisLRev 11, 12; DP Lay, *Query: Will the Proposed National Court of Appeals Create More Problems Than It Solves?*, (1982–1983) 66 Judicature 437, 437; M Rosenberg, *Enlarging the Federal Courts' Capacity to Settle the National Law*, (1975) 10 GonzLRev 709, 711; PD Carrington, DJ Meador & M Rosenberg, *Justice on Appeal*, (West Pub. Co., 1976); WH McCree, *Bureaucratic Justice: An Early Warning*, (1981) 129 UPaLRev 777, 781–82; JH Wilkinson III, *The Drawbacks of Growth in the Federal Judiciary*, (1994) 43 EmoryLJ 1147, 1157.

¹³ See, for instance, the so-called “Omnibus Judgeship Bill”, Pub L No 95-486, 92 Stat. 1629 (1978) or the Bankruptcy Reform Act of 1978 that amended the Bankruptcy Code, 11 USC, sections 101-1501 (1979).

¹⁴ See the Dispute Resolution Act of 1979.

¹⁵ M Lakin & E Perkins, *Realigning the Federal Court Caseload*, (1979) 12 LoyLALRev 1001, 1002, available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol12/iss4/8>.



creation of a National Court of Appeals¹⁶ was proposed to reduce the caseload of the circuit courts of appeals by giving certain kinds of federal courts national appellate jurisdiction.

1. The cooperative model of case management

The adoption of a scheme of case management, including the tracking of cases into different categories of review, has also increased court efficiency and helped to deal with the increased volume of appeals.¹⁷ Case management seeks to deal with case volume in multiple ways including: 1) diverting some cases from any judicial attention by promoting resolution between the parties; 2) reducing the judicial attention needed by placing some cases on a staff disposition track; 3) reducing or removing the need for judicial attention to motions and procedural matters by resolving them at the staff level; and 4) improving the efficiency of judicial attention by narrowing the focus of the appeal and improving the quality of briefs and argument.¹⁸ This is true even where judges play a role in case management, though, typically the process is staff administered.

A key feature of the American case management is the pre-hearing conference. Early in the appeal, counsel meet with court staff to discuss the issues and process of the appeal. The staff attorney attempts to clarify and narrow the issues on appeal, explore the possibility of pre-hearing settlement, and set technical limits, such as scheduling or joint appendix contents, that will aid in resolution. Many case management programs have case diversion or pre-hearing resolution as a goal, and some go so far as to call them settlement conferences or to employ volunteer mediators.

While case management plans and experiences with them have varied among the circuits, in general, they are reported as being successful at improving efficiency and the processing of cases.¹⁹

The idea of a cooperative management of the case started taking place since the 1980s onwards, not only in the US, determining a radical change in the way of administering justice. As a

¹⁶ *Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court*, 57 FRD 573, 590 (1973).

¹⁷ J Goldman, *The Civil Appeals Management Plan: An Experiment in Appellate Procedural Reform*, (1978) 78 ColumLRv 1209; IR Kaufman, *Must Every Appeal Run the Gamut?—The Civil Appeals Management Plan*, (1986) 95 YaleLJ 755; *id.*, *New Remedies for the Next Century of Judicial Reform: Time as the Greatest Innovator*, (1988) 57 FordhamLRv 253; *id.*, *The Pre-Argument Conference: An Appellate Procedural Reform*, (1974) 74 ColumLRv 1094.

¹⁸ DR Cleveland, *Post-Crisis Reconsideration of Federal Court Reform*, (2013) 61 ClevStLRv 47, 69, available at <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol61/iss1/4>

¹⁹ See *ibid*, 70.



matter of fact, by that time in France, the heads of jurisdictions²⁰ have started stipulating collective covenants with the *Bâtonniers* (ie Presidents) of the local Bar Associations in order to regulate the judicial procedure.²¹ These covenants are generally intended to rule in detail the so-called *mise en état* (ie the preliminary phase)²² that is the judicial phase which characterizes the most complex form of judicial proceedings (ie the so-called 'circuit long' and the appeal procedure).

The positive tendency of the French trials to adapt to the object and to the complexity of the controversy under the supervision of the judge, but with the participation of the parties,²³ did let emerge the need to set forth homogeneous rules among the different jurisdictions and even before the same tribunal. At the beginning, therefore, the covenants were spontaneously adopted to pursue uniformity among jurisdictions in a system that allows the parties of a single case to decide, together with the judge, the progression of the case.

This model was, then, taken into consideration by the commission constituted by the government with the purpose to modernize the civil procedural law and to face the problem of unreasonable delay of the justice service.²⁴ The commission, headed by Jean-Claude Magendie²⁵ and composed of several magistrates, lawyers and law professors, eventually proposed to develop the collective covenant model²⁶ on the base of the success of this autonomous source of rules.

One of the most important features of the French collective covenants is the provision about the *contrats de procédure*.²⁷ These contracts of procedure are effectively arrangements agreed on by the judge and the parties during the *mise en état* in order to set customized deadlines for the specific controversy. This flexible and innovative tool has proved to be very helpful in order to speed up trials

²⁰ More specifically, Presidents of Tribunaux de Grande Instance or Cours d'appel; see Canella, *Gli Accordi Processuali Francesi volti alla Regolamentazione Collettiva del processo Civile*, 399- 434 in G Berti Arnoaldi Veli, *Gli Osservatori sulla Giustizia civile e i protocolli di udienza*, (Bologna: Il Mulino, 2011).

²¹ See J-C Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps du procès*, (Paris, 2004).

²² The phase of *mise en état* is present only before the *Tribunal de Grande Instance* (see Art 763 cpc) and before the *Cours d'appel* (see art 910 cpc).

²³ We see, therefore, also in the French context a sort of hybridization of the inquisitorial model with the adversary model.

²⁴ Magendie (n 21).

²⁵ Then President of the Tribunal de Grande Instance of Paris. See on this point Berti Arnoaldi Veli (n 20), 402-403.

²⁶ R Tudela, *Décret du 28 décembre 2005: vers une contractualisation de la procédure civile?*, in GazzPal, 2006, Doctr 789.

²⁷ L Cadiet & E Jeuland, *Droit judiciaire privé*, (Paris, 2009), 617.



and to save resources, as recognized in the *Rapport Magendie* of 2004.²⁸ For this reason, the French legislator decided in 2005 to formally introduce it in the Code of Civil Procedure (see new Art. 764 cpc).²⁹

During the mid-nineties, a cooperative model of case management was also adopted in England through the extensive reform project of the civil procedure that followed the report on access to justice commissioned by the Lord Chancellor to Lord Harry K. Woolf.³⁰

It is well known that the nature of England's adversary system had fostered for a long time an unrestrained climate of advocacy in which «the litigation process [was] too often seen as a battlefield where no rules apply. In this [adversarial] environment, questions of expense, delay, compromise, and fairness [might] have only a low priority. The consequence [was] that expense [was] often excessive, disproportionate, and unpredictable; and delay [was] frequently unreasonable».³¹

In Woolf's opinion, the adversary system's esteem for litigants autonomy and the authority of the parties to control and shape their proceedings without restraint remained at the core of the problems of English civil process. Expanding on his central insight into the «combative» adversarial environment, Lord Woolf found that the exorbitant cost of litigation rendered it unaffordable and deterred individual litigants from seeking relief—resulting in a denial of access to justice.³²

For these reasons, Woolf proposed: a) to delineate a scheme of fixed costs, b) to simplify the High Court system by providing a single set of procedural rules, and, most importantly, c) to introduce a new system of case management.³³

However, in contrast with the French experience, the English «fundamental shift» in the responsibility for the management of civil litigation was from the litigants to the courts, and not the

²⁸ See Magendie (n 2121), 83.

²⁹ *Décret* n. 2005-1678 of 28 December 2005, in JO, 29 December 2005, p. 20350, and entered into force on 1 March 2006.

³⁰ See Lord Woolf, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* 4 (1995), available at <http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm> [hereinafter Lord Woolf, INTERIM REPORT].

³¹ *Ibid*, 8-9.

³² SM Gerlis & P Loughlin, *Civil Procedure*, Abingdon: Routledge Cavendish, 2004. The Lord Chancellor appointed Lord Woolf to evaluate the rules and procedure of civil courts in England and Wales. The result of Lord Woolf's examination produced two reports issued by the Lord Chancellor's Department: an Interim Report in 1995; and a Final Report in 1996. The findings and recommendations detailed in both of these reports provided the foundation for subsequent legislative reform to England's civil procedural system.

³³ KM Vorrasi, *England's Reform To Alleviate The Problems Of Civil Process: A Comparison Of Judicial Case Management In England And The United States*, JOLeg. (2004) 30:2, 361



inverse.³⁴ Under this transformation, the methods in which cases proceed to trial not only changed, but, more markedly, the heightened responsibility of judges to engage in active case management drastically altered the former adversarial culture. Judges, rather than the parties, maintain the ultimate task of identifying and narrowing the issues and setting stringent time-tables in an effort to reduce cost and delay and to encourage settlement.³⁵

At a broader structural level, Lord Woolf believed that judicial case management was the primary means by which the problems of common law process—cost, delay, and complexity— could have been resolved.³⁶ Lord Woolf's enlightenment and emphasis on judicial case management still constitute the foundational philosophy of the Civil Procedure Rules of 1999 (CPR) and of the English civil litigation system as a whole.³⁷

A similar transformation occurred also in Spain as a consequence of the 1984 reform of the civil procedure. Spanish civil procedure was governed from 1881 until 2001 by the 1881 Code of Civil Procedure, as partially reformed from time to time.³⁸ The reforms that followed the promulgation of the 1978 Constitution are especially important for this Constitution reviewed the liberal inspiration of the old Code and did set up the main features of the so-called constitutional procedural law. As a consequence, the ideological faithfulness to the idea of liberal justice (ie that procedural steps should not be taken *ex officio*) left the pace to constitutional principles such as due process and fair trial.

³⁴ See Lord Woolf, INTERIM REPORT, (n 30) 18. See also C Elliot & F Quinn, *English Legal System* (third ed. 2000) 103–04; J Resnik, *Managerial Judges*, (1982) 96 HarvLRev 374, 376.

³⁵ See *id.* Lord Woolf broadly defined case management to include: identifying the issues in the case; summarily disposing of some issues and deciding in which order issues are to be resolved; fixing timetables for the parties to take particular steps in the case; and limiting disclosure and expert evidence. See Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* 14 (1996), available at <http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> [hereinafter Lord Woolf, FINAL REPORT].

³⁶ See Lord Woolf, INTERIM REPORT (n 30) 21.

³⁷ 'A system of civil justice is essential to the maintenance of a civilized society. The law itself provides the basic structure within which commerce and industry operate. It safeguards the rights of individuals, regulates their dealings with others and enforces the duties of government': Lord Woolf, INTERIM REPORT (n 30) 2. 'The new landscape will have the following features: Litigation will be avoided wherever possible. (a) People will be encouraged to start court proceedings to resolve disputes only as a last resort, and after using other more appropriate means when these are available. (b) Information on sources of alternative dispute resolution will be provided at all civil courts': Lord Woolf, FINAL REPORT (n 35) 4.

³⁸ The most significant reforms to the 1881 Code of Civil Procedure were introduced by the Act n. 34 of 6 August 1984. The Act amended, amongst other things, the right to free justice (*derecho a la justicia gratuita*) and turned the *proceso de menor cuantía* into the standard procedure. This procedure includes an initial phase where procedural obstacles are cleared and where the subject matter of the proceedings is defined. Less important reforms were introduced by the Acts numbers 13/1983, 21/1987, 15/1989 and 10/1992.



Under the new constitutionally pondered civil procedure, judicial resources could be no more at the complete disposal of the parties and a case shouldn't develop exclusively depending on whether the parties - mainly the plaintiff- take the necessary procedural steps according to the prescribed formalities.³⁹ Before this transformation only the parties were able to avoid the paralyzation of the case and the end of the proceedings without a judgment on the merits as a result of 'non-suit' (*caducidad de la instancia*).⁴⁰

By the Statute n 34 of 1984 the Spanish Legislature supported to a certain extent the introduction of proceedings *ex officio* so that also the judge was allowed to play some role in the development of the trial. The Legislature rightly declared that the public law aspects of civil procedure should prevail over the private nature of civil disputes. Thus, the Spanish Parliament decided that the social need for legal certainty in private relations was more important than the potentially changeable individual interests of the parties, whose legal protection is still a State obligation. However, despite this new conceptual starting point, a formal abolition of the institution of 'non-suit' (*caducidad de la instancia*) did not take place.

Nonetheless, it is clear how a sort of cooperative model to manage the trial emerged also in the Spanish legal system.

Furthermore, the four ordinary procedures that came into being with the introduction of the old Code did not allow the court to inform the parties about the fact that they did not meet the criteria for filing an action, that they did not meet the criteria for standing, or that they had not fulfilled any of the procedural formalities (*presupuestos procesales*).

It must be borne in mind that these criteria are the minimum requirements for a due process. Apart from jurisdictional and related issues, such as the capacity of a party, legal standing and legal representation - which the court could decide upon *ex officio* - the judge only had two possibilities left if the parties did not realize that certain procedural requirements had not been met: a) he/she could have declared the action void (*nulidad*)⁴¹; or b) he/she could have dismissed the action or issued a *sentencia formal or procesal*, which left the merits of the case undecided. In all these cases a new action on the

³⁹ According to the statistics in the *Libro Blanco de la Justicia (Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, Madrid, 1997, 157)* the average civil case lasts 8.84 months.

⁴⁰ Cf Articles 411- 420 of the old Code of Civil Procedure.

⁴¹ Cf Articles numbers 238(3), 243 and 240(2) Code of Judicial Organization.



merits could be started since the case would not have been decided upon its merits as the result of the above rulings.⁴²

Obviously, the above situation was an important cause of delay and a reinforcement of the judge-parties procedural cooperation could have been expected as a result of the general trend. Instead, the Spanish Legislature tried to solve the problem by reforming the original complicated model of procedure (*juicio de mayor cuantía*) following the idea that a more simplified and customized set of procedures would have helped the parties to meet all the criteria.

Firstly, four types of ordinary procedure were created, depending on the value of the claim (*juicio de mayor cuantía*, *juicio de menor cuantía*, *juicio de cognición* and *juicio verbal*). These procedures were meant for solving cases that did not need special procedural regulations. The 1984 reform resulted in the *juicio de menor cuantía* becoming the ordinary procedure *par excellence*. Secondly, more than thirty special procedures were created though the overall system of civil procedure resulted, eventually, to be much more complicated so as to produce effects which were the opposite of those intended. Moreover, one of the several side-effects of the excessive plurality of procedures was the establishment of different time-limits for the fulfilment of identical procedural steps, depending on which procedure was being used.

2. Managing the case between the principle of preclusion and the State liability for violation of the right to speedy trial

In this respect, it should be kept in mind that, for many years, time-limits have played an important role as regards the principle of preclusion⁴³: after a specific time-limit had elapsed, the performance of the procedural step for which it had been granted would not be allowed anymore to the parties. As a matter of fact, the application of such a principle has always tended to speed up the development of the trial curtailing dilatory strategies.

The role of preclusion rules in the progression of civil proceedings has been an issue also in Germany, especially after the enactment of the Simplification Amendment of 1977.⁴⁴ Indeed, such a

⁴² CH van Rhee (ed), *The Law's Delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, (Groningen/Antwerpen: Intersectie Uitgevers, 2004), 315-334.

⁴³ See Article 306 of the old Code of Civil Procedure.

⁴⁴ *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, (Bonn: Bundesjustizministerium, 1961), 178, 196.



piece of legislation was intended to exploit the function of procedural preclusions in order to favor the adoption of the model based on a concentrated hearing proposed in 1966 by Fritz Baur (a member of the Commission for the Reform of the civil procedure established in 1961).⁴⁵

The idea at the base of the Amendment was that the judge (or the panel) shall prepare the case in such a way that it can be decided (or otherwise settled) after one oral hearing, the so-called main hearing.⁴⁶ The law requires the judge to prepare proceedings either in writing or in one preparatory hearing.⁴⁷ In addition, the parties are required to produce their evidentiary means at the correct time according to the standard of a litigant who is engaged in his/her lawsuit diligently with the intent to promote its due course.⁴⁸

This duty of the parties to promote proceedings and to cooperate with the court is compelled by impending sanctions by the court. If the judge sets deadlines, means of attack and defense which are brought late are excluded if their admission would delay the settlement of the legal dispute and there is no reasonable excuse for being late.⁴⁹ This is the case even if the deadlines are set before the so-called first early hearing. Whether the judge sets deadlines or not is, however, subject to his free discretion, because all relevant rules declare that the judge “may” do so.⁵⁰ If the judge has not set any deadlines, he can preclude the parties only if the admission of their arguments would delay ending the proceeding and the party concerned has acted with gross negligence. Arguments and evidence which are rejected at first instance are also incapable of being brought afterwards in the appellate instance.⁵¹

However, the scheme provided by the Simplification Amendment left a significant problem unsolved in the German system.

In fact, whereas a party whose arguments were rejected in the first instance was also precluded in appellate proceedings⁵², a party who was afraid to be late in the first instance and did not put forward the argument during that phase at all could plead it in the appellate instance and was only precluded if the argument would have delayed the second instance. As the Court of Appeal was obliged to prepare

⁴⁵ F Baur, *Wege zu einer Konzentration der Mündlichen Verhandlung im Prozess*, (Berlin: De Gruyter, 1966).

⁴⁶ See Code of Civil Procedure (ccp), section 272.

⁴⁷ See sections 275, 276 ccp.

⁴⁸ See section 282 ccp.

⁴⁹ See section 296 ccp.

⁵⁰ Cf section 275 I 1, III, IV, section 276 I 2, section 277, ccp.

⁵¹ See section 528 ccp.

⁵² Ibid



and have an oral hearing on the appeal, the party could, as matters stood, escape the final preclusion in the first instance by raising the argument only in appellate proceedings. This possibility did let the parties to strategically allocate their argumentative burden between the two level of jurisdiction, making the appellate review almost unavoidable.

In the Spanish context, moreover, the interaction between the principle of preclusion and the disparity of time-limits for taking identical procedural steps in different types of procedures resulted in confusion and a slowing down of civil proceedings.

It's not of little importance, though, that the introduction of a similar system of preclusive rules as regards acts that had to be performed by the court was not possible. As a consequence, the Spanish Constitutional Court⁵³ affirmed that judicial delays had to be justified by the responsible court itself, eg, by referring to the heavy case-load. Such a justification does, however, not free the court from disciplinary measures.

After the enactment of the 1978 Constitution, the *Tribunal Costitucional* has distinguished three situations where the culpability for undue delays of judges and magistrates who allege the justification of excessive workload of the court, is at stake: a) the situation where for extraordinary reasons an unexpected accumulation of cases occurs (in this situation, the right to a process without undue delays is not violated); b) the situation where, for a prolonged period of time, delays occur as a result of the inactivity of a particular court (in this case the right to a speedy trial is breached); and c) the situation where delays occur as a result of deficiencies in the judicial organization due, for example, to a shortage of means and staff (also in this case the State would be liable).⁵⁴

This shift of attention from the management of the case to the sanction of unreasonable delaying conducts seems to be a feature that characterizes also the Italian experience.

In recent years, in fact, the Italian government has taken a number of measures to address the inefficiencies and bottlenecks in the functioning of the justice system. Although some of these include measures to reduce case inflow (eg, by increasing court fees, creating appeal barriers, and changing lawyers' fee structure), promote out-of-court settlements (including by further enhancing mandatory mediation), reduce the number of courts (by creating economies of scale and fostering specialization), and strengthen court management (eg, by giving a greater management role to the Chief Judge of a

⁵³ See Cases n 133/1988 and n 144/1995 of the Spanish Constitutional Court.

⁵⁴ See, for example, Spanish Constitutional Court decisions n 24/1991, n 5/1985 and 20/1995.



court, creating case schedules, managing judges' workload), one of the most relevant innovation concerned the sanction of State officials' conducts that generate unreasonable trial delays.

To this end, the so-called «Pinto» Act⁵⁵ was introduced in 2001 giving litigants a right to damages in case of excessively lengthy court proceedings. The Pinto Act, however, did not have the intended effect of speeding up the court process because it failed to build in the necessary incentives for the judiciary to reform.⁵⁶ As a matter of fact, the statute was the result of European pressures upon the Italian government due to the European Court of Human Rights decisions condemning the Member State for violation of the right to speedy trial.⁵⁷ The Pinto Act was, therefore, strictly tailored to endow individuals with a remedy against the State, rather than to address the problem of the unreasonable delay of proceedings from a systematic perspective. Not surprisingly, the statute ended up to generate additional litigation and budgetary costs.⁵⁸ The compensations awarded for actions filed under the Pinto Act amounted to € 451.633.735,96 by June 2015.⁵⁹

In response to the Council of Europe's Committee of Ministers Interim Resolution CM/Res DH (2010) 224, the government enacted new legislation in 2012 which aimed at clarifying the scope of the

⁵⁵ Act of 24 March 2001, n 89 "Provision of equitable redress in case of violation of the reasonable length of trial and amendment of article. n. 375 of the code of civil procedure", as then amended by the Act of 7 August 2012, n 134, and by the Act of 6 June 2013, n 64.

⁵⁶ Thus, even though the Pinto Act specifically gave the Italian Court of Auditors the right to impose on judges the obligation to contribute to the damages, this right was hardly exercised, if ever. The compensation for Pinto Act cases did not, in fact, cut into the budget for the courts since a special allocation was granted. The Pinto Act, therefore, failed to create individual and institutional incentives for change; see Dipartimento affari giuridici e legali (Presidenza del Consiglio dei Ministri), *Relazione al Parlamento anno 2010: l'esecuzione delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti dello Stato Italiano- legge 9 Gennaio 2006, n 12* (2010).

⁵⁷ See, among others, *Foti and others v. Italy* 7604/76 [1982] ECHR; *Milasi v. Italy*, 10527/83 [1987] ECHR; *Baggetta v. Italy*, 10256/83 [1987] ECHR; *Adiletta and others v. Italy* 13978/88 [1991] ECHR. See also *Capuano v. Italy*, 25 June 1987; *Scopelliti v. Italy*, 23 November 1993; *Muti v. Italy*, 23 March 1994.

⁵⁸ By 2011, about 50,000 Pinto Act cases were filed before the Italian Courts of Appeal, a fair number of which involved complaints of late payments of compensation awarded under Pinto Act actions. See M Fabri, "The Italian maze towards trials within reasonable time," in *The right to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights*, (Report of the Council of Europe & the Republic of Slovenia, 2009), 15; E Bossi, *The execution of the European Court of Human Rights' judgments in Italy: measures to reduce domestic excessive length of proceedings*, (The Netherlands Helsinki Committee report, 2012), available at www.academia.edu/1909051.

Not surprisingly, as of 2011, approximately, 5,000 of the 14,500 pending applications against Italy before the European Court of Human Rights (ECTHR) concerned "Pinto" proceedings, with more than 300 such applications arriving each month.

⁵⁹ Report on the administration of justice for the 2015 year, Department of Judicial Affairs, General Direction for Litigation and Human Rights, 25 January 2016, available at https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/anno_giudiziario_2016_dag.pdf.



Pinto Act, but it did not address the underlying incentive problems.⁶⁰ However, the new legislation reduced incentives for opportunistic behavior by introducing caps. Indeed, the number of cases filed before the courts of appeal has fallen significantly (from 15,300 new cases in the second semester of 2012 to 5,700 in the first semester of 2013).

It is worthy to note, furthermore, that the new extensive application by the Italian courts of art. 96, section 3, cpc (ie sanction of the parties for temerarious claims) seems perfectly coherent with the spirit of the Pinto Act.

3. Court efficiency as a constitutional value

The strong attention to prevent delaying conducts through the provision of sanctions must be seen, however, in the context of the new constitutional procedural law which contributed to give birth to a new approach to the justice service based on a balance between fundamental rights and the well-functioning of the system.

Indeed, this is the case of Spain where the constitutional framework of 1978 inspired the new Code of Civil Procedure which was enacted on 7 January 2000, and that came into force on 8 January 2002.

The new system of civil procedure that has been implemented contains important innovations as regards the prevention of undue delay in civil litigation. Following the dispositive principle (*principio dispositivo*), the new Code promotes with a higher intensity than the previous legislation amicable settlements as well as other means of enforcement (*subasta judicial*). Nevertheless, the judge has been given certain powers in order to speed up the development of the trial.

Following the example of the 1984 reform, the Spanish Legislature decided also to incorporate a preliminary hearing stage (*audiencia previa*) in the procedures of the new Code. The standardization of the preliminary hearing proved to be very useful for screening unmeritorious claims, adjusting irritual demands without a multiplication of cases and verifying procedural requirements.

Although the Italian Legislature was not able to adopt a new Code of Civil Procedure to better reflect the new constitutional framework, some structural changes were introduced in order to implement the new approach. Among these changes are included the adoption of streamlined first-instance court proceedings and the reform of the discovery phase by the adoption of the principle of

⁶⁰ See Article 55 Law-Decree n 83/2012 and converted by the Act n 134 of 7 August 2012.



“non-contestation” (see Art 115 cpc). Other measures such as “backlog-reduction teams” for specific courts, and the recent creation of an online platform for civil trials were also adopted. These measures proved successful in some pilot courts, with the Torino and Bolzano courts often presented as success stories. Some of the measures were supported by EU structural funds.⁶¹

The so-called “*Decreto del Fare*”⁶² of 2013 included, *inter alia*, some additional measures such as: a) law-clerk apprenticeships to work in courts and support judges; b) a task force of 400 magistrates to clear the backlog in the courts of appeal; c) new compulsory mediation; d) new associate judges in the Court of cassation; e) first hearing to be mandatorily scheduled within 30 days and settlement of litigations expected at the first hearing in most cases.

In the German context, the influence of the new approach is testified by the adoption of the Baur model of trial after the enactment of the Simplification Amendment and, especially, by the extensive Reform of Civil Proceedings of 27 July 2001 (effective from January 2002).

The role of the first instance judgment in general has been enlarged by limiting the standard of review on appeal. Additionally, the provision addressing the proceedings in the first instance have been revised to ensure a more efficient disposition of cases. More specifically, the Legislature has extended the competence of single judges, improved the framework for settling cases, increased the obligations of courts in an oral hearing, extended the authority of courts to take evidence, and made it easier to withdraw claims. Finally, in order to avoid a curtailing of legal protection and party satisfaction, the Legislature has also improved the remedies against violations of the right to be heard.

However, the most dramatic changes in the field of appellate remedies have affected the second instance appeal of facts and law. The standard of review has been reduced from complete re-

⁶¹ Since 2004, the EU supported a roll-out of the Torino and Bolzano courts’ experience to the entire country (Program Title: *Diffusion of best practices in the Italian Judicial Offices*). This program made some progress (eg for the Milan Court). However, the program faced implementation constraints as well as jurisdictional issues between regional and central authorities. The central government has taken a stronger role in program management since 2010-2011, with the Ministry of Public Administration setting up an effective central monitoring system in 2011 and the Ministry of Justice putting in place professional management in 2012. This helped secure the EU structural funds. See G Vecchi, *Systemic or incremental path of reform? The modernization of the judicial system in Italy*, (February 2013) Inter’IJCourtAdmin, and <http://ec.europa.eu/esf/main.jsp?catId=46&langId=en&projectId=416> .

⁶² See Act n 98 of 9 August 2013. Greater integration of magistrates (“*giudici onorari*”) into the “ordinary” court system could be considered, perhaps by amending Article 57 of the *Decreto del Fare* to allow the use of magistrates in proceedings before the Court of Appeal when it acts as single jurisdiction (“*Corte di appello in unico grado*”), such as the preparatory phase of proceedings under the Pinto Act.



examination of the case to correction of errors made in the first instance.⁶³ As a matter of fact, the problem related to the preclusion rules that was left unsolved by the Simplification Amendment was eliminated by the Reform of 2001. Additionally, the provisions on the proceedings in the second instance have been essentially streamlined. More specifically, the Legislature has adjusted the availability of an appeal, modified the requirements for filing and support of an appeal, increased the requirements for filing a cross appeal, extended the competence of single judges, enlarged the possibilities to dismiss an appeal, restricted the cases for demand of an appeal to the lower court, and eased the requirements for withdrawal of an appeal.⁶⁴

B. Alternative Dispute Resolution frameworks

The second general trend that emerged as a consequence of the need to deal with the excessive judicial workload is the provision of mechanisms to settle disputes out of court. Indeed, this way of adjusting the supply-side of the justice «market» is intended to bring back some disputes to private rooms so as to employ public resources to the shortest extent possible. Although arbitration is the most well-known means of alternative dispute resolution, in recent years different countries have introduced (or at least improved) judicial frameworks to divert disputes out of court under the supervision of the judge.

The civil procedure has thus been adapted in order to regulate a sort of double binary system where the court adjudication is no more predominant as in the past. However, the authority of the judge still represents a guarantee of the fairness and equality of the procedure to the extent he/she is called to supervise the formation of the agreement.

These frameworks have been generally welcomed by the legal communities since they constitute opportunities for an easier access to a quicker and less expensive method of resolving disputes.

This was certainly the case of France where in 2000 the Minister of Justice instructed Paul Boucher, a high-ranking judge in the Conseil d'État, to review and assess the system of

⁶³ See Drucksachen des Deutschen Bundestages (BTDrucks), n 14/4722, 58 (2001). See also H Däubler-Gmelin, *Reformdes Zivilprozesses*, (2000) 33 Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 33-38.

⁶⁴ RA Miller & PC Zumbansen (eds.), *Comparative Law as Transnational Law. A Decade of the German Law Journal*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 259-285.



legal aid since access to justice was particularly expensive and some parts of the populations were prevented from obtaining legal protection. For the purpose, a commission called *Commission de Réforme de l'Accès au Droit et à la Justice*, headed by Boucher, and consisting of four members (two judges, one practicing lawyer, and one consultant in social affairs), was appointed and submitted its report to the government in April 2001. In its consultation, the Commission heard from a large and diverse number of individuals and organizations who were directly involved in the administration of justice – such as judges, practicing lawyers, civil servants of the Ministry of Justice – but also including those less directly involved, such as insurance companies, consumer associations, trade unions, and a broad range of lay organizations.

This influential report was in fact a follow-up to the 1996 Coulon Report entitled *Réflexions et Propositions sur la Procédure Civile* (1997) in which Jean- Marie Coulon, the then head of the Paris court of first instance (*tribunal de grande instance*), similarly to the Woolf Report in England, made recommendations on various aspects of the French system of civil justice. Some of these recommendations were later implemented in a Decree of 28 December 1998 modifying the Code of Civil Procedure in respect of court structure, legal aid, and, especially, alternative dispute resolution (ADRs).⁶⁵

The new perspective adopted was based on the assumption that the recourse to a judge must not be considered as the first recourse but as a last resort and justice must not be without cost but an adequate cost, that is to say in the measure which does not limit substantially the requirements of equitable process. Cadet observed that it's this new procedural culture that one can attach to the triple tendency of a) de-judicialization of cases, b) the rationalization of procedure, and c) the restructuring of the proceeding.⁶⁶

Whereas the second and third tendencies consisted, as already mentioned, of extensive reform projects aimed to simplify and to make the procedure more flexible and customizable,

⁶⁵ E Steiner, *French Law. A Comparative Approach*, (Oxford: Oxford University Press, 2010), 277.

⁶⁶ L Cadet, *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*, *RitsumeikanLR*Rev, n 28 (2011), 367.



the first tendency was mainly correlated to the introduction of new instruments of alternative dispute resolution.

In 2008 new recommendations were made by the Guinchard Report⁶⁷ towards a more balanced distribution of the litigation workload throughout the court system, a reduction of the courts' workload through the transferred allocation of particular procedures to specialized clerks, the further development of existing modes of alternative dispute resolutions, and, more generally, a move towards a culture of dispute settlement by way of the introduction of a new *procédure participative*⁶⁸, that is a collaborative dispute resolution agreement taken from the US experience, and the adoption of Decree n 2010-1165, of 1 October 2010 dealing with conciliation and oral proceeding in civil, commercial and social matters.

1. The “hard” approach of the formal preemptive mechanisms

Of the period around the 2000s is also one of the main innovations of the English CPR, that is, the introduction of pre-action protocols. Formally, they are statements of rules that have to be enforced prior to referring the dispute to the courts. Substantially, they consist of an amalgamation of formalities to be followed as well as recommendations submitted to the parties and their lawyers. To some extent, these recommendations constitute a code of good conduct to put into practice before the case is officially contested before the courts. The protocols aim to encourage the exchange of early and full information, and ultimately to enable parties to avoid litigation by agreeing on a settlement of the claim before commencing proceedings.

The pre-action protocols have been a key in encouraging the use of alternative dispute resolutions. Indeed, in the Woolf Inquiry the use of ADRs was greatly encouraged. The different types of ADRs available provide quick informal procedures that involve a neutral third party who has the legal expertise in the relevant area of law to give advice and assist the parties. So

⁶⁷ S Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, Collection des Rapports Officiels, (Paris: La Documentation Française, 2008), 11-301.

⁶⁸ See Act n 2010-1609 of 22 December 2010 which modified articles 2062- 2068 of the Civil Code.



far it seems the English approach favored a formal preemptive mechanism the compliance to which constitutes a requirement to access the court system.

The purpose to reduce the courts case-load induced also the German lawmakers to consider introducing a limited mandatory mediation program although in this case the court system had been generally considered quite acceptable by the business community. The legislation that followed provided for an opening clause in the Introductory Law to the German Rules of Civil Procedure (*Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung*, EGZPO). The new section 15a of the EGZPO authorized the 16 German states (*Länder*) to establish mandatory mediation programs in civil cases. The mandatory character of these mechanisms resulted in a formal requirement to prove that an attempt of mediation was done before bringing the case to the court. The lack of such a proof may lead to a dismissal of the case on grounds of inadmissibility.

While judicially hosted settlement conferences and arbitration have traditionally been quite common, until a few years ago mediation and other forms of ADR were not well known in the German business world. Most German people were only familiar with non-binding third party assistance in the context of political bargaining or collective bargaining negotiations. Over the last fifteen years, however, the landscape of dispute resolution has significantly changed and mediation has now become part of the dispute resolution process in private bargainings.⁶⁹

Similarly, a mechanism of mandatory mediation has been introduced in 2010 as an important innovation of the Italian alternative dispute resolution system.⁷⁰ While originally limited to specific disputes only, the scope of the statute was extended in 2011.

The new system faced a number of challenges, both logistical and institutional. Despite the difficulties, reports indicate that the use of mediation has increased following the enactment of the law,⁷¹ and has been successful in siphoning off cases from the courts for at least some procedures.⁷²

⁶⁹ R Trittman, *Alternative Dispute Resolution in Germany*, (2002) ADR Bulletin, Vol. 5, n 4,.

⁷⁰ See Law-Decree n 28/2010.

⁷¹ According to the International Institute for Conflict Prevention & Resolution, the number of mediation procedures increased from 1,000 to 250,000 over 2009–10.

⁷² Cf Severino 2012, Bank of Italy communication, 29 June 2013.



This piece of legislation was, however, declared unconstitutional by the Constitutional Court in October 2012⁷³ on the base of a formal illegitimacy. Indeed, the piece of legislation was introduced within the framework of an Act of Delegation by the Italian Parliament⁷⁴ and the Constitutional judges found that the new statute exceeded the Act of Delegation in violation of Art 77 of the Italian Constitution. Compulsory mediation was, then, quickly reintroduced by the legislator in 2013.

Also in the Italian context, mediation has eventually been welcomed by the legal community although the government financial incentives were insufficient to support the reform. Nonetheless, the final costs of mediation make the new procedure still more convenient than a trial and its mandatory character implied, as for the German and English experiences, that citizen had to become accustomed to it.

It is true, though, that mediation programs are not the only alternative means of dispute resolution which have been implemented or improved in order to increase the supply side of the justice “market”.

2. The private expert assistance and arbitration as main instruments of the “soft” approach

Among other means that are now common in Germany there is also the *Schlichtung* which is usually used for negotiations where the parties have a third party assisting them by conducting the negotiations and presenting a proposal at the end.

For parties who are interested in conducting an early neutral evaluation, instead, it must be mentioned that under German law it is possible to obtain a private expert evaluation of a controversial set of facts or regarding a question of law (so-called *Schiedsgutachten*). Usually, this evaluation is binding unless it is clearly erroneous (because it is inequitable or incorrect). Parties tend to select this process if they agree that the dispute to be resolved requires legal, technical or other expertise, but does not require fully fledged arbitration proceedings.

⁷³ See Constitutional Court decision n 272 of 24 October 2012.

⁷⁴ See Act n 69 of 18 June 2009, “Provisions for the economic development, the simplification and the competitiveness and also concerning the civil procedure”.



The private expert evaluation procedure may be (and in practice is) combined with mediation. A binding private expert evaluation assists parties in mediation when an impasse on specific questions of law or science cannot be overcome. In other cases, parties have taken a non-binding expert opinion as a starting point for their final settlement negotiations.

In 2014 a new negotiation procedure with the assistance of one or more lawyers has been introduced in Italy by the Law-Decree n 132 providing for another instrument of dispute resolution that is similar to the French *convention participative*.⁷⁵ Although it is not explicit, this new instrument must be included among the «urgent measures of de-judicialization» rather than within the «other provisions for facing the backlog in civil procedure» as it is the new mechanism provided by Art 1 of the same piece of legislation for transferring ongoing civil proceedings from tribunals to arbitration panels.

The situation in Spain seems to be somewhat less advanced. Until very recently, Spain lacked a set of rules to govern mediation as an alternative dispute resolution mechanism. Indeed, it was only in 2012 that the Civil and Commercial Mediation Act was approved in order to transpose the EU legislation on the matter. Due to the delay, Spain has suffered in creating an adequate framework for the promotion of mediation; it is still in an initial phase. Indeed, courts do not require mediation as a necessary step and there is no specific instance in the procedure where it is properly encouraged; courts merely have to suggest it as a possibility in the preliminary hearing and refer the parties to a voluntary informative session, but the parties are free to reject it. The recent regulation seeks to turn mediation into a common practice, but time is still needed to confirm that this process will result in the actual creation of a real alternative dispute resolution mechanism.

In contrast, arbitration is a far more extended practice in the Spanish legal culture. The existing, numerous organizations and professionals devoted to arbitration continue to grow as arbitration becomes a true alternative to court proceedings.

Although Spain has a long history of domestic arbitration, the enactment of the Arbitration Act in 2003 – along with the different modifications it has undergone in recent years

⁷⁵ Law-Decree n 132 of 12 September 2014, converted with modifications by the Act n 162 of 10 November 2014 “Urgent measures for de-judicialization and other provisions for facing the backlog in civil procedure”.



– has given a decisive boost to transform Spain into a more favourable and attractive environment for international arbitration. The most relevant institutions that administer arbitration proceedings – both domestic and international – are the Court of Arbitration of the Official Chamber of Commerce of Madrid (*Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid*), the Civil and Commercial Court of Arbitration (*Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*), and the Spanish Court of Arbitration (*Corte Española de Arbitraje*).

In Germany the recourse to arbitration is generally the second chance of alternative dispute resolution when mediation fails. Since the new Arbitration Act was adopted (1 January 1998), business people and lawyers were provided with a modern legal framework for arbitrations. The content and structure of the new Act are largely based on the UNCITRAL Model Law.

What emerges from the analysis is the collapse of the idea of judicial systems as expressions of State monopoly in the administration of justice. The contemporary evolution in law of the modes of resolving disputes tends incontestably to promote an offer for plural justice, combining voluntary modes and adjudicative modes, judicially or extra-judicially, which manifest a concern for economy of justice and management of the procedure. The development of alternative methods for resolving disputes represent eventually an instrument of judicial management that illustrates equally the tendency towards rationalization of the procedure.⁷⁶

C. Filtering cases on appeal

Another important mechanism to reduce caseload is the possibility to terminate cases early on procedural grounds or to discretionally select cases to which give full review. Leave to appeal or certiorari represent the prototypes of such mechanisms. Each case would receive some level of review to determine whether any legitimate claim of error is presented or the case is of sufficient importance, but not necessarily a full review with briefing, oral argument, and written opinion.

⁷⁶ See Cadiet (n 66), 369.



This practice characterizes peculiarly American jurisdictions in the form of screening and summary procedures and Supreme Court's certiorari.

1. Case selection through leave to appeal

Leave to appeal is currently required for interlocutory appeals and for appellants who wish to proceed in *forma pauperis*. However, only a few legal systems in the United States do not guarantee one appeal of right in all cases.

In the state of New York, for instance, the bases for an appeal to the Appellate Division, that is, one of the four intermediate appellate courts, are very broad and virtually all decisions of the lower courts are appealable to the Appellate Division. Consequently, the state intermediate appellate courts in New York have very little power to select the cases they will decide.⁷⁷ Appealability from the four intermediate appellate courts of the Appellate Division to the New York Court of Appeals is more limited than appealability to the Appellate Division from the lower courts.

There are two types of appeals to the Court of Appeals: those said to be as a matter «of right» and those where permission is granted by the Court of Appeals or the relevant Appellate Division court. Appeals as a matter of right are limited, and may be had in specific circumstances.⁷⁸ With regard to the second type of appeal, the Court of Appeals and the intermediate appellate courts of the Appellate Division grant permission for an appeal before the Court of Appeals whenever two judges of either the Appellate Division of the Court of Appeals vote in favor of permitting the appeal to advance to the New York Court of Appeals.⁷⁹

This sophisticated system of appeal represents an attempt to balance the fundamental right to a second instance review with the need to filter out unmeritorious or ungrounded claims.

The requirement of a so-called “leave to appeal” constitutes also a common feature of the English appellate jurisdictions.

⁷⁷ See NY Code Civil Practice Law and Rules - section 5701: Appeals to appellate division from supreme and county courts.

⁷⁸ See NY Code (CPLR) - section 5601 (a-d): Appeals to the Court of Appeals as of right: a) from a decision where at least two justices dissent in the Appellate Division on a question of law in favor of the appellant ; b) from a final determination directly involving a state or federal constitutional question; c) from an order of the Appellate Division granting or affirming the granting of a new trial or where the appellant stipulates that judgment absolute shall be rendered against him upon affirmance; and d) from a final decision of a trial court, administrative agency or arbitrator, or from an order of the Appellate Division finally determining an appeal from such a decision where the Appellate Division has made an order on a prior appeal which necessarily affects the decision

⁷⁹ See NY Code (CPLR) - section 5602 (a): Appeals to the Court of Appeals by permission.



Indeed, although in the UK appeals against decisions of the Magistrates' courts (ie justices of the peace) are more or less unconditioned, appeals against Crown and county courts decisions as well as against High court decisions require a leave to appeal before the Court of Appeal.⁸⁰

Generally speaking, the application for permission to appeal may be made to the lower court at the hearing at which the decision to be appealed was made.⁸¹ If the lower court refuses to afford the leave, a further application may be made directly to the appeal court.⁸² Whoever gives leave to appeal, it should be on the ground of there being a point of difficulty in law which it would be advantageous to have settled by the higher tribunal, or which is only capable of being settled at the highest level. Examples of the latter would be a conflict of precedents from lower jurisdictions, or a need to produce a common doctrine for all parts of the UK in place of a divergence in the precedents observed in different counties.⁸³

It's interesting to note that the provisions which regulate the leave to appeal accord a significant margin of discretion to judges; Rule 52.3(6)(b) of the CPR requires "some [...] compelling reason why the appeal should be heard", while the Criminal Appeal Act (Section 2) states that the appeal shall be allowed when judges think that "the conviction is unsafe", that is, there are realistic grounds for quashing the decision. Such a discretion allows judges to select cases and it helps them somehow keeping the workload under control.

A similar system is applied also for appeals before the Supreme Court of UK, since it accords the supreme justices an analogous margin of discretion.⁸⁴ Before the new Supreme Court was established⁸⁵, a permission was needed also for appeals before the House of Lords from courts of England, Wales and Northern Ireland⁸⁶, while appeals in civil cases from the Scottish legal system required two advocates to

⁸⁰ See, for civil proceedings, Rule 52.3 of the Civil Procedure Rules and, for criminal proceedings, section 1(1) of the Criminal Appeal Act 1968, as amended by section 1(1) Criminal Appeal Act 1995.

⁸¹ Cf, for example, Rule 52.3(2) of the Civil Procedure Rules.

⁸² Cf, for example, Rule 52.3(3) of the Civil Procedure Rules.

⁸³ N MacCormick & R Summers, *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth, Ashgate, 1997), 318. Cf Rule 52.3(6) of the Civil Procedure Rules and section 2 of the Criminal Appeal Act of 1968.

⁸⁴ See the Supreme Court Rules 2009 n 1603 (L 17), entered into force on 1 October 2009, Articles 10-17; see also section 2 of the Administration of Justice Act of 1960 and section 13 of the Administration of Justice Act of 1969.

⁸⁵ The Supreme Court of the UK was established by Part 3 of the Constitutional Reform Act of 2005, Acts of the Parliament of the United Kingdom, 24 March 2005, 3. (Retrieved 2 September 2009). See also Statutory Instrument 2009 n 1604, The Constitutional Reform Act 2005 (Commencement n 11) Order 2009.

⁸⁶ See the Administration of Justice Act of 1960 Ch 65, Article 1(2)



certify the appeal as suitable.⁸⁷ However, the judicial role of the House of Lords as the highest appeal court in the UK has ended by the Constitutional Reform Act of 2005; since 1 October 2009, the Supreme Court of the UK has assumed jurisdiction of last resort on points of law for all civil law cases in the UK and all criminal cases in England, Wales and Northern Ireland.

As for the New York Court of Appeals, also before the five German federal supreme courts appeals are possible in a twofold manner. The first manner consists in appeals being directly admitted by the law. This always applies to criminal cases where courts have no power to select.⁸⁸

In all other cases, appeal depends on an admission by a court (the so-called '*verlassen Berufung zu*'). As for the American and English experiences, the German leave to appeal may be granted by the court of second instance against whose decision the appeal is filed, or directly by the respective federal supreme court; it is so provided, for example, in administrative cases⁸⁹, in labor law cases⁹⁰, in social law cases⁹¹, and in fiscal cases⁹² as well as in many civil cases.⁹³

It's not surprising that a system based on a leave to appeal characterizes also the US federal appellate courts as provided by Rules 3 and 4 of the Federal Rules of Appellate Procedure. Unlike the Federal Supreme Court, however, the courts of appeals usually remain in the business of review for errors and do not exercise wide margin of discretion in case selection.

2. Case selection through limited jurisdiction and conformity to precedents

Limiting the court jurisdiction exclusively to the review of questions of law is, generally, a peculiar feature of the European supreme courts that follow the French model.

It must be preliminarily noted that the French *Cour de cassation* was not originally supposed to be a third level of jurisdiction, but rather a Parliament-affiliated organ which supervises and ensures the uniform application (and interpretation) of the law.⁹⁴ For this peculiarity, the Court of cassation cannot

⁸⁷ A similar procedure was abolished in English cases in 1934 and in Northern Irish cases in 1962.

⁸⁸ Cf section 333, Code of Criminal Procedure – Strafprozeßordnung (StPO).

⁸⁹ Cf section 132, Code of Administrative Court Procedure – Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

⁹⁰ Cf section 72, Code of Labor Court Procedure – Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG).

⁹¹ Cf section 160, Code of Social Court Procedure – Sozialgerichtsgesetz (SGG).

⁹² Cf section 115, Code of Financial Procedure - Finanzgerichtsordnung (FGO).

⁹³ Cf section 546, Code of Civil Procedure - Zivilprozessordnung (ZPO).

⁹⁴ Cadiet (n 66), 297. Cf Article L 411-2 Code de l'organisation judiciaire and Articles 617, 618 and 618-1 Code de procédure civil.



have full jurisdiction over cases brought to its attention and doesn't have the power to check the assessment of facts made by lower courts.

The *Cour* can only say whether judgments are legally acceptable or not; it cannot deal with merits of the case. “Consequently, if the decision is wrong in law, the *Cour de cassation* cannot substitute its own judgment. It must send the case back to a new lower court (usually a different court of appeal) which is to decide the case again, in conformity with the principle of law as found by the Court of cassation”.⁹⁵

The limitation of jurisdiction should constitute a filter by itself to the extent it gives a limited range of causes of action. However, the distinction between issues of law and issues of fact has only an appearance of objectivity, since it has been blurred in practice by policy considerations which has led several scholars to assert that it is not a clear distinction anymore. Practice has indeed shown that the *Cour de cassation* often characterizes an issue as a factual one, although it can be considered as a legal one, solely in order to declare the claim inadmissible.

Moreover, the Court of cassation review is today generally intended as a right of second appeal rather than as an instrument for the clarification of law, although, as already mentioned, the Court was not originally designed with such a purpose.

Beyond the unclear jurisdictional limitation, there is, however, some further weak selective mechanism in the procedure before the French *Cour de cassation*. For instance, if the appeal is inadmissible or is not founded on serious grounds, the case may then be fast-tracked by a streamlined procedure which is called the non-admission procedure. This procedure, which was established by an Act of 25 June 2001, has restored the preliminary review of appeals, albeit in a different form, which existed in civil cases at least until 1947.⁹⁶

However, there are two principal differences. First of all, in the old system a specialized division existed which was called the *Chambre des requêtes* (ie Chamber of Applications) and whose purpose was to rule on the admissibility of appeals before they were examined by the Civil Division. Now each division, which is comprised of a bench of three judges is required to rule on this type of appeal. Secondly, the examination of appeals by the *Chambre des requêtes* was mandatory for all appeals except those in criminal cases whereas now only those appeals that are likely to fall within the scope of the non-admission procedure are considered by these benches.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ The Act amended article L 131-6 of the *Code de l'organisation judiciaire*.



So far, it seems that a weak element of discretion has been introduced with the new procedure, allowing, in some sense, the Court to select the cases that deserve to be decided, especially where the review is invoked in the interest of the law.⁹⁷ In the context of this tiny margin of discretion, cassation precedents play a significant role in order to determine whether there is a reasonable probability that the impugned decision will be quashed.

Indeed, a recourse in cassation against a decision which was rendered in accordance to the *jurisprudence constante* will be very likely dismissed.⁹⁸ For the same purpose, the Conseil d'État had successfully adopted a filtering mechanism which has allowed the supreme administrative court to reduce its workload by 65 per cent.⁹⁹

This screening process has a number of advantages. It is fast and simple and, although it naturally presupposes that a Judge-Rapporteur has carefully examined the case and that the Public Prosecutor's Office has been consulted, the reasons behind decisions of non-admission need not to be given. Moreover, by sparing the legitimacy jurisdiction of unmeritorious cases, the Court of cassation is able to focus on its foremost task which is to draw up case-law based on legal issues claims. A significant number of appeals are processed in this way: 30% in the civil divisions and 35% in the Criminal Division.¹⁰⁰

The effectiveness of this mechanism and the consistent application of the doctrine of *jurisprudence constante* must have influenced the recent introduction of the concrete check of constitutional compatibility before the *Conseil constitutionnel* (the so-called "*question prioritaire de constitutionnalité*" - priority preliminary ruling).¹⁰¹ In fact, whereas an abstract check (ie a priori review) has been traditionally allowed on instance of specific constitutional subjects since the Constitution of the Fifth Republic of 4 October 1958, the constitutional reform of 2009 enacted by President Sarkozy

⁹⁷ With regard to the concept of judgment of the Court of cassation in the interest of the law cf Article 618-1 Code de procedure civil.

⁹⁸ J-F Weber, *La Cour de cassation*, Les Etudes n.° 5325, nouvelle edition, (Paris: La Documentation Française, 2010).

⁹⁹ C Elliott, C Vernon & E Jeanpierre, *French Legal System*, (London: Pearson Longman, 2006), 104-5.

¹⁰⁰ Data available at www.courdecassation.fr (18 May 2015).

¹⁰¹ Cf *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, Une Vème République plus démocratique*, Paris, 2007 (www.ladocumentationfrancaise.fr); M Guillaume, *La question prioritaire de constitutionnalité*, in *Just. et cass.*, 2010, 1 (www.conseil-constitutionnel.fr) (Marc Guillaume is the Secretary General of the Conseil Constitutionnel). See, furthermore, the collected essays in D Rousseau (dir.) *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris 2010.



made it possible for individual citizens that are party in a trial before any French tribunal to ask for the Council to review the constitutionality of the law that must be applied in the case.¹⁰²

However, the foreseeable new wave of individual instances determined the need to introduce some mechanisms for preventing the *Conseil* from being overwhelmed. For this reason, on one side, the French legislator imposed that the individual instances must be forwarded to the Council exclusively by the Conseil d'État or the *Cour de cassation* and, on the other side, some admissibility requirements were established with the purpose to select only the cases that deserve the attention of the Council¹⁰³. Among these requirements there are two particular conditions: a) the absence of a precedent where the Council already declared the contested law compatible with the Constitution, and b) the serious nature of the matter.

In other words, where a question of constitutionality is raised by one of the parties in the context of a first instance trial, the judge in charge of the proceeding should first verify that all the prescribed requirements are present and, then, submit the question to the relative supreme court and issue a stay of the proceeding at his/her attention. The *Conseil d'État* or the *Cour de cassation* are, hence, supposed to check the first instance judge's verification of the requirements and also the newness of the question posed.¹⁰⁴ In case the check of the relative supreme court is positive, the question of constitutionality will be referred to the Constitutional Council.

It is interesting to note, as some scholar highlighted, how the two types of French constitutional review intertwine.¹⁰⁵ In fact, the system, as delineated with the last reform, would not admit to raise a priority preliminary ruling in case an abstract review of the Constitutional Council already “certified” the constitutionality of the legal disposition. However, most of the doctrine agrees that the certified constitutionality of a legal disposition doesn't imply a certified constitutionality of the “norm”. This difference seems to be represented in the formulation of the new Art 23-2 where it provides for an exception “in the event of a change of circumstances”. What constitutes a change of circumstances for

¹⁰² See new Art 61-1 French Const.

¹⁰³ Art 23-1, section 1, «*loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*».

¹⁰⁴ Cf respectively articles 23-2 and 23-4, Ordinance n 58-1067 constituting an institutional act on the Constitutional council as amended by the *loi organique n 2009-1523*; cf also the relative comment of Guillaume (n 104) 12, 22.

¹⁰⁵ L Fontaine, *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France*, Colloque de 16 février 2009 (www.unicaen.fr); C Amodio, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, (Torino: Giappichelli, 2012), 139.



the purpose of a constitutional review remains uncertain, but it is possible to advance an argument in favor of a new strong role of the evolutive power of constitutional precedents.

Indeed, the Constitutional Council itself has clarified in a 2010 decision that, in contexts of preliminary rulings, it will take into consideration not the abstract meaning of statutory provisions, but rather the effective meaning deriving from the interpretation adopted by a *jurisprudence constante*.¹⁰⁶ In this sense, whereas the effective meaning of the law changes as a consequence of consistent judicial interpretations, a priority preliminary ruling may be admitted even if the Council already declared the law as constitutional. In other words, judicial precedents may be used as parameters to apply the admissibility criteria for the constitutional judgment.

Another system inspired to the French model as it is Italy proved to be less advanced in providing effective filtering mechanisms. Even if the right to appeal before the courts of second instance¹⁰⁷ has always been almost undisputed, the recourse to the Court of cassation had been for a long time a cause of division among scholars. Indeed, what is today the Supreme Court of Italy was born as a Parliament-affiliated organ that was in charge of checking the judicial interpretation of statutes rather than as a dispute settler of last resort. Although the institutional history of the Italian Court of cassation is quite peculiar for reflecting the several problems derived from the process of unification of the State, the parenthood of the French *Cour de cassation* is out of question.¹⁰⁸ However, the importance of the nomophylactic function in the legal system proved to be not sufficient to preserve the original nature of such an important institution.

As a matter of fact, the first Italian Court of cassation was originally instituted for the Kingdom of Sardinia in 1848 by the Albertine Statute, following the model of the French brethren.¹⁰⁹ At that time the nomophylactic function and the pursuit of legal certainty were prevailing features of the Court.

A hundred years later, the Republican constituents marked an irrevocable change setting forth in Article 111 of the Italian Constitution that against decisions pronounced by judicial organs, be them

¹⁰⁶ Cons. const. decision, 6 October 2010, n 39 and Cons. const. decision 14 October 2010, n 52 joined under the title *QPC et interprétation de la loi*, in www.conseilconstitutionnel.fr; Cf Amodio (n 105).

¹⁰⁷ The Italian Courts of appeals are called "*Corti d'Appello*". Generally speaking, there is at least one court of appeal for each judicial district that, more or less, corresponds to a Region. See on this point Royal Decree n 12 of 30 January 1941, "*Judicial Organization*" (Head IV, Articles 52-59) as recently amended by the Act n 111 of 30 July 2007.

¹⁰⁸ See on the point, A Valio, *La Corte di Cassazione in Italia*, (London: Forgotten Books. Original work published, 2013 [1879]).

¹⁰⁹ G Di Federico, *La Corte di cassazione: la giustizia come organizzazione*, (Bari: Laterza, 1969).



ordinary or special, the recourse in Cassation for violation of the law is always allowed. In so doing, the Italian Constituents transformed an instrument for assuring the uniform interpretation of the law and the pursuit of legal certainty in an instrument of last resort for dispute resolution. In other words, the recourse to the Court of cassation is protected by the Constitution as an individual right rather than as a guarantee against the uncertainty of law.

In such a context, it's not surprising the difficulty of setting filtering mechanisms to access the Italian jurisdictions. However, some attempts in this direction deserve to be outlined.

In the context of civil procedure, after the extensive reform of 2009, the impugnability before a court of appeals and before the Court of cassation now depends on a preliminary verification of admissibility that substantially consists in a judgment of conformity to the case-law of the Supreme Court. With regard to the Court of Appeal, the admissibility requirement is explicitly provided by Articles 348bis¹¹⁰ and 348ter¹¹¹ cpc and, with regard to the Court of cassation, the requirement is provided by Art. 360bis cpc.¹¹² In other words, those who want to challenge a judicial decision are required to allege the unreasonable departure from the case-law of the Supreme Court, and such a requirement is sanctioned with a pronouncement of inadmissibility of the case.

It is true, though, there is no similar positive provision in the contexts of criminal law or public administrative law, even if a nomophylactic function is explicitly attributed to both the United Criminal Sections of the Court of cassation¹¹³ and the Plenary Assembly of the Council of State.¹¹⁴

This difference, however, may be due to the limit deriving from statutory reservations provided by the Constitution at Articles 13, section 2, 23, 25, section 2, and 28, by which the preeminence of the public interests pursued by the criminal and the administrative law emerges over the private

¹¹⁰ Art 348bis cpc: Appeal inadmissibility. Out of the cases where the inadmissibility or the prosecutability must be declared with sentence, the appeal is declared inadmissible by the competent judge when it has no reasonable probability to be upheld.

¹¹¹ Art 348ter, section 1, cpc: Pronouncement on appeal inadmissibility. At the hearing provided by Art. 350 the judge, before the prosecution of the case, once examined the opinion of the parties, declares the appeal inadmissible on the base of Art 348-bis, section 1, with ordinance strictly motivated with regard to factual elements deriving from the acts of the case and to consistent judicial precedents. [...].

¹¹² Art 360-bis cpc: Recourse inadmissibility. The recourse is inadmissible: 1) when the contested sentence decided the legal issues consistently with the case law of the Court and the examination of the reasons doesn't show any element to confirm or to overturn the Court's jurisprudence: 2) when the action for the violation of the due process principles is manifestly not founded.

¹¹³ See Art 618, Code of Criminal Procedure.

¹¹⁴ See Art 45, Royal Decree n 1054 of 26 June 1924.



interests.¹¹⁵ This interpretation found the favor of the Italian Constitutional Court in the decision n 230/2012 where the Judges held that the principle of retroactive application of new norms that are more favorable for the subject who was previously convicted by a court of law is not applicable if the normative change derived from judicial interpretation. This limitation of the general principle is justified, in the Court's opinion, on the base of the constitutional provision (Article 25) under which criminal conduct can be sanctioned exclusively by statute law. For this reason, a change of the sanction caused by a new judicial interpretation cannot amount to *jus superveniens*.

Notwithstanding that, the use of the conformity to case-law as a reliable instrument to filter out ungrounded cases seems a quite common feature in European judicial systems. Beyond France and Italy also Spain and Germany reformed the respective civil procedures introducing filtering mechanisms based on precedents with the explicit aim of reducing judicial workload and favoring consistency in the application of the law.

3. The Spanish «*doctrina legal*» and the German requirement of «fundamental importance» of the issue.

With regard to the Spanish system this change emerges clearly in the new cassation proceedings (*casación*). After the reform of 2000 a cassation claim can only be brought before the supreme bench if specific criteria are satisfied: a) the value of the claim must be above € 150.000, and b) the case submitted to the Superior Court must be of interest, either because the judgment of the lower court deviates from the established case-law of the Supreme Court, or because a substantive legal rule that entered into force since less than five years, has supposedly been misunderstood by the lower court.¹¹⁶

In other words, decisions that do not deviate from the cassation case-law may not be taken into consideration for review, while controversies of small value are clearly barred before the Court of cassation. It must be said, however, that the concept of «conformity to cassation case-law» did not appear from the beginning as an objective criteria.

The history of this rule is not without interest. A Royal Decree of 1838 permitted annulment appeals to the Supreme Court of Spain not only for violations of statute law but also for deviation from the *doctrina legal*, redefined as “doctrine established by the Tribunals” in the Code of Civil Procedure of

¹¹⁵ Cf C Schmitt, *Constitutional Theory*, trans. by J Seitzer (Durham/London: Duke University Press, 2008, originally published in German as *Verfassungslehre*, Munich/Leipzig: Duncker und Humblot, 1928), 213

¹¹⁶ See Articles 477, sections 2 and 3, and 483, section 2, n. 3), new Code of Civil Procedure (Ley n 1/2000, of 7 January 2000, de *Enjuiciamiento Civil*).



1855.¹¹⁷ The Supreme Court interpreted these terms to mean rules laid down by two separate decisions of that Court, but not of inferior tribunals. Since Spanish civil law was not codified until 1889, this rule was accepted gratefully by the legal system as supplying a means of legal certainty not obtainable from the Legislature.¹¹⁸

The 1984 revision of the Code of Civil Procedure substituted the term *jurisprudencia* to *doctrina legal* as a ground for appeal to the Supreme Court.¹¹⁹ However, Manuel Serra Dominguez¹²⁰ has deplored this displacement of a “genuinely Spanish term” since the concept of “*doctrina*” better represented, in the commentator's opinion, the principle of law underlying the cassation decision, avoiding to recognize the Supreme Court as a law-maker. In other words, the *doctrina legal* was supposed to represent a system of principles of law recognized and consistently applied by the apical court, while the *jurisprudencia* unmistakably represents a set of judicial pronouncements. Subsequently, the more recent *Ley n 1/2000* on the *Enjuiciamiento Civil* allowed the scholars to reach a compromise through the term “*doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*”.

Following this same path, the reformed version of Article 885 of the Spanish Criminal Procedure Act confers on the Supreme Court the power to reject those appeals which manifestly lack any foundation and those substantially equal to others already rejected.

In Germany the grounds on which an appeal has to be admitted are indicated by the codes of procedure of the five federal supreme courts. The most important and interesting grounds are¹²¹ that a) the case must be of fundamental importance in principle (*grundsätzliche Bedeutung*), or b) the decision does not follow a precedent set by the respective supreme federal court, or the Common Panel of the Supreme Federal Courts, or the Federal Constitutional Court.

The term “fundamental importance” is interpreted to require that the case offers an opportunity to formulate a general legal thought that furthers the unity of jurisdiction for the future and is relevant to the further development of the law.¹²²

¹¹⁷ R Schlesinger et al., *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, , Sixth Ed. (New York: Foundation Press, 1998), 668.

¹¹⁸ A Serrano, *Die “Doctrina legal” des spanischen “Tribunal Supremo” in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs*, (1989) 16 *Ius Commune* 219, 219-20 , 241.

¹¹⁹ Cf Article 1692(5) of the Code of Civil Procedure. See also V Cortes (ed.), *Comentarios a la Reforma del ley de Enjuiciamiento Civil* , 828, 852 (Madrid: Tecnos, 1985).

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Cf sections 546 ZPO, 132 VwGO, 72 ArbGG, 160 SGG, 115 FGO.

¹²² See on this point, BVerfGE 13, 90, (91).



This rather complex model of admission give the German federal supreme courts a considerable power to select the cases they will decide, but it is still less discretionary than the US Supreme Court power to grant certiorari.

Indeed, the US Court gives full consideration to a very small fraction of the cases it has authority to review. With many important categories of cases, the party seeking Supreme Court review does so by “petitioning” the Court to issue a “writ of certiorari”.¹²³ If the Court decides to review one or more issues in such a case, it grants certiorari. While a decision to deny certiorari let the lower court's ruling stand, it does not constitute a decision by the Supreme Court on any of the legal issues raised by the case. Rule 10 of the Supreme Court Rules lists some of the considerations that may lead the Court to grant certiorari, but the decision to grant or deny certiorari remain basically discretionary. Under long-standing internal Court practice, if four justices favor granting a petition for certiorari, it will be granted.

The certiorari system still represents one of the most effective methods for selecting cases to decide before a supreme court in order to clarify an important issue of law without congesting the bench. The Federal Courts Study Committee encouraged further study of a system of certiorari also for the American courts of appeals in order to reduce appeal cases, but characterized the option as one of last resort.

In fact, this system of summary proceedings, diminished proceedings, and lack of written opinion already engenders concern and disapproval, so it is unlikely to be made more forthright and public.¹²⁴ Such a system, while providing a substantial barrier to appellate review and lessening the overall court burden, does so “at a price to litigants in the quality of appellate justice which most Americans and their lawyers would or should be unwilling to bear”.¹²⁵

III. CONCLUSIONS: A NEW MODEL OF JUDICIAL PROCESS

What emerges from the present study is a profound world-wide metamorphosis of the judicial process. During the 90's Prof. Cappelletti already preconized this metamorphosis as a “justice revolution”.¹²⁶ New kinds of adjudication, new types of procedure, and indeed new roles and

¹²³ See, eg, 28 USC sections 1254, 1257, 2350. It must be noted that some state appeals courts - eg, Ala., Ark., Colo., Conn., Fla., Ga., La., N.J. - employ the same terminology.

¹²⁴ See Cleveland (n 18) 85.

¹²⁵ GC Lilly & A Scalia, *Appellate Justice: A Crisis in Virginia?*, (1971) 57 VaLRev 3, 12–14.

¹²⁶ See Cappelletti (n 2).



responsibilities for judges, have emerged as a consequence of the development of the Welfare Constitutional State.

This world-wide transformation, however, has posed a problem of sustainability of the justice service as one of the several expressions of State monopoly. Indeed, also this bastion of the twentieth century conception of the State has proved to be fallen. The impossibility to allocate the wildly increased demand for justice within the State courtrooms required to review the justice systems under a different perspective. Budgetary issues and the duty to comply with the due process standards have made unreasonable delay and too high costs of access to justice unacceptable.

For these reasons governments around the world have undertaken vast reforms of procedural law that have progressively and eventually changed the main features of the traditional judicial process. Some general common trends emerged in the present analysis: a) hybridization of adversarial and inquisitorial judicial systems towards a collaborative case-management by the judge in accord with the parties; 2) standardization and concentration of the proceedings around a main hearing where the parties should disclose all of their argumentations; 3) availability of an alternative dispute resolution framework that includes mediation and arbitration as means to solve cases outside the court system; 4) provision of objective criteria for limiting access to a full examination of the case on appeal such as the conformity to the established case-law.

These trends are present, more or less, in all the systems taken into consideration. Putting these features into perspective, the new portrait of the judicial process imposes to abandon the traditional categories that belong to the past century and to cast a new constitutional light on procedural law. In fact, even if these issues are not frequently the object of analysis by the constitutional law doctrine, the background rights to speedy trial and to effective judicial protection permeate the constitutional jurisprudence on due process.

Indeed, constitutional courts around the world do not tolerate that lack of resources or inefficient organizations justify to make a mockery of the constitutional rights. Taking justice seriously means providing a sustainable system of dispute settlement that satisfy the demand of justice without jeopardizing the budgetary reasons of the government. In order to achieve this goal the judge should be allowed to plan the case development together with the parties so to better allocate the court resources (eg time, experts, clerks, etc) and, at the same time, he/she should be put in the condition not to waste an unreasonable amount of time trying to interpret cryptic or contradictory legislation.



Moreover, the parties should be prevented from carrying out dilatory strategies uncovering their “cards” as soon as possible. Indeed, the justice system must be protected from temerarious claims intended to post-pone as much as possible the execution of the first judicial pronouncement. Otherwise the fundamental due process guarantees become opportunities for rights abuse in the interest of the wrongdoer. In this sense the right to appeal cannot be configured as an absolute right and must be balanced with the need to preclude public resources from the protection of unmeritorious interests.

However, even within the meritorious claims the court system may not be sufficient to satisfy efficiently the demand. This is why the need to bring back some controversies to private walls became a public policy. In order to achieve this goal, governments have tried to find ways for incentivizing alternative means of dispute resolution transforming judicial parties in negotiators.

Private providers of mediation services started to make mediation more easily accessible for the public in the US since the late 1970s and in Europe from the 1980s onwards. Disputants in the US and EU have certainly welcomed mediation services in some areas (particularly in family/divorce) but certainly not in all areas of dispute. A trend has subsequently emerged for Justice Departments, both in the US and the EU, to establish schemes empowering judges or other functionaries of the court to refer litigants who had already reached the doorsteps of the court back to mediators. Where such referrals were given a mandatory character these schemes became known as “court-ordered mediation”. The wider concept of “court-annexed” or “court-encouraged” mediation refers to schemes where referral to the mediator is either mandatory or voluntary.

Again, following the American experience, the interest in court-encouraged mediation first became visible in north-western Europe. In England, the first of such schemes emerged in 1993, at the initiative of the judiciary.¹²⁷ The new Civil Procedure Rules drafted by the Woolf committee standardized court-referred mediation in 1999, allowing the courts to penalize an uncooperative disputant with a cost award – an option that has actually been used several times by now. The French approach doesn’t seem so hard to the extent it does not sanction *financially* the parties who would not be able to conclude a voluntary arrangement of their case. Here the carrot is preferred to the stick.

However, as emerged in this study, more compulsion leads to a smaller percentage of cases being settled through mediation. This finding is in line with the original concept of mediation as a consensual process, whereby the parties themselves remain the owners of their dispute. Moreover,

¹²⁷ A de Roo, ‘Some Reflections on recent ADR Developments in Great Britain and the Netherlands’, in A Ishikawa & T Mikami, (eds.), *ADR* (Tokyo: Keio University Press, 1997), 217.



disputants are generally less willing to cooperate in a mediation effort if they have to pay for the mediator's services. This, indeed, may explain the limited effects of the newly introduced mediation frameworks in Italy, France and Spain as opposed to the success obtained in the Netherlands.

This general policy of allocating justice demand seems to ignore the traditional civil law/common law divide. More than twenty years ago, the general rapporteurs of the World Conference of Procedural Law could still maintain that in the common law tradition, a mediatory approach could only be institutionalized outside the courts in view of the traditional role of the common law judge as a passive trial umpire, whereas in the civil law approach the inquisitorial judge himself would be less hesitant to assume a mediatory role.¹²⁸ This distinction seems to be no longer valid for the process of hybridization already mentioned.

Common law judges have now been turned into active managers, and on the continent, judges are expected to refer to outside mediators too (although their traditional powers to hint at parties coming to an amicable settlement have not yet been taken away from them).

From a constitutional law perspective, any consideration about due process rights should be pondered with these procedural issues. It's not of little importance, indeed, that some of the trends emerged in the present study have also arisen the attention of the European institutions. This is evidence that it's not about a simple reform of the rules of procedure but it constitutes a radical change in the conception of the justice service. Far from the categories of the twentieth century, the new conception is based on the principle of subsidiarity and on a cooperative and selective method that takes into consideration the reasons of well-functioning of the system.¹²⁹

Reasons of judicial system preservation are also at the base of the new role of case-law. As emerged in the present study, judicial precedents are increasingly used to maintain the system coherent and to quickly decide cases that appear *prima facie* correctly resolved. Today, analyzing the authority of judicial precedents without taking into consideration the procedural profile would be misleading.

As was correctly observed by the former Attorney General Jacob, judicial precedents are not technically sources of law; they are reliable instruments for providing legal information.¹³⁰ To this

¹²⁸ E Blankenburg & Y Taniguchi, 'Informal Alternatives to and within Formal Procedures', in W Wedekind, (ed.), *Justice and Efficiency* (Deventer: Kluwer, 1989) 335.

¹²⁹ This disenchanted and concrete perspective upon the instruments for guaranteeing rights was inspired by the approach of R Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977).

¹³⁰ M Jacob, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).



extent, case-law is, indeed, a very useful tool for judges in the vast majority of - if not all - the judicial systems analyzed.

This new life for the role of jurisprudence has found many confirmations in systems of civil law tradition such as France, Spain, Germany and Italy. Thus, also under this perspective, the traditional common law/civil law divide seems to be inadequate. Indulging longer on the debate about judicial decisions as sources of law turns out to be nothing else than a waste of time if we take justice seriously.

The very first question behind this research was «Can we afford rights beyond the enforcement resources?». Indeed, it's not just an issue of welfare standards, but an aware consideration that rights without an efficient judiciary are just words.

Cited Works:

Amodio, C. (2012). *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*. Torino : Giappichelli.

Baur, F. (1966). *Wege zu einer Konzentration der Mündlichen Verhandlung im Prozess*. Berlin : De Gruyter.

Berti Arnoaldi Veli, G. (A cura di). (2011). *Gli Osservatori sulla Giustizia Civile e i Protocolli d'Udienza* . Bologna: Il Mulino.

Cadiet, L. (2011). Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law . *Ritsumeikan Law Review* , 331-393.

Cadiet, L., & Jeuland, E. (2009). *Droit judiciaire privé*. Paris: Litec.

Cappelletti, M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective* . Oxford: Clarendon Press.

Carrington, P. D., Meador, D. J., & Rosenberg, M. (1976). *Justice on Appeal*. New York: West Publishing.

Cleveland, D. R. (2009). Overturning the Last Stone: The Final Step in Returning Precedential Status to All Opinions. *Journal of Appellate Practice and Process*, p. 61 ff.



Cleveland, D. R. (2013). Post-Crisis Reconsideration of Federal Court Reform. *Cleveland State Law Review* , 69.

Cortes, V. (1985). *Comentarios a la Reforma del ley de Enjuiciamiento Civil* . Madrid : Tecnos.

Däubler-Gmelin, H. (2000). Reformdes Zivilprozesses. *ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK*.

Di Federico, G. (1969). *La Corte di cassazione: la giustizia come organizzazione*. Bari: Laterza.

Dragich, M. J. (1996). Once a Century: Time for a Structural Overhaul of the Federal Courts. *Wisconsin Law Review*, 11.

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Londra: Duckworth.

Elliott, C., Vernon, C., & Jeanpierre, E. (2006). *French Legal System* . London: Pearson Longman .

Gerlis, S. M., & Loughlin , P. (2004). *Civil procedure*. Abingdon: Routledge.

Goldman, J. (1978). The Civil Appeals Management Plan: An Experiment in Appellate Procedural Reform. *Columbia Law Review* , 1209.

Guillaume, M. (2010). La question prioritaire de constitutionnalité. *Justice et Cour de Cassation*.

Guinchard, S. (2008). *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au garde des Sceaux*. Paris: La Documentation Française, Collection des Rapports Officiels.

Holt, D. S. (2013). *Debates on the Federal Judiciary: A Documentary History*. Washington D.C.: Federal Judicial Center (Federal Judicial History Office).

Ishikawa, A., & Mikami, T. (1997). *ADR*. Tokyo: Keio University Press.

J. Harvie Wilkinson, I. (1994). The Drawbacks of Growth in the Federal Judiciary. *Emory Law Journal*, p. 1147.



Jacob, M. (2014). *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*. Cambridge : Cambridge University Press.

Kaufman, I. R. (1974). The Pre-Argument Conference: An Appellate Procedural Reform . *Columbia Law Review* , 1094.

Kaufman, I. R. (1986). Must Every Appeal Run the Gamut?- The Civil Appeals Management Plan . *Yale Law Journal* , p. 755.

Kaufman, I. R. (1988). New Remedies for the Next Century of Judicial Reform: Time as the Greatest Innovator . *Fordham Law Review* , 253.

Lakin, M., & Perkins, E. (1979). Realigning the Federal Court Caseload. *Loyola Law Review* , 1001.

Langeluttig, A. (1927). *The Department of Justice of the United States* . Baltimore, MD: The Lord Baltimore Press.

Lay, D. P. (1982-1983). Query: Will the Proposed National Court of Appeals Create More Problems Than It Solves? *Judicature* , 437.

Lilly, G. C., & Scalia, A. (1971). Appellate Justice: A Crisis in Virginia? *Vanderbilt Law Review* , 3.

MacCormick, N., & Summers, R. (1997). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth: Aldershot.

Magendie, J.-C. (2004). *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps du procès*. Paris.

McCree, W. H. (1981). Bureaucratic Justice: An Early Warning . *University of Pennsylvania Law Review* , 777.

Miller, R. A., & Zumbansen, P. C. (2012). *Comparative Law as Transnational Law. A Decade of the German Law Journal* . Oxford : Oxford University Press.



- Posner, R. A. (1985). *The Federal Courts: Crisis and Reform*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Resnik, J. (1982). Managerial Judges. *Harvard Law Review*, 374- 400.
- Rhee, C. H. (2004). *The Law's Delay: Essays on Undue Delay in Civil Litigation*. Groningen/Antwerpen : Intersectie Uitgevers.
- Rosenberg, M. (1975). Enlarging the Federal Courts' Capacity to Settle the National Law. *Gonzaga Law Review* , 709.
- Schlesinger, R. B., Baade, H. W., Herzog, P. E., & Wise, E. M. (1998). *Comparative Law. Cases-Text-Materials*. New York: Foundation Press, 6th Edition.
- Serrano, A. (1989). Die "Doctrina legal" des spanischen "Tribunal Supremo" in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs. *Jus Commune*, 219 ss.
- Shafroth, W. (1967). *Survey of the United States Courts of Appeals*. Federal Rules Decisions, National Reporter System, West Publishing.
- Steiner, E. (2010). *French Law: A Comparative Approach* . New York : Oxford University Press.
- Study Group on the Caseload of the Supreme Court. (1973). *Report on the Caseload of the Supreme Court*. New York: Federal Rules Decisions, National Reporter System, West Publishing.
- Trittman, R. (2002). Alternative Dispute Resolution in Germany. *ADR Bulletin* .
- Tudela, R. (2008). Décret du 28 décembre 2005 : « vers une contractualisation de la procédure civile ». *Gazette du Palais*.
- Valio, A. (1879 (2013)). *La Corte di Cassazione in Italia* . London : Forgotten Books .
- Vecchi, G. (2013). Systemic or incremental path of reform? The modernization of the judicial system in Italy. *International Journal of Court Administration*.



Vorrasi, K. M. (2003-2004, February 30). England's Reform To Alleviate The Problems Of Civil Process: A Comparison of Judicial Case Management in England And The United States. *Journal of Legislation*, p. 361.

Weber, J.-F. (2010). *La Cour de cassation*. Parigi: La Documentation Française.

Wedekind, W. (1989). *Justice and Efficiency. Dutch National Reports*. Deventer : Kluwer Law International .

Woolf, H. K. (1995). *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England an Wales*. London, UK: Department of Justice .

Woolf, H. K. (1996). *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor of England and Wales*. London, UK: Department of Justice.

Zuckerman, A. (1999). *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspective of Civil Procedure* . New York: Oxford University Press.



Aspectos relevantes sobre a estabilização da demanda na óptica do interesse processual

(Relevant aspects of the preclusion to alter the claim in light of standing to sue requirements)

Fernanda Vogt

Graduate Law Student at Rio de Janeiro State University

Resumo: A cláusula geral de negociação processual prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 irradia por todo o ordenamento ao prever a possibilidade de os sujeitos parciais do contraditório acordarem convenções processuais atípicas, tornando inevitável um novo olhar sobre o processo civil em todas as suas dimensões, entre elas a das estabilidades processuais. Por esta razão, o presente ensaio tem por escopo questionar até que ponto a modificação objetiva da demanda outorgaria aos sujeitos do processo a faculdade de modificar seus elementos objetivos, à luz das primeiras reflexões doutrinárias sobre o tema. Além disso, enfatiza-se um olhar conjectural sobre o dispositivo do novo código, como parte de um fenômeno mais abrangente que caracteriza o modelo de processo cooperativo. Na esteira deste processo, pretende-se, através de conceitos próprios da teoria dos sistemas e à teoria da interpretação da norma, demonstrar como o artigo 329 do novo código, ao disciplinar a estabilização objetiva da demanda, impende ser lido através dessa nova óptica, que privilegia, sobretudo, o interesse das partes.

Palavras-chave: Modificação objetiva da demanda - Estabilização da demanda - Convenções processuais - Negócios processuais atípicos.



Abstract: The general clause of procedural negotiation brought by article 190 of Brazilian Civil Procedure Code, 2015 radiates throughout the legal system once it opens the possibility of contradictory parties agreeing over atypical procedure contracts, what makes it unavoidable to give a new glance at civil procedure in all its dimensions, including procedural stabilities. For this reason, this text's scope is to question to what extent objective change of claim would grant to these parties the right to modify its objective elements, in the light of the first doctrinal reflections about the subject. Furthermore, it emphasizes a conjectural look at this new device, as part of a larger phenomenon which characterizes the cooperative procedure model. In the wake of this process, it aims, through concepts brought from systems theory and theory of legal interpretation, to show how article 329, when disciplining objective claim stabilization, must clearly be read through this new light, that gives priority, above all, to parties' interests.

Keywords: Objective claim change – Claim stabilization – Contract procedure - Atypical procedural negotiation.

Sumário: 1. Introdução: novas perspectivas do processo civil brasileiro. 2. A modificação objetiva da demanda no processo civil brasileiro: análise normativa e principais reações doutrinárias. 3. Interesse processual da contraparte na modificação (in)tempestiva da demanda. 4. O aditamento tardio da demanda dentro da lógica do processo como sistema. 5. O outro lado da moeda: desinteresse na modificação e confiança legítima da contraparte. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução: novas perspectivas do processo civil brasileiro

Entre as principais inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o art. 190, ao prever a possibilidade de as partes convencionarem sobre “mudanças no



procedimento” e “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”,¹ certamente carrega consigo uma das maiores e mais positivas provocações: seja pela natureza de cláusula geral,² permitindo que a norma convencional espraie-se pela universalidade dos institutos processuais; seja pelo estímulo à formação de um ambiente cooperativo entre as partes.³

Esse movimento responde à incidência do chamado princípio do debate (*Verhandlungsmaxime*), mais conhecido como princípio dispositivo em sentido processual,⁴ pelo qual as partes, inserindo-se no espaço tradicionalmente ocupado pelo Estado, passam, progressivamente, a compartilhar os poderes de gestão processual.⁵ Na doutrina italiana, convencionou-se chamar a mesma diretriz pelo nome de princípio da demanda (*principio della*

¹ Art.190: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.86. CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 190” in CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p.318. Parte da doutrina afirma que mesmo o art.190, ao consagrar uma cláusula geral das convenções processuais, sistematizou algo que não deveria ser novidade, pois o art.158 do CPC de 1973 já traria uma cláusula geral de negociação processual, ao dispor, ainda que indiretamente, que os atos das partes dariam causa à constituição, modificação e extinção de direitos processuais. É a visão de CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro” in CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais – Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2016, p.56-57.

³ “A consagração do princípio da cooperação (art.6º, CPC) é, também, uma demonstração clara da valorização da vontade no processo”. DIDIER JR., Fredie. “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil” in CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais – Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 1. Op.cit.*, p.37. Art.6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1999, p.319-321.

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos” in *Temas de direito processual civil: quarta série*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1989, p.39-40: “Em vez disso, ganhou terreno, pouco a pouco, na doutrina, a tendência a distinguir duas classes de problemas: uma relacionada com a liberdade ou não o instrumento do processo para a respectiva vindicação, outra com o modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e à prova destes. Muitos autores passaram a reservar para o âmbito do segundo grupo de fenômenos o emprego do binômio *Verhandlungsmaxime* – *Untersuchungsmaxime* e a usar de preferência, com relação ao primeiro grupo, as expressões *Dispositionsmaxime* e *Offizialmaxime*”. Apesar de não utilizar a mesma nomenclatura, Alvaro de Oliveira contrapõe o princípio dispositivo em seu sentido material com o que denomina “princípio dispositivo impróprio”. Este seria o responsável por outorgar poderes de gestão processual às partes, funcionando como pressuposto para a divisão de trabalho entre os sujeitos do processo. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.”, disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf), acessado em 09/08/2016, p.22.



domanda), destacando as prerrogativas exclusivas das partes ao longo do procedimento. Entre elas, encontra-se a matéria do presente estudo: a fixação do objeto do processo.⁶

Tomaremos também por base a superação do ideal *carneuttiano* de jurisdição, que tinha na lide seu elemento essencial. Para além da jurisdição voluntária, já tradicionalmente concebida como jurisdição sem lide,⁷ o ordenamento é pródigo em exemplos semelhantes, como as ações constitutivas necessárias, as tutelas em caráter preventivo e inibitório,⁸ e outros cenários que serão vistos mais adiante. Em todas essas hipóteses, a noção, até então central, de resistência à pretensão não tem espaço.⁹ Cabe, ainda na esteira do mesmo fenômeno, repensar o conceito de interesse processual. Será que os vetores do interesse apontariam sempre para direções previsíveis, à espécie de um espelho do direito material em discussão?

Nessa ordem de ideias, autor e réu não seriam, por necessário, parte e contraparte em um procedimento essencialmente dinâmico. As situações jurídicas processuais,¹⁰ que podem se apresentar nos mais variáveis recortes,¹¹ seriam, como em um filme, *closes* que a câmera capturaria, sem necessariamente refletir a síntese geral dos interesses em discussão.¹² Esses

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, vol. II*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Tocantins: Ed. Intelectus, 2003, p.93. ARENHART, Sergio Cruz. “Reflexões sobre o princípio da demanda”, disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda, acessado em 09/08/2016, p.2, 6-9.

⁷ DENTI, Vittorio. “La giurisdizione volontaria rivisitata” in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, 1987, p.338.

⁸ Vittorio Denti menciona a técnica inibitória no campo do *new property*, revelando uma tendência sensível aos valores constitucionais, na esteira de cenários cada vez mais diversificados e distanciados da noção limitada de direito subjetivo lesionado. DENTI, Vittorio. “La giurisdizione volontaria rivisitata” in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Op.cit.*, p.338.

⁹ Idem, p.334, 338.

¹⁰ A cada ato processual praticado, as partes passam a uma situação jurídica nova, a um nova posição processual, a partir da qual um novo leque de possibilidades lhes estará disponível. CALAMANDREI, Piero. “Il processo come situazione giuridica” in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1927, nº 1, p.219 e ss. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2009, p.121.

¹¹ Paula Costa e Silva pondera que, por isso, dentro do processo, existiriam situações jurídicas relativas, ainda que dentro dos contornos do direito de ação: “Mas se partirmos desta noção de situação jurídica relativa, não poderemos sustentar que as situações processuais em que as partes vão sendo investidas no decurso do processo, se reconduzam a relações jurídicas que as ordenem entre si” SILVA, Paula Costa e. “O processo e as situações jurídicas processuais” in *Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.974.

¹² Exemplo claro é o da oposição. Como explicar este recorte de situação jurídica processual na qual um terceiro intervém no processo opondo-se, simultaneamente a autor e réu e, por consequência, deslocando ambos para o



interesses podem tender a um antagonismo, que, entretanto, não é necessário. Equívoco comum é adotar à totalidade de recortes a impossibilidade de confluência dos interesses, petrificando autor e réu nas posições de credor e devedor da coisa deduzida em juízo.

É possível, assim, que determinadas situações jurídicas processuais existam independentemente de uma posição correspectiva da contraparte, mesmo porque nem sempre haverá a figura da contraparte nos moldes tradicionalmente concebidos.¹³

2. A modificação objetiva da demanda no processo civil brasileiro: análise normativa e principais reações doutrinárias

Se o processo é, de mais a mais, concebido como produto das interações recíprocas entre as partes,¹⁴ o objeto litigioso,¹⁵ situado no coração do certame, deve, também e por maiores razões, ter seus limites à disposição dos sujeitos parciais.

Historicamente, o direito processual civil brasileiro tem por característica a adoção de um modelo de preclusões rígidas, que caminha de mãos dadas com a valorização da regra da

mesmo polo? Nesse sentido, é fundamental a visão do interesse processual como inserto em zonas de interesse. Estas zonas de interesses seriam os responsáveis pelos recortes próprios de cada situação jurídica processual. Conf. CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda in ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 55-63. SILVA, Paula Costa e. “O processo e as situações jurídicas processuais” in *Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial. Op.cit.*, p. 794-797.

¹³ O melhor exemplo é dos ônus processuais, que não possuem referencial na posição jurídica de outro sujeito. SILVA, Paula Costa e. “O processo e as situações jurídicas processuais” in *Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial. Op.cit.*, p.794.

¹⁴ Cumpre destacar que essa visão ainda encontra ressalvas na doutrina. Em síntese, há aqueles que defendem que o princípio da cooperação leva todos os sujeitos do processo a cooperarem entre si, o que inclui a cooperação entre partes, aqui tomada como premissa, e há, por outro lado, aqueles que advogam em prol de um modelo angularizado de cooperação, que se concretiza das partes para com o juiz, mas jamais das partes entre si. Assim: MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2015, p.104. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.”, *Op.cit.*, p.1-7.

¹⁵ Antiga discussão pretendia identificar em que consistia o objeto litigioso (*Streitgegenstand*), apresentando-se, essencialmente, três correntes. A primeira optava por concebê-lo como a afirmação jurídica do autor (*Rechtsbehauptung*), tal era a visão de Arthur Nikisch. Foi então que Karl Heinz Schwab, opondo-se à primeira corrente, inaugura a visão de que o objeto litigioso seria o pedido. A terceira corrente, comandada por Habscheid, a seu turno, amplia o horizonte de abrangência também para a causa de pedir. CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. A causa petendi no processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 2ª edição, p. 97-101.



eventualidade.¹⁶ Esta, como se sabe, impõe às partes, em uma só oportunidade, a alegação de todos os elementos, tanto de fato como de direito, que julgarem pertinentes, ainda que em sentido subsidiário, como válvula de escape aos efeitos preclusivos que se sucederão.

Para o réu, a eventualidade concentra-se na contestação. É naquela oportunidade que todas as alegações de fato e de direito deverão ser aduzidas, ainda que contraditórias entre si. Para o autor, em sentido endoprocessual, a eventualidade estaria imposta na petição inicial e na réplica. Mesmo que, findo o procedimento, seja possível trazer em outro processo pedidos conexos que não estão abarcados pela eficácia preclusiva da coisa julgada, o entendimento tradicional impõe ao autor, dentro do procedimento comum, a necessidade de trazer seus argumentos até o saneamento do processo, sob pena de preclusão.

No entanto, essa regra nem sempre prevaleceu nos ordenamentos comparados. No processo civil alemão,¹⁷ Arthur Nikisch dizia que a regra da eventualidade seria desconhecida (*die Eventualmaxime nicht kennt*),¹⁸ na esteira da redação do § 132 da ZPO.¹⁹ Este seria um dos

¹⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014, p.75. No processo civil italiano, a combinação também prevaleceu, em homenagem à eficiência (quantitativa) e à celeridade: “Nel 1950, a causa delle vigorose proteste forensi esplose quando era vivo il ricordo della celerità del processo civile regolato dal precedente codice in raffronto alle intollerabili lungaggini e prevaricazione súbito emerse con il nuovo, il congegno delle preclusioni fu edulcorato ed il principio di eventualità fu mandato in soffitta.” MONTELEONE, Girolamo. “Scritti sul processo civile, vol. I”, in *Studi di diritto processuale civile e di diritto comparato*. Roma: Aracne editrice, I edizione, 2012, p.317-319.

¹⁷ Embora neste apertado ensaio inoportunas maiores digressões acerca dos ordenamentos comparados, as preclusões no campo da estabilização a demanda são, mundialmente, cada vez mais maleáveis, desde que, é claro, conservadas as expectativas e a vontade da outra parte. A Espanha, p.ex., conta com uma estrutura alternativa, a qual compreende a possibilidade de, findo o processo de conhecimento, serem apresentadas “alegações complementares” do autor e do réu, o que afastaria os prejuízos decorrentes dos efeitos preclusivos.

¹⁸ “No processo civil alemão permite-se, tradicionalmente, a apresentação de novos fatos e novas alegações durante o *iter* procedimental. (...) Como o ZPO não conhece a eventualidade (*die Eventualmaxime nicht kennt*), é certo que até o término da última audiência oral é possível a apresentação de novos meios de ataque e de defesa.” CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. *Op.cit.*, p.106.

¹⁹ §132: “(1) Der vorbereitende Schriftsatz, der neue Tatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist so rechtzeitig einzureichen, dass er mindestens eine Woche vor der mündlichen Verhandlung zugestellt werden kann. Das Gleiche gilt für einen Schriftsatz, der einen Zwischenstreit betrifft. (2) Der vorbereitende Schriftsatz, der eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist so rechtzeitig einzureichen, dass er mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zugestellt werden kann. Dies gilt nicht, wenn es sich um eine schriftliche Gegenerklärung in einem Zwischenstreit handelt.”, disponível em < https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_132.html>, acessado em 07/08/2016.) (Trad.: “(1) A petição trazendo fatos novos ou novos argumentos deve ser apresentada em tempo hábil para que possa ser conhecida pelo menos uma semana antes da audiência. O mesmo aplica-se à petição referente a tutela provisória. (2) A petição em resposta a novas alegações deve ser apresentada a tempo



motivos a ensejarem um regime de estabilidades mais flexível, vez que as partes, não pressionadas pelo temor da preclusão, trariam suas alegações paulatinamente, quando lhes fosse oportuno.

Já nas últimas décadas, o processo civil alemão foi tomado pela valorização de princípios como eficiência e oralidade, visando a tornar o procedimento o mais enxuto possível, o que, por vezes, pressionava as partes a trazerem suas alegações nas primeiras oportunidades que surgissem. Nada obstante, a flexibilidade das regras de estabilização da demanda permaneceu. Por isso, costuma-se denominar estabilização relativa da demanda a previsão da ZPO que, em última análise, não difere da nossa proposta. O § 263 dispõe sobre a possibilidade de modificação consensual da demanda sem estipular quaisquer limites temporais para tanto.²⁰

O desiderato da norma é assegurar, a qualquer tempo, a possibilidade de alteração por vontade das partes. Por essa razão, fala-se em estabilização relativa: os efeitos da estabilidade produzem-se desde que não haja aditamento superveniente por vontade das partes. Ressalva-se apenas que os limites que se impõem resumem-se à observância dos pressupostos objetivos da demanda, mantendo-se nos moldes anteriores. Permite-se o aditamento, enquanto a substituição do objeto do processo por outro objeto diverso seria, naturalmente, vedada.²¹

No novo ordenamento processual civil brasileiro, o art. 329 do CPC é responsável por disciplinar as possibilidades de aditamento do pedido ou da causa de pedir, subdividindo-as em alteração unilateral, possível de ser executada da propositura da demanda até a citação, e alteração bilateral, possível consensualmente da citação até a decisão de saneamento do processo.²²

para que seja conhecida pelo menos três dias antes da audiência. Isso não se aplica a declarações em sede de tutelas provisórias”).

²⁰ §263: “Nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet.” Disponível em < https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_263.html>, acessado em 07/08/2016. (Trad.: “Após a citação, é permitida a modificação da demanda se o réu assim consentir ou se o tribunal considerar tal alteração conveniente”).

²¹ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.87, nota 243.

²² COSTA, Susana Henriques da. “Comentários ao artigo 329” in CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (org.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 516-518.



A dicção do art. 329, II do CPC, ao trazer a possibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir no período entre a citação e o saneamento do processo “com o consentimento do réu”, é categórica na previsão de uma convenção processual típica.²³ O propósito deste trabalho, porém, é levantar a dúvida sobre os impactos do artigo 190 nos limites da estabilidade da demanda, tornando-os verdadeiramente movediços, para além do texto do art. 329, que, por sua vez, não foi tão adiante quanto poderia ter ido.

Durante a tramitação do Projeto de Novo CPC, a versão do Senado chegou a conformar expressamente a possibilidade de aditamento, ainda que excepcional, após o saneamento do processo.²⁴ Para o nosso pesar, a versão final omitiu-se a esse respeito, restando um hiato sobre o que de fato ocorreria a partir da fase instrutória.²⁵

Muitos preferem entender pela manutenção do entendimento exarado no CPC de 1973, pelo qual a demanda estaria, dali em diante, plenamente estabilizada. Fredie Didier Jr. extrai do inciso II do art.329 a vedação à modificação da demanda posterior ao saneamento. Sem embargo, o autor lamenta a reminiscência de verdadeiro “fóssil legislativo” em nosso ordenamento, incompatível com a cláusula geral do art.190.²⁶ Faz-se necessário, entretanto, enxergar o silêncio qualificado por trás dessa opção legislativa.

²³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, vol.1*. Salvador: JusPodivm, 17ª edição, 2015, p.577.

²⁴ Art. 314: “O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.” (Redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acessado em 09/07/2016).

²⁵ Ainda no período de tramitação do Projeto de Novo Código de Processo Civil, André Roque alertou sobre a necessidade de modificação legislativa do dispositivo do antigo art.264, já então lamentando o retrocesso do Anteprojeto. Ocorre que, especialmente na vigência do CPC de 1973, concretizar o aditamento posterior, mesmo que através da convenção processual, outorgaria uma interpretação *contra legem*, afligindo os limites textuais à interpretação. ROQUE, André. A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida?, disponível em <http://www.andreroque.adv.br/?p=6230>, acessado em 07/08/2016.

²⁶ “É realmente difícil entender essa vedação; parece um fóssil legislativo, remanescente de um sistema anterior, incompatível com o sistema atual, que permite a negociação processual. É, enfim, inegavelmente, uma regra que restringe a negociação processual, pois, ao regular um negócio processual *típico*, impõe os seus limites.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil vol.1, Op.cit.*, p.577. Susana Henriques da Costa acompanha a interpretação que vê no art.329 uma vedação ao aditamento superveniente, embora igualmente crítica à manutenção de tal rigidez preclusiva. COSTA, Susana Henriques da. “Comentários ao art.329” in CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Op.cit.*, p.517.



O art. 264 do CPC anterior já previa em seu *caput* a alteração consensual. No entanto, como até então quase não se falava em convenções processuais, - muito em função da ausência de um dispositivo análogo ao art. 190 do novo código -, o negócio jurídico consumava-se sem que os sujeitos tivessem consciência do que de fato importava sua solução consensual. Para além disso, o dispositivo anterior, em seu parágrafo único, era expresso na vedação cabal à alteração da demanda após o saneamento do processo, como se pode perceber da negação “em nenhuma hipótese”.

Em uma análise comparativa, o legislador passou de uma vedação expressa e categórica (art.264, parágrafo único, CPC de 1973) a um dispositivo de interpretação extremamente maleável, porque omissivo (art.329, CPC de 2015). Sabe-se que certas questões são objeto de política legislativa, e essa é mais uma delas.

O atual art. 329 detalha, assim, o regime das preclusões, estabelecendo como termos os principais atos processuais das fases postulatória e instrutória do procedimento. Enquanto o inciso I cuida do *iter* entre a propositura da ação e a citação, o inciso II disciplina seus limites entre a citação e o saneamento. O artigo, entretanto, à diferença do ordenamento passado, deixa em aberto o que aconteceria entre a decisão de saneamento e a sentença. O que diria um hipotético inciso III?

Pode o legislador ter simplesmente optado por silenciar e não tomar partido na discussão, cabendo a decisão aos verdadeiros protagonistas do procedimento. É por isso que, à luz de tantas recentes mudanças de perspectiva, poderiam as partes, afinal, escrever o “inciso III” com as suas próprias mãos.

Segundo a doutrina de Peter Schlosser, os atos processuais devem seguir a máxima *in dubio pro libertate*.²⁷ Nas hipóteses em que paira a dúvida, o autorregramento da vontade das partes encarrega-se de falar mais alto. Nada mais adequado para o caso da estabilização da

²⁷ A doutrina nacional e estrangeira tem incorporado, com vigor, o princípio. CUNHA, Leonardo da. “Comentários ao art. 190” in CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 323: “Segundo Peter Schlosser, igualmente citado por Remo Caponi (2014, p.362), a avaliação da atividade consensual das partes no processo civil há de ser feita *in dubio pro libertate*, ou seja, havendo dúvida, admite-se o negócio processual.” Igualmente: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, *Op.cit.*, p.144-146.



demanda, face à omissão – qualificada ou não – do legislador. Se à luz do ordenamento anterior o dispositivo já era alvo de críticas, no momento atual, somando-se o art.190 à contrastante timidez do art.329 e ao modelo cooperativo de processo, a discussão passa do antigo estado de latência a um estágio de inevitabilidade.

Outros autores que comentaram o novo código já não enxergaram mais o referido óbice normativo.²⁸ De fato, o art.329, II, ao tratar do momento “até o saneamento do processo”, estaria estabelecendo um marco cuja definitividade está nos olhos de quem lê. O fato de disciplinar o que ocorre até o saneamento não faz inferir, por necessário, a preclusão posterior a essa etapa.

Mesmo que se considere que, como dissemos, o legislador “optou por não tomar partido”, é imperioso o preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico, por isso este silêncio legislativo não seria um vazio derradeiro: o próprio sistema normativo incumbe-se de gerar uma solução. O silêncio do legislador não importa a ausência de norma.

É nesse sentido que haveria, assim como o entendimento aqui esboçado, um verdadeiro silêncio eloquente do legislador de 2015,²⁹ de sorte que reconhecer a “instabilidade” da demanda nesses moldes corresponderia a privilegiar os princípios da colaboração e da primazia do mérito.

Argumenta-se, assim, que o silêncio legislativo imporia uma solução mais tímida, um meio termo entre a completa vedação e o afastamento consensual da estabilização, subordinando a convenção processual que prevê a modificação objetiva pós-saneamento à autorização do juiz.³⁰

Ocorre que, como sabemos, tal autorizativo judicial não é necessário a qualquer negócio jurídico processual. Seria incongruente fazer incidir a solução consensual por força do art.190 quando as convenções por ele previstas possuem a natureza de atos processuais determinantes

²⁸ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, *Op.cit.*, p.121.

²⁹ *Idem*, p.122.

³⁰ “Trata-se de um silêncio eloquente: por si só, o acordo das partes não é idôneo para a alteração do mérito da causa após o saneamento. No entanto, convindo o juiz ao acordo manifestado, hipótese obviamente diferente daquela vedada no art.329, II, do CPC/2015, é plenamente possível a alteração”. *Idem*, p.122:



(na definição de James Goldschmidt, aqueles que dispensam a interpelação de outro sujeito para produzirem efeitos), e, por isso, independem da homologação judicial.³¹

Neste caso, a sugestão ventilada pretende a criação de uma norma que não está prevista em lugar algum, e que desnatura o próprio instituto das convenções processuais. Há apenas duas soluções plausíveis dentro da leitura do ordenamento: interpretar a dicção “até o saneamento” como a previsão de uma preclusão temporal, ou admitir o silêncio legislativo, que permitiria a solução consensual pela via da cláusula geral do art.190, sem, no entanto, submetê-la à autorização judicial, por não ser necessária a qualquer negócio jurídico processual.

Com efeito, o segundo posicionamento acompanharia uma tendência de flexibilização do procedimento e de ampliação dos poderes gerenciais das partes. Afinal, por que o juiz seria mais qualificado do que a própria contraparte para reconhecer a modificação como benéfica ou não?³²

O texto normativo jamais pode ser compreendido em isolado, e a investigação da *mens legislatoris* tampouco reflete o parâmetro com maior garantia de credibilidade. A norma em si própria provém de uma construção hermenêutica ou, vale dizer, um processo de reconstrução. Enfatizam-se as conexões axiológicas disponíveis ao intérprete, desde que em consonância com

³¹ O papel de fiscalização do juiz não pode confundir-se com verdadeira interpelação judicial para que as convenções produzam efeitos. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op.cit.*, p.231: “Parece-nos que a homologação ou deferimento são desnecessários e não podem ser considerados pressupostos para a eficácia dos negócios processuais, por três razões principais. Primeiro porque as convenções processuais decorrem *diretamente* da autonomia das partes no processo, normativamente justificada no permissivo geral de autorregramento da vontade, exercido nos limites extraídos da combinação do princípio dispositivo e do princípio do debate. Acordos processuais são, como vimos no Cap.1, atos determinantes. As partes podem produzir os efeitos pretendidos pelo negócio jurídico independentemente de intermediação de outro sujeito, decidindo no espaço que a autonomia lhes permite, e com isso o poder judicial de definir os contornos do procedimento cede pela interposição legítima das partes”.

³² “O legislador traz, no particular, incompreensível *limitação* à negociação processual: se as partes são capazes e desejam, consensualmente, uma ampliação do objeto litigioso, por que não aceitar? Por que não aplicar o art.190, que consagra a negociação processual atípica?” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol.1. *Op.cit.*, p.577.



o ordenamento jurídico e seu respectivo substrato axiológico.³³ Na esteira do substrato trazido pelo novo CPC, convém reconhecer a adequação da solução consensual.

Igualmente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ainda à luz do ordenamento pretérito, assinalou o desacerto da norma preclusiva. Alvaro demonstra, de forma cirúrgica, que os fundamentos comumente suscitados em sentido contrário à alterabilidade, como o interesse público na eficiência e a funcionalidade da tutela jurisdicional, não mais se sustentam. Chega a mencionar um suposto “caráter ordenador do processo” que costumava ser invocado pela doutrina tradicional, tal como se a modificação superveniente da demanda simbolizasse verdadeiro caos processual, a ser acautelado por uma espécie de poder de polícia judicial.³⁴

Ao revés, a própria eficiência privilegiaria a prerrogativa de dedução de fatos novos naquele mesmo processo em tramitação.³⁵ Toda a narrativa já esposada demonstra que o contra-argumento que se pautava na eficiência processual é uma falácia, vez que eficiência combina-se também com primazia do mérito. Há nítido ganho ao evitar-se a propositura de demandas sucessivas, por vezes no intuito exclusivo de complementar conjecturas fáticas que poderiam ter sido trazidas logo no primeiro processo.³⁶

Cumpra dizer: de que vale a eficiência em um processo cuja solução final não será a mais bem informada possível? De que vale a eficiência em um certame que mantém os sujeitos engessados a ponto de perderem a faculdade de alegar fatos de interesse mútuo, compelindo-os, para tanto, a aguardarem o ajuizamento de uma nova ação?

³³ ÁVILA, Humberto *Teoria dos princípios*. *Op.cit.*, p.26: “Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete”.

³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.”. *Op.cit.*, p.22.

³⁵ *Idem*, p.22.

³⁶ “Semberebbe in teoria che l’adozione dell’indicato método possa accelerare l’iter del processo, e così è stato, infatti, sostenuto a giustificazione del suo impiego: indotte le parti a *vuotare il sacco* súbito, il giudice avrebbe in poco tempo portato la causa in decisione senza incontrare più sul suo cammino i presunti ostacoli disseminati dalle parti, perché, scondo i sostenitori di tali vedute, chi agisce in giudizio propone delle domande non per ottenere giustizia, ma *affinché non siano decise!* Questa à, infatti, la geniale intuizione che sta alla base della teoria processuale dell’immediato *svuotamento del sacco*.” MONTELEONE, Girolamo. “Scritti sul processo civile”. *Op.cit.*, p.318.



É por esse motivo que, para Michele Taruffo, existiriam duas definições para eficiência, que, na verdade, seriam duas faces da mesma moeda. A primeira resume-se à solução rápida e barata, enquanto a segunda, mais complexa, reconhece a eficiência por um aspecto qualitativo, preocupa-se com a qualidade da decisão, o que perpassa uma série de fatores, como os argumentos deduzidos, a consistência das alegações e o material fático trazido a juízo.³⁷

No direito processual civil português, a modificação consensual da demanda é admitida expressamente pelo art.264 do Código de Processo Civil³⁸ a qualquer tempo, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, impondo, como há de ser, a vinculação do magistrado ao aditamento.³⁹ A previsão já encontrava guarida desde o diploma legislativo anterior (art.272) após a reforma legislativa de 1967,⁴⁰ sendo a prerrogativa negocial dos sujeitos aceita de forma absolutamente pacífica.

Neste ponto, ao examinar o ordenamento português, José Rogério Cruz e Tucci traz a reflexão, ainda que breve, sobre os benefícios à eficiência e ao hoje denominado princípio da primazia das decisões de mérito trazidos pela solução.⁴¹ A observação combina-se com a visão já exposta sobre as duplas facetas da eficiência: ao mesmo tempo que o aspecto quantitativo (tempo e dinheiro) é fomentado, o processo ganha em termos de consistência da matéria fática e conseqüente qualidade da decisão.

Ainda no âmbito da eficiência, retornando ao ordenamento alemão, o § 263 da ZPO acrescenta uma regra alternativa ao consenso ao prever a possibilidade de a corte, a despeito

³⁷“Then a system of litigation is efficient when it is reasonably quick and inexpensive, but also when it is structurally oriented to reach fully informed, accurate and reliable decisions on the whole merits of the case.” TARUFFO, Michele. “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, disponível em <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>>, acessado em 09/08/2016.

³⁸ Art.264: “Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1.ª ou 2.ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.” (Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=1959&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=, acessado em 07/08/2016).

³⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p.139.

⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Poderes do juiz e visão cooperativa de processo.” *Op.cit.*, p.25.

⁴¹ “Na prática, sob todos os aspectos, inclusive quanto à economia de tempo, dinheiro e energia, é muito mais produtora permitir a ampliação, em um único processo, de toda a eventual matéria litigiosa existente entre as partes do que se sujeitar potencialmente a sucessivas demandas...” CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p.139, nota 176.



da vontade da contraparte, julgar pertinente a modificação. Não se pode confundir com a necessidade de homologação da convenção pelo juiz, que, como visto, não existe. As hipóteses trazidas pela ZPO são alternativas: a via consensual ou o autorizativo judicial. Quando houver o autorizativo judicial, não será necessária a anuência da contraparte, de mesmo modo que, quando consumado o negócio jurídico processual, o magistrado deverá manter-se deferente.

Ambas são virtuosas para a eficiência processual, mas a segunda, ao dispensar a concordância da contraparte se o tribunal considerar presente o pressuposto da oportunidade (*Sachdienlichkeit*), favorece o processo do ponto de vista econômico,⁴² deixando a desejar do ponto de vista qualitativo, do papel da vontade no processo.⁴³

3. Interesse processual da contraparte na modificação (in)tempestiva da demanda

Neste estágio crucial, convém retomamos as referências iniciais ao princípio do debate e à compreensão de um processo cuja dinamicidade é também força motriz para a colaboração entre os seus sujeitos. Ora, seriam autor e réu partes necessária e radicalmente antagônicas, movidas por um ímpeto constante de articulação da melhor estratégia para ludibriar o oponente? O processo é, afinal, um simples jogo?⁴⁴

Arriscado incorrer nessa falácia, bastante popular em tempos passados e ainda comum entre os operadores do direito: por vezes, é possível que seja mais interessante para o réu, uma vez proposta a demanda, provar o seu direito, buscar uma sentença favorável e sanar, em

⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.”. *Op.cit.*, p.23.

⁴³ Tampouco ficou atrás a ZPO austríaca, estabelecendo, no § 235, regra similar à alemã, admitindo tanto a alteração convencional como a alteração mediante autorizativo do tribunal. §235: “(2) Nach Eintritt der Streitanhängigkeit bedarf es hiezu der Einwilligung des Gegners; mit dieser Einwilligung ist eine Änderung der Klage auch dann zulässig, wenn das Prozeßgericht für die geänderte Klage nicht zuständig wäre, sofern es durch Parteienvereinbarung zuständig gemacht werden könnte oder die Unzuständigkeit nach § 104 Abs. 3 JN geheilt wird. Die Einwilligung des Gegners ist als vorhanden anzunehmen, wenn er, ohne gegen die Änderung eine Einwendung zu erheben, über die geänderte Klage verhandelt. (3) Das Gericht kann eine Änderung selbst nach Eintritt der Streitanhängigkeit und ungeachtet der Einwendungen des Gegners zulassen, wenn durch die Änderung die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes nicht überschritten wird und aus ihr eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist”.

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. “Il processo come giuoco” in *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, ano 5, nº1, p. 23 e ss.



definitivo, a controvérsia. Movido por esse objetivo, tende a estar cada vez mais propenso a cooperar com o autor, eventualmente por meio da via negocial.

No mesmo sentido, a compreensão de interesse processual transmutou-se diante dos novos arranjos subjetivos do processo. Uma estabilização inflexível denotaria um modelo ideológico individualista, no sentido de demandas cujo interesse processual sintetiza-se no tradicional jogo dualista entre credor-devedor.⁴⁵ Essa consideração ganha ainda maior relevo no desenvolvimento do processo coletivo, campo em que convivem interesses multifacetados.⁴⁶

Também se somam os aspectos relevantes no âmbito do princípio da primazia das decisões de mérito, importante diretriz trazida pelo CPC de 2015 em seus artigos 4º e 6º.⁴⁷ Mesmo para o réu, uma decisão meramente formal manteria o conflito em aberto, possível de ser ressuscitado a qualquer tempo – desde que corrigido o defeito processual que ensejou a extinção -, pois, como se sabe, a decisão que extingue o processo sem resolução de mérito não adquire autoridade de coisa julgada.⁴⁸ Sucede-se uma estabilidade claramente mais fraca, como se percebe do art.486 *caput* e § 1º do CPC.

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda in ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. Op.cit.*, p.48. SILVA, Paula Costa e. “O processo e as situações jurídicas processuais”, *Op.cit.*, p.794-798.

⁴⁶ “É que o modelo preclusivo é o ideal para o tratamento de demandas individuais, privadas e voltadas à concretização de direitos subjetivos clássicos vigentes em um modelo de Estado Liberal de Direito. (...) Hoje o Judiciário se vê defronte a conflitos advindos de um modelo de Estado Democrático de Direito que reflete uma sociedade de massa, complexa, pluralista e extremamente conflituosa. (...) Uma das características dos interesses difusos é sua contingencialidade. São interesses essencialmente mutáveis e dinâmicos e, por conta disso, a tutela jurisdicional que inicialmente se revelaria apta a protegê-lo não raro se mostra ineficaz com o passar do tempo. As regras inflexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo são ineficientes para lidar com essa mutabilidade inerente aos conflitos de interesse público”. COSTA, Susana Henriques da. “Comentários ao art.329” in CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Op.cit.*, p.517. No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda in ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. Op.cit.*, p.48-49.

⁴⁷ A denominação foi cunhada por DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, vol.1, Op.cit.*, p.136.

⁴⁸ O art.502 do CPC não deixou dúvidas a esse respeito. Ainda que se admita dizer que as decisões que extinguem o processo sem resolução de mérito adquirem alguma estabilidade, seria esta mais fraca do que a coisa julgada, subsistindo até que corrigido o defeito formal que ensejou a extinção do processo.



A par disso, cabe refletir sobre o aspecto psicológico que interfere nas condutas de cada parte. O fim do processo (leia-se: o fim definitivo, a sentença imunizada pela coisa julgada) gera um sentimento de alívio mesmo à parte derrotada no certame, desde que sabido que “solução melhor não seria humanamente realizável”.⁴⁹

É nesse sentido que se conclui que o réu pode ter tanto interesse na remissão a fatos novos quanto o autor, pois, assim, o processo estaria o mais completo possível para alçar uma decisão de mérito definitiva, que se aproxime o máximo da realidade. Mesmo que seus interesses principais sejam antagônicos, autor e réu podem ter em comum o interesse de que o litígio chegue ao fim sem mais percalços, ou seja, o interesse em uma decisão de mérito, que, a despeito do resultado, sane a angústia que a pendência do processo causa ao indivíduo.⁵⁰

Neste ponto, é preciso adentrar algumas considerações básicas sobre o pedido e a causa de pedir. Como sabemos, o pedido deve ser certo e determinado, sendo uma das causas de inépcia da petição inicial a incongruência da postulação por falta de clareza de seus elementos (art. 330, § 1º, III). Destaca-se, inclusive, a preocupação do código que estabelece o conjunto da postulação como diretriz interpretativa (art. 322, § 2º).⁵¹

O instituto da inépcia tem, em seu fundamento, a proteção ao direito de defesa do réu, mormente no exercício do ônus de impugnação específica. Afinal, se não resta claro o que impugnar, como impugná-lo? Dessa forma, o aditamento da demanda, através da adição de fatos novos responsáveis pelo alargamento de seu espectro objetivo, pode, sim, em determinados recortes de situações jurídicas, importar e interessar ao próprio réu, seja por muni-lo de maiores fundamentos para, de maneira global, elaborar sua estratégia (ainda que somente em seara recursal), seja para, como um elemento fático a mais, norteá-lo durante a

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 2000, p.161.

⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 16ª ed., 2000, p.25. CABRAL, Antonio do Passo. “O Processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição.” in *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 6, maio/2005, p.14.

⁵¹ “É a vontade da parte que determina o objeto litigioso do processo (arts.141 e 490, CPC) e do recurso (arts.1.002 1.013, CPC). Não por outra razão, o §2º do art.322 do CPC determina que a postulação deva ser interpretada de acordo com a boa-fé, exatamente como se deve fazer em relação aos atos jurídicos de um modo geral (art.113, Código Civil). Como se sabe, ato jurídico é ato voluntário”. DIDIER JR., Fredie. “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil” in CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais – Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 1. Op.cit.*, p.36.



fase instrutória a elaborar determinado quesito ao perito, a arrolar ou não determinada testemunha ou, simplesmente, a formular determinada pergunta durante o interrogatório.

Não identificamos, portanto, óbices ao aditamento da demanda em momento posterior à decisão de saneamento. Pelo contrário, havendo consenso da contraparte, a “instabilidade” pode transmutar-se em elemento virtuoso para o incremento das potencialidades instrutórias de ambos os sujeitos, e, por conseguinte, suas possibilidades de influenciarem efetivamente na decisão, como manifestação dinâmica do contraditório moderno.

Ademais, enganoso crer que a inafastável estabilização da demanda após a fase de saneamento estaria fundada na proteção do réu. Como já exposto, havendo manifestação volitiva do réu em sentido positivo, caberia ao Estado protegê-lo de sua própria vontade externada? Na verdade, a preclusão só faria refletir manifesto protecionismo, coibindo as partes, em sua atividade, de moldarem o processo, afinal, como quiserem.

4. O aditamento tardio da demanda dentro da lógica do processo como sistema

Por ainda maiores razões, a proteção pretendida pela estabilização é destituída de qualquer fundamento. Note-se que a maioria das intervenções de terceiros, ao promoverem o alargamento da demanda em sentido subjetivo, podem ocorrer, até mesmo, em seara recursal. Sabemos que os elementos individuadores da demanda são três: partes, causa de pedir e pedido.⁵² Já seria uma contradição em termos admitir que a demanda estabilize-se após o saneamento, quando o alargamento subjetivo permanece ainda possível. Qual seria o fundamento lógico-normativo para permitir a estabilização dos elementos objetivos e excepcioná-la quanto aos elementos subjetivos?⁵³

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol.1*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 2015, p.445.

⁵³ Para essa crítica, denotando inclusive um problema do sistema, chamou a atenção André Roque durante a tramitação do Projeto de Novo Código de Processo Civil: “A noção de estabilização da demanda, todavia, costuma ser discutida em doutrina apenas no que se refere aos seus elementos objetivos, fato este agravado no direito brasileiro pela circunstância de que o Código de Processo Civil em vigor, embora com certa falta de sistematicidade, disciplina alguns aspectos da modificação subjetiva da demanda em dispositivos à parte (art. 41 e segs.), separados daqueles que regulam a estabilização objetiva da demanda. Como será visto oportunamente, no



À guisa de exemplo, semelhante assistemática verifica-se no instituto da oposição. Esta modalidade de intervenção de terceiros amplia a demanda objetiva e subjetivamente, sendo facultada até a sentença, como dispõe o art.682 do CPC.⁵⁴ Perceba-se, portanto, que, embora a modificação objetiva seja possível pela via reflexa da oposição, o legislador, em sentido patentemente contraditório, impediria que a parte, por conta própria, concretizasse a alteração.⁵⁵

Soma-se a isso o fato de que o ordenamento processual civil e o direito processual impendem ser pensados sistemicamente. Os atos processuais, em seu encadeamento e em sua dinamicidade, estabelecem relações constantes entre si, de tal sorte que se verifica verdadeiro “efeito dominó”, podendo um ato inicial fazer toda a diferença para a compreensão e a estruturação de um ato ao final da cadeia e, principalmente, servindo os atos anteriores de pressupostos para os posteriores.⁵⁶ Assim, compreende-se que o sistema, a partir de sua lógica própria, retroalimenta-se ao suprir suas lacunas, de modo a alcançar a harmonização interna e prosseguir em movimento.⁵⁷

O processo em si mesmo seria um sistema, assim como o ordenamento jurídico processual (conjunto de normas) seria outro.⁵⁸ Ambos se relacionam constantemente, pois o meio endógeno recebe inevitáveis influências do “meio ambiente”.⁵⁹

entanto, não é possível separar totalmente os dois fenômenos, ainda que se possa conferir maior destaque à estabilização dos elementos objetivos”. ROQUE, André. “A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida?”, disponível em <http://www.andreroque.adv.br/?p=6230>, acessado em 07/08/2016.

⁵⁴ Art. 682: “Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos”.

⁵⁵ ROQUE, André. “A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida?”, *Op.cit.*

⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda.” *Op.cit.*, p.51. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo. Op.cit.*, p.112.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system.” *in Cardozo Law Review*, nº13, 1992, p.1422-1425: “The structure of the system condense and are confirmed as a result of the system’s own operations, and the operations are in turn recursively reproduced by structural mediation”. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980, p.37-47. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p.115-116.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico. Op.cit.*, p.71, 75.



No entanto, mais do que os demais ramos do direito, o processo seria sistêmico por excelência, convindo, por maioria de razão, a interpretação causalista da lei processual.⁶⁰ Mesmo que o ordenamento jurídico material, estático, também execute a retroalimentação e preencha suas lacunas através das cláusulas gerais e das normas fundamentais, não tem em seu objeto de trabalho relações e atos dinâmicos e essencialmente coordenados.

Vale dizer: a norma não se confunde com o texto normativo. Ela transcende o texto individualizado, tendo seu sentido construído a partir da interpretação sistemática dos textos - em sentido plural - que integram o ordenamento.⁶¹

Esta mesma linha de raciocínio deve ser empregada quando da leitura do diploma normativo processual. Em linha de princípio, as normas fundamentais elencadas nos primeiros dispositivos do código alastram-se como diretrizes interpretativas para todo e qualquer instituto, rompendo em definitivo as velhas barreiras entre tipicidade e atipicidade.

Sobretudo, é necessário perquirir a natureza das normas processuais. Aquelas consideradas cláusulas gerais consagram institutos que independem de previsões típicas para serem invocados.⁶² É exatamente o que se espera das convenções processuais, previstas na cláusula geral do art. 190.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. *Op.cit.*, p.53.

⁶⁰ LOPES, João Batista. "Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional" in ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. *Op.cit.*, p.505.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2005, p.22. SARMENTO, Daniel. NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belho Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p.410: "Apesar de sua importância, o texto nunca se confunde com a norma jurídica. O texto é o *significante*, e a norma o seu *significado*. A norma jurídica é o que resulta da interpretação de um texto, sendo o texto o invólucro da norma, a sua aparência exterior, ou, nas palavras de Friedrich Müller, "a ponta do iceberg" ". Amplamente: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. *Op.cit.*, p.76: "Chama-se "interpretação sistemática" aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento (...) constituam uma totalidade ordenada (...) e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma diferente recorrendo ao chamado "espírito do sistema", mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal".

⁶² "As cláusulas gerais funcionam como *instrumentos de adaptação* dos efeitos jurídicos aos fatos jurídicos concretos naquelas normas cujos valores são identificados de maneira genérica". ÁVILA, Humberto. "Subsunção e concreção na aplicação do direito" in MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p.434. Cf. também DIDIER JR., Fredie. "Cláusulas gerais processuais" in *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2,



A despeito da existência de negócios jurídicos processuais tipicamente previstos no ordenamento, como é o caso do próprio art. 329, II ou, p.ex., do art. 357, § 2º, o art. 190 permite que as partes celebrem negócios atípicos entre si. Este é, afinal, o escopo maior da norma.

Não recai sobre elas qualquer dever de fundamentação quando da celebração do acordo processual. Independentemente das elucubrações acerca dos motivos que possam ensejar o réu a celebrá-lo, a lei não os exige como pressuposto de validade do negócio jurídico. Basta a hígida manifestação de vontade de agente capaz, não obstante os motivos imprevisíveis que levem o réu a fazê-lo no caso concreto. O Estado não deve tirar conclusões acerca de sua assertividade, portanto. E que sentido faria, afinal, proteger alguém através de uma imposição que é justamente contrária à sua vontade?

A este argumento, é possível que se retruque dizendo que o art. 190 não traz uma previsão irrestrita das hipóteses de acordos processuais, caso contrário o processo civil tornar-se-ia verdadeira arbitragem estatalizada. No entanto, mantidas as partes em equilíbrio de posições no processo,⁶³ não há por que impor impedimentos à convenção que adita a demanda após o saneamento do processo.

Tampouco se encontra guarida no art. 357, § 1º, o qual, ao tratar da estabilização da decisão saneadora, não estabiliza um ato jurídico das partes, mas do juiz. Desse modo, a norma

2010, disponível em www.riedpa.com, acessado em 07/08/2016. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.131-132: “Um enunciado é *geral* quando diz algo que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção. (...) Assim sendo, só se poderá conotar o adjetivo <<geral>> às cláusulas gerais se, por este, se estiver compreendendo que estas permitem, em razão da extensão do seu campo previsivo-estatutivo, uma regulação geral de condutas, ao modo de ensejar o tratamento em conjunto de um determinado domínio de casos”.

⁶³ Em uma perspectiva micro, a igualdade, manifestada como o equilíbrio de posições entre os sujeitos do processo, amolda-se ao dinamismo do fenômeno processual e ao caráter relacional de cada posição. Seu medidor é o potencial de influência, o contraditório. Desta forma, não seria possível dizer, em abstrato, que o aditamento fira o equilíbrio processual sem avaliar o modo de exercício em concreto dessa posição jurídica. Quando este se dá por uma convergência de vontades hígidas das partes, não há a princípio qualquer desequilíbrio. Cf. ABREU, Rafael Sirangelo. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015, p.79-95.



dita preclusão consumativa para o juiz, o que independe das prerrogativas ainda disponíveis às partes.⁶⁴

Um modelo de preclusões rígidas pode ser criticamente relacionado ao ranço ideológico autoritário. Se ambas as partes concordam em declinar a estabilidade, a exigência de que esta subsista protege única e exclusivamente os poderes processuais do juiz,⁶⁵ o único sujeito, pode-se dizer, “em desacordo”. Também por isso as partes seriam reduzidas a uma posição de vulnerabilidade, porque eventuais equívocos e omissões seriam irremediáveis.⁶⁶

Não há como negar que a solução consensual é a mais consentânea com o ordenamento processual brasileiro. Afinal, nada mais razoável do que conciliar a norma preclusiva com o papel, cada vez mais intenso, da vontade das partes e do estabelecimento de diálogos diretos entre os sujeitos parciais do contraditório. Tem-se a necessidade de interpretar a norma mirando sua inserção no sistema, sem que se olvidem as constantes transmutações sofridas por ele próprio.

5. O outro lado da moeda: desinteresse na modificação e confiança legítima da contraparte

Algumas teorias sobre a estabilidade da demanda foram desenvolvidas ainda sob a égide do CPC anterior. Marco Antonio dos Santos Rodrigues defendeu, por exemplo, a possibilidade de modificação dos elementos objetivos da demanda à dispensa do consenso da

⁶⁴ Concordamos com CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*, São Paulo: Editora Atlas, 2016, 2ª edição, p. 302, quanto à importância da estabilidade dessa decisão, encerrando a fase postulatória para dar início à fase instrutória. Entretanto, com todas as vênias, essa constatação não é suficiente para afastar das partes sua prerrogativa negocial. Ora, do mesmo modo que fatos supervenientes e questões cognoscíveis a qualquer tempo (não passíveis de preclusão temporal) ainda podem ser alegados, outros fatos, não necessariamente novos, podem ser aditados caso seja da vontade das partes. Nesse sentido, o autor corrobora nossa ideia, deixando clara a diferença entre a preclusão para o juiz e a preclusão para as partes: “Evidentemente, fatos supervenientes poderão – e deverão – ser levados em conta (art. 493), assim como é possível que depois dessa decisão ter-se tornado estável surja alguma questão nova, daquelas que podem ser suscitadas a qualquer tempo (e que ainda não tivesse sido suscitada). Há aí, porém, alguma estabilidade da decisão, cujos termos não poderão ser posteriormente modificados pelo juízo de primeiro grau de jurisdição”.

⁶⁵ MONTELEONE, Girolamo. “Scritti sul processo civile, vol. I” *Op.cit.*, p.319. É contundente a crítica do autor italiano, que afirma a plena incompatibilidade entre as preclusões rígidas e o “processo justo”.

⁶⁶ *Idem*, p.318.



contraparte, desde que oportunizado seu contraditório prévio à decisão judicial.⁶⁷ Dessa forma, sustenta a modificação unilateral com a outorga do juiz. Seria, em verdade, um requerimento de modificação, portanto um ato postulativo ou estimulante na classificação de James Goldschmidt, um ato que depende da interpelação de outro sujeito, o juiz, para produzir seus efeitos. Difere da hipótese em comento, pois os negócios processuais, como atos determinantes, dispensam o autorizativo judicial.

Dois problemas podem ser identificados. Em primeiro lugar, existem limites para a interpretação do dispositivo do antigo art.264. Muito embora haja diferença entre texto e norma, certo é que o texto, o “elemento gramatical”, é um dos principais dados a serem levados em conta pelo intérprete no processo de atribuição de sentido à norma.⁶⁸ Acima de tudo, tem a função de atuar como limite às interpretações facultadas, o que significa que, dentro da margem disponível, não pode o intérprete, grosso modo, desprezar o texto,⁶⁹ especialmente quando este traz uma vedação expressa.⁷⁰

O diploma normativo anterior trazia vedação inadmissível de ser excepcionada: “em qualquer hipótese”, nas palavras do próprio dispositivo. Diante disso, poderiam ecoar o lamento e a crítica por parte da doutrina, mas respeitados os limites textuais intransponíveis.⁷¹ Nesse cenário, mesmo a solução que oportuniza o contraditório da parte contrária e que atribui ao juiz a prerrogativa final de decidir ou não pelo pedido de aditamento da demanda seria

⁶⁷ Marco Antonio entende que tradicionalmente o contraditório é visto como elemento alinhado à estabilidade da demanda e aos chamados sistemas rígidos, mas, na esteira da proteção à boa-fé subjetiva das partes, seria o próprio contraditório fundamento que protegeria o réu oportunizando sua participação no processo decisório quanto à modificação da demanda. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. *Op.cit.*, p.72-76, p.168-169. Interpretando o art.329, II como a necessidade de citação do réu para o prévio exercício do contraditório: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.202.

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. *Op.cit.*, p.410.

⁶⁹ *Idem*, p.412.

⁷⁰ O que, vale mais uma vez dizer, o CPC anterior fazia e o novo CPC não fez. De modo que o limite interpretativo que outrora existia não mais existe.

⁷¹ “As leis relativas ao *procedimento* constituem, ao contrário, os limites formais da atividade do juiz; isso quer dizer que o juiz está autorizado a estabelecer normas jurídicas no caso concreto, mas deve estabelecê-las segundo um ritual em grande parte estabelecido pela Lei”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. *Op.cit.*, p.56.



excessiva.⁷² Fora isso, cabe salientar que persistiria a crítica ao empoderamento excessivo do magistrado, pois quem sairia incólume à preclusão seria, em última análise, o juiz.⁷³

Em segundo lugar, não acreditamos que o contraditório seja suficiente para contrabalancear a confiança legítima que as estabilidades geram nos sujeitos processuais. A oportunidade de resposta à alteração não compensa o dano marginal à eficiência processual, pensado dentro das expectativas e do interesse processual individualizado.⁷⁴ Mesmo sendo o contraditório valiosa forma de controle da decisão judicial, o juiz permanece, neste cenário, imbuído da prerrogativa de deferir a modificação da demanda, ainda que contrariamente à vontade do réu, que já traçara toda uma gama de expectativas com base na estabilização objetiva.

Por esta razão, somente a efetiva conjugação de vontades poderia ser apta a afastar uma estabilidade, que visa, afinal, à preservação das esferas jurídicas das partes.⁷⁵ No bojo desta proteção, situam-se a boa-fé processual objetiva e a proteção da confiança legítima, esta última corolário do princípio da segurança jurídica, importante fundamento para as preclusões. O sistema preclusivo atua em harmonia com o chamado formalismo valorativo, pois privilegia o papel de cada uma das formas no ordenamento, demandando um ônus significativo das partes

⁷² Sempre ressalvadas as hipóteses de fato superveniente ou fato que se tornou cognoscível posteriormente, como no art.342, I do CPC.

⁷³ Precisamente: “Ciò anche perché il giudice-inquisitore, munito cioè di poteri processuali e probatori non soggetti praticamen ad alcun controllo, non è colpito come le parti dalle preclusioni e può regolarsi come vuole, anzi come non vuole”. MONTELEONE, Girolamo. “Scritti sul processo civile, vol. I”, *Op.cit.*, p.319. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.252.

⁷⁴ De mesmo modo que nada obsta que a parte tenha interesse na solução consensual, é possível também que não o tenha. Sendo assim, uma solução que não lhe desse a oportunidade de escolher, mas tão-somente de se manifestar, poderia ser atentatória à segurança jurídica e à confiança legítima depositada na estabilização.

⁷⁵ À diferença da coisa julgada, a preclusão figura como fenômeno endoprocessual. Dessa forma, corresponde a uma estabilidade mais fraca, vez que a coisa julgada alça o nível mais forte entre as estabilidades. Visa a preservar as formas, e, norteada pelos princípios da segurança jurídica e da boa-fé processual objetiva, tem forte suporte axiológico. Assim: CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*, *Op.cit.*, p. 303. No entanto, deve-se observar a tensão entre segurança jurídica e as vontades das partes. Ademais, a preclusão, ao promover a segurança, tem efeito preventivo, impedindo que, no futuro, a parte frustrasse sua expectativa legítima. Contudo, se a própria parte opta expressamente por abrir mão dessa prevenção, não se poderia falar em expectativas frustradas. Fora isso, a mera abertura ao contraditório do réu seria desconforme com a força protetiva das estabilidades. Em sentido semelhante: ROQUE, André. “A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida?”, *Op.cit.*



para afastá-las. Não obstante, acreditamos que somente a vontade hígida desponta como fator suficiente para tanto.

Com efeito, a boa-fé objetiva está diretamente relacionada às estabilidades, porque se conforma através dos padrões de conduta esperados, que acabam por nortear as interações intersubjetivas,⁷⁶ apontando para a tutela objetiva da confiança.

Ainda que o juiz deferisse a modificação objetiva da demanda – prerrogativa que não cremos ser do magistrado -, estaria articulando uma conduta anti-cooperativa e flagrantemente desconforme com a boa-fé objetiva,⁷⁷ uma vez que o réu, confiando na segurança jurídica que o direito objetivo lhe proporciona, teria suas expectativas de estabilização frustradas sem o seu consentimento.

Em última análise, a função axiológica das formas e das preclusões só poderia ser afastada quando o réu expressamente abdicasse dessa proteção. Somente então não caberá ao Estado, em um ranço paternalista, protegê-lo daquilo que não quer ser protegido.

6. Conclusão

A esta altura, já exaurimos a exposição dos motivos que nos ensejam a apontar para parâmetros tendencialmente flexíveis a nortear a estabilização da demanda no processo civil brasileiro. A começar pelo fato de que a *mens legislatoris* acena para uma modificação, vale dizer, substancial no desenho do dispositivo. Ainda que a norma impenda ser separada de seu texto, como ressaltamos em diversas oportunidades, qualquer método interpretativo deve

⁷⁶ “A chamada boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*, a boa-fé/lealdade) funda-se em padrões de conduta social, visando a estabilizar as interações intersubjetivas a partir do que se espera dos demais membros. Pretende-se a proteção às expectativas que os indivíduos nutrem uns dos outros na comunidade. Vale dizer, protegem-se os interesses do *alter*, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que é legitimamente esperado de cada parte”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2010, p.233. A modificação superveniente seria, portanto, o evento inesperado.

⁷⁷ THEODORO JR., Humberto. “Processo justo e boa-fé objetiva” in ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. *Op.cit.*, p.478-479. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.302-303.



atenção ao pano de fundo das modificações legislativas. Uma análise textual comparativa pode revelar progressões ou digressões em relação à lei anterior. Por esse motivo, é inquestionável que a alteração trazida pelo novo CPC, ainda que tímida, tem algo a nos dizer.

Para além disso, a compreensão do ordenamento como um sistema é virtuosa para que, no âmbito de (potenciais) silêncios legislativos como o aqui trabalhado, seja possível aferir qual o caminho, afinal, ditado pela norma.

Como visto, a doutrina contemporânea é claramente pessimista em relação à manutenção de disposições que prevejam a preclusão a partir do saneamento do processo. Uma visão mais otimista pretende, nesse campo de forças, privilegiar não só a cláusula geral de negociação processual, mas o paradigma processual cooperativo e a ampliação de poderes diretivos das partes, como sustentáculos para uma interpretação restritiva do art.329, II ao *iter* entre a citação e a decisão de saneamento do processo. É, mais uma vez, o sistema atuando em harmonia.

Nesse sentido, a admissão do afastamento consensual da estabilização representa um passo para o futuro. Um passo que poderia ter sido tomado pelo legislador de 2015, mas que, talvez, possa ser resgatado pelo desenvolvimento doutrinário no âmbito das convenções processuais e pela via interpretativa, avessa a qualquer rigidez preclusiva que, nesta seara, sobreponha-se à vontade das partes.

7. Referências bibliográficas

ABREU, Rafael Sirangelo. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2009.



_____. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.”, disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf), acessado em 09/08/2016.

ARENHART, Sergio Cruz. “Reflexões sobre o princípio da demanda”, disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demand, acessado em 09/08/2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2005.

_____. “Subsunção e concreção na aplicação do direito” in MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos” in *Temas de direito processual civil: quarta série*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1989.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 6ª ed, 1995.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2010.



_____. “Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda *in* ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. “O Processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição.” *in* *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 6, maio/2005.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. “Il processo come situazione giuridica” *in* *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1927, nº 1.

_____. “Il processo come giuoco” *in* *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, ano 5, nº1.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*, São Paulo: Editora Atlas, 2ª ed., 2016.

CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 16ª ed., 2000.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 190” *in* CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016.

_____. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro” *in* CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais – Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 1*. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2016.



_____. “O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro” in *RIDB*, ano 2, nº 9, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. “Comentários ao artigo 329” in CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo (org.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*.

CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. *A causa petendi no processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2001.

DENTI, Vittorio. “La giurisdizione volontaria rivisitata” in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1987, p.338.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, vol.1*. Salvador: JusPodivm, 17ª edição, 2015.

_____. “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil” in CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais – Coleção grandes temas do novo CPC, vol. 1. Op.cit.*

_____. “Cláusulas gerais processuais” in *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2010, disponível em www.riedpa.com, acessado em 07/08/2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil, vol.1*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 2015.



LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, vol. II*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Tocantins: Ed. Intelectus, 2003.

LOPES, João Batista. "Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional" in ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. Op.cit.*

LUHMANN, Niklas. "Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system." in *Cardozo Law Review*, nº13, 1992.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol.2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *A colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2015.

MONTELEONE, Girolamo. "Scritti sul processo civile, vol. I", in *Studi di diritto processuale civile e di diritto comparato*. Roma: Aracne editrice, I edizione, 2012, p.317-319.



RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014.

ROQUE, André. A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida?”, disponível em <http://www.andreroque.adv.br/?p=6230>, acessado em 07/08/2016.

SARMENTO, Daniel. NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

SILVA, Paula Costa e. “O processo e as situações jurídicas processuais” in *Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

TARUFFO, Michele. “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, disponível em < <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>>, acessado em 09/08/2016.

THEODORO JR., Humberto. “Processo justo e boa-fé objetiva” in ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. *Op.cit.*



L'identification constitutionnelle de l'Etat Camerounais au regard de l'article premier de la Constitution revise du 18 Janvier 1996

(The constitutional identification of the Cameroon State in light of article 1 of the
Constitution, altered in January 18th 1996)

Samuel Théophile Batoum-Ba-Ngoue

Professor of Public Law at the University of Douala, Cameroon

Abstract: The article addresses the organization of the institutions of the State of Cameroon and its rule of law in light of the reformed Constitution.

Introduction

Le 18 janvier 2016, le Cameroun a commémoré le vingtième anniversaire de la Constitution révisée de 1996.¹ Deux décennies pour une personne physique comme pour un document constitutionnel, peuvent constituer une tranche temporelle significative, favorable à la description des faits observables, relativement à la trajectoire d'une constitution.² L'on pourrait, dans le cadre de cette commémoration constitutionnelle, marquer un temps d'arrêt, soit pour analyser les mutations de ladite constitution ; tant il est vrai que les Etats africains ont l'art d'adopter, de remettre en cause, de suspendre, d'abroger puis de renouveler les

¹ L'intitulé de cette révision est la suivante : loi N°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972.

² BIPOUN WOUM (J-M), « le nouveau Cameroun politique », R.J.P.I.C, 1983, n°3, p. 656.



constitutions,³ soit pour en évaluer l'application des dispositions. Il nous a semblé intéressant de revisiter certains pans insuffisamment explorés du corpus constitutionnel de 1996.

Certes, en vingt années d'existence, la Constitution révisée de 1996, a fait l'objet d'analyses soit collectives, soit individuelles, parfois dans une perspective transdisciplinaire.⁴ Cependant, à l'examen, tout porte à croire que la plupart d'analystes n'ont pas mis en exergue la richesse de l'article premier⁵ de cette constitution relatif à l'identification de l'Etat camerounais. En effet, placé à l'entame de l'acte fondateur de l'Etat, cet article est porteur, sur le plan de l'analyse socio-juridique, d'un intérêt symbolique indéniable. En fait, il présente la carte d'identité de l'Etat camerounais.

³ KOFFI AHADZI « les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », Afrique, juridique et politique, revue du CERDIP, vol 2, juillet-décembre 2002, p 35.

⁴ Voir à ce sujet : l'ouvrage du Pr. Alain Didier OLINGA, la Constitution de la République du Cameroun, Yaoundé, pressés de l'UCAC, 2006, 326 pages ; l'ouvrage sous la direction du Pr, Alain ONDOUA, la Constitution du 18 janvier 1996, bilan et perspectives, AFREDIT, 2007, 268 pages ; l'ouvrage sous la direction de S. MELONE, A. MINKOA SHE et L. SINDJOUN, la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun. Aspects juridiques et politiques, Yaoundé, Fondation FRIEDRICH-EBERT, 1996.

⁵ Cet article énonce in extenso que :

A11 La République Unie du Cameroun prend à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, la dénomination de la République du Cameroun (loi N°84-01 du 04 février 1984);

A12 La République du Cameroun est un Etat unitaire décentralisé. Elle est une et indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle reconnaît et protège les valeurs traditionnelles conformes aux principes démocratiques, aux droits de l'homme et à la loi. elle assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi;

A13 La République du Cameroun adopte l'anglais et le Français comme langues officielles d'égale valeur. Elle garantit la promotion du bilinguisme sur toute l'étendue du territoire. Elle œuvre pour la protection et la promotion des langues nationales;

A14 La devise de la République du Cameroun est : " Paix-Travail-Patrie";

A15 Son drapeau, est : vert, rouge, jaune, à trois bandes verticales d'égales dimensions. Il est frappé d'une étoile d'or au centre de la bande rouge ;

A16 L'hymne nationale est : " Ô Cameroun, berceau de nos ancêtres" ;

A17 Le sceau de la République du Cameroun est une médaille circulaire en bas-relief de 46 millimètres de diamètre, présentant à l'avant et au centre le profil d'une tête de jeune fille tournée à droite vers une branche de caféier à deux feuilles et joutée à senestre par cinq cabosses de cacao avec, en exergue, en français sur l'arc supérieur : « la République du Cameroun » et sur l'arc inférieur la devise nationale : « Paix-Travail-Patrie », au revers et au centre les armoiries de la République du Cameroun avec en exergue, en anglais, sur l'arc supérieur : « Republic of Cameroon », et sur l'arc inférieur, « Peace-Work-Fatherland ». Les armoiries de la République du Cameroun sont constituées par un écu chapé surmonté côté chef par l'inscription « République du Cameroun », et supporté par un double faisceau de licteurs entrecroisés avec la devise : « Paix-Travail-Patrie », côté pointe. L'écu est composé d'une étoile d'or sur fond de sinople et d'un triangle de gueules, chargé de la carte géographique du Cameroun d'azur, et frappé du glaive de la balance de justice de sable;

A18 Le siège des institutions est à Yaoundé.



En réalité, cette disposition constitutionnelle est révélatrice du rapprochement que le constituant a pu établir entre le droit public et le droit privé, s'agissant de la personnalité juridique. La qualification de l'Etat de personne morale de droit public, traduit le phénomène de personnification juridique que l'on retrouve également en droit privé.⁶ Le droit ne connaît pas les réalités sociales ou humaines en tant que telles. Pour qu'une réalité ou une chose, un être ou un groupe d'êtres aient une existence juridique, il faut qu'ils acquièrent la qualité de personne.⁷ La personne se définit comme sujet de droits et d'obligations dans le cadre d'un système juridique donné.

Personne morale de droit public, l'Etat camerounais est venue à l'existence par le phénomène de la personnification juridique. Cette opération de création juridique de l'Etat s'effectue par la constitution. Entité d'abord naturelle puis sociologique, l'Etat devient un être juridique titulaire de compétences, de droits et d'obligations par la constitution. C'est cette dernière qui est porteuse de l'organisation politique et juridique permettant à l'Etat camerounais de prétendre à l'indépendance et à la souveraineté.⁸

Tout comme les autres Etats, l'Etat du Cameroun est une construction juridique destinée à prendre en charge de façon permanente les intérêts des camerounais, indépendamment des personnes physiques qui sont appelées à un moment donné à agir au nom de l'Etat. C'est à ce titre que le Doyen Duguit opinait qu'il n'a jamais déjeuné avec la personne morale qu'est l'Etat.⁹ Pour assurer sa pérennité et celle de ses engagements, mais surtout pour se particulariser sur le plan international, l'Etat camerounais s'est doté d'éléments distinctifs qui constituent sa carte d'identité, voire son domaine de définition.

⁶ PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEM (Ferdinand), droit constitutionnel, Paris, Armand COLIN, 23ème édition, 2004, p.38.

⁷ BIPOUN WOUM (J-M), cours de droit constitutionnel et régimes politiques, inédit, faculté de droit et des sciences économiques, Université de Yaoundé, p.13

⁸ PACTET Pierre, MELIN-SOUCRAMANIEM Ferdinand, droit constitutionnel, op.cit, p. 38.

⁹ Cités par GICQUEL (Jean), GICQUEL (Jean-Eric), droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, 25ème édition, 2011, p. 53.



Cette exigence relève de la souveraineté sur le plan interne mais confère à l'Etat la souveraineté sur le plan international.¹⁰ Autrement dit la souveraineté sur le plan international est conditionnée par la souveraineté nationale. Pour avoir une existence étatique sur le plan international c'est-à-dire la souveraineté internationale, le Cameroun a commencé par asseoir sa souveraineté sur le plan interne. Pour ce faire, il a pris appui sur l'article premier paragraphe 2 et 55 de la Charte des Nations Unies relatifs au « *principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer deux mêmes* ». Ainsi il a bénéficié du droit à l'auto détermination,¹¹ réalité de la pierre d'angle du droit international et du droit constitutionnel.

Et la preuve que l'Etat camerounais s'est réalisé politiquement et juridiquement se trouve à l'article premier de la Constitution. A vrai dire, l'identification constitutionnelle de l'Etat relève de la cuisine juridique interne à chaque Etat. Cette vérité semble parfois nous échapper, alors même que, tout comme une personne physique devient sujet de droit par son acte de naissance, l'Etat devient être juridique par sa constitution. C'est la raison pour laquelle chaque Etat a une constitution comme tout citoyen est détenteur d'un acte de naissance. En effet, l'un des premiers gestes d'un nouvel Etat, n'est-il pas de se donner, avec un drapeau, un hymne et une monnaie, une constitution?¹²

L'Etat camerounais n'a pas échappé à cette réalité. A travers ses constitutions successives de 1960, 1961, 1972 et plus récemment celle révisée du 18 janvier 1996, cette opération juridique de création et d'identification de l'Etat camerounais s'est perpétuée. Comment la Constitution du 18 janvier 1996 a-t-elle opéré cette perpétuation ? Telle est la problématique de la présente réflexion. Celle-ci relève de la conception phénoménologique de la constitution. Cette dernière consiste à donner à une entité socio-politique et territoriale, par la prise de conscience de son élément humain, le statut d'un être juridique véritable qui mérite d'être connu d'abord sur le plan national, ensuite sur le plan international.

Tel que formulé, le thème sur l'identification de l'Etat du Cameroun dans la Constitution du 18 janvier 1996, ne présente apparemment pas d'intérêt heuristique majeur. Il faut

¹⁰ COMBACAU (Jean), SUR (Serges), droit international public, Paris, Montchrestien, 4ème édition, 1999, p 221.

¹¹ NGUYEN QUOC DINH, droit international public, Paris, L.G.D.J, 1999, p 512.

¹² Ardant (Philippe), institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J, 17ème édition, 2005, p. 47.



cependant reconnaître qu'en sa qualité de personne morale, l'Etat camerounais doit décliner son identité étatique qui tient lieu de visa pour son entrée au concert des Etats indépendants et souverains. A travers l'article premier de la constitution, le procédé juridique de personnification qui permet d'unifier en un ensemble individualisé, les éléments épars que sont : la masse des habitants, l'espace territorial, l'idée de pouvoir et les symboles de l'Etat, est réalisé.¹³

Par sa structuration en huit alinéas, cet article devient un concentré des éléments constitutifs sociologique, juridique et symbolique de l'Etat camerounais.¹⁴ Les analystes de droit public ont fait très peu cas dudit article qui se trouve pourtant être la porte d'entrée du dispositif de la Constitution. C'est peut-être parce qu'il est à la croisée des chemins socio affectif, spirituel et juridique de l'entité Cameroun qu'il ne suscite pas beaucoup d'analyses. A l'examen, il se présente comme le réceptacle des éléments visibles et invisibles, matériels et immatériels et porteur des signes distinctifs révélateurs de la carte d'identité de l'Etat camerounais.¹⁵

Le déficit d'analyses de cet article pourrait également trouver son explication dans le fait que son objet ne se prête pas facilement aux instruments d'études purement juridiques. En effet, qu'il s'agisse du drapeau national, de l'hymne national ou de la devise nationale, l'on se trouve incontestablement sur le terrain du symbolisme et donc de la philosophie ou de l'histoire du droit¹⁶ ou alors, sur celui de la littérature du droit. Marie-Anne FRISSON ROCHE, pensait pourtant fort à propos que, « *Droit et littérature deviennent amis lorsqu'un juriste parvient par l'usage de la langue, le sens de la formule, le talent du récit à amener vers l'amour du droit et de la droiture* ». ¹⁷

¹³ BIPOUN WOUM (J-M), cours de droit constitutionnel et régimes politiques, op cit, p.33.

¹⁴ SINDJOUN (Luc), « l'imagination constitutionnelle de la nation », in la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996, aspects juridiques et politiques, op cit, p. 96.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ NGUYEN QUOC DINH, droit international public, op. cit, p.512.

¹⁷ FRISSON ROCHE (Marie-Anne), l'injustice racontée aux enfants. De la littérature au droit, Mélanges François Terré, Dalloz, 1992, p.199.



Dès lors, il devient intéressant d'analyser cette disposition qui loge le lien indissoluble qui semble exister entre la nation camerounaise et l'Etat du Cameroun. En somme le contenu de l'article premier touche dans certaines de ses composantes, instantanément et indistinctement, la vue, l'ouïe et le vécu des citoyens camerounais.¹⁸ De ce fait il constitue le « *status* »¹⁹ c'est-à-dire le stable des camerounais, à côté d'un variable porteur de la diversité sociologique de la population camerounaise.²⁰ Pour s'en convaincre, il convient de rechercher d'un côté la détermination constitutionnelle du statut étatique du Cameroun (I) et de l'autre côté d'en relever les attributs (II).

I. La détermination constitutionnelle du statut étatique du Cameroun

S'il ne revient pas au droit international de « *créer* » l'Etat, il reste cependant constant que ce sont les « *principes de droit international qui permettent de définir à quelles conditions une entité constitue un Etat* ».²¹ Pour le droit international « *l'Etat est une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé* ».²² De cette définition, il ressort que l'Etat est d'abord un phénomène historique, sociologique et politique pris en compte par le droit.²³ Et cette prise en compte juridique du phénomène étatique en droit interne est faite par la constitution. C'est la raison pour laquelle, le droit international trouve que la création de l'Etat relève de « *l'autonomie constitutionnelle* » des Etats c'est-à-dire du domaine réservé à la compétence nationale.²⁴ Le droit international constate tout simplement qu'une entité étatique est déjà politiquement et juridiquement constituée, au

¹⁸ La fête nationale, l'hymne national et le drapeau national constituent autant de signes révélateurs de l'existence d'une conscience nationale, bases psychologiques de l'Etat. La vue, du drapeau, l'écoute de l'hymne national et le vécu quotidien des camerounais dans la paix, semblent être le socle granitique du vouloir vivre ensemble du peuple camerounais, au-delà des diversités linguistiques, culturelles et ethniques.

¹⁹ Etymologiquement, le mot Etat vient du latin « *status* » et traduit l'idée d'une stabilité de situation.

²⁰ Le Cameroun est constitué de plus de 200 ethnies, de plusieurs religions notamment l'islam, le christianisme et l'animisme. Il est tributaire de trois héritages coloniaux : germanique, anglophone et francophone.

²¹ Voir com. arb YUGO, avis N°1, 29 novembre 1991, R.G.D.I.P, 1992, p.26.

²² *Ibidem*.

²³ NGUYEN QUOC Dinh, droit international public, op. cit, p.404.

²⁴ *Ibidem*, p.511.



regard du statut qu'il définit et auquel cette entité peut prétendre, quelques que soient ses particularités individuelles.²⁵

La qualification comme « *Etat* » du Cameroun ne s'apprécie pas dans l'abstrait mais par rapport aux références que constituent les systèmes juridiques entre lesquels il opère la jonction : l'ordre interne et l'ordre international. C'est le premier ordre à savoir l'ordre constitutionnel qui nous intéresse ici. C'est lui qui identifie la personnalité juridique de l'Etat camerounais (A) en même temps qu'il énonce sa modalité organique et administrative (B).

A. L'identification constitutionnelle de la personnalité juridique de l'Etat camerounais

Personne morale c'est-à-dire être artificiel construit par le droit, à partir d'une situation de fait, l'Etat est naturellement dépourvu des moyens de conception et d'action dont disposent les individus de qui le droit fait des personnes physiques.²⁶ Cependant, pour accéder au statut d'Etat sur le plan international, l'Etat du Cameroun se devait au préalable de remplir sur le plan interne ou national certaines conditions notamment avoir une dénomination et une localisation du siège des institutions.

1. La dénomination : « République du Cameroun »

Le caractère d'institution légale de chaque nouvel Etat ne doit pas faire méconnaître sa dette à l'égard des faits. En effet, le droit ne vient ici que prendre en compte la réalité matérielle Préexistante, pour parler d'elle à sa manière.²⁷ L'Etat est un être désincarné. C'est un concept, une abstraction, une idée qui exprime la collectivité dans son unité,²⁸ et dont la

²⁵ COMBACAU (Jean), SUR (Serges), droit international, op. cit, p. 220.

²⁶ *Ibidem*, p.221.

²⁷ *Ibidem*, p.258.

²⁸ Donnedieu de Vabres, l'Etat, P.U.F, 4ème édition 1971, p.13.



compréhension est facilitée par les dimensions que lui assigne l'acte qui le fonde à savoir la constitution. La formation d'un Etat procède de l'histoire et du droit.²⁹

Avant que le constituant ne consacre la dénomination de « *République du Cameroun* » dans la Constitution révisée de 1996, le vocable « *Cameroun* » existe déjà et trouve son origine dans l'histoire. En vérité, en 1472, les marins portugais du navigateur FERNÃO DO POO entrent dans l'estuaire du Wouri. Ils s'extasient de l'abondance des crevettes dans le cours d'eau qu'ils appellent aussitôt RIO DOS CAMERÕES qui signifie rivière des crevettes. Par la suite, les marins anglais adoptèrent ce nom en l'anglicisant Cameroons, d'où vient le nom Cameroun.³⁰

Il convient de préciser qu'« *appeler* », c'est prononcer le nom par lequel une personne se reconnaît, ou alors formuler la désignation qui identifie un objet. La dation du nom participe de la création. C'est le fait d'amener à l'existence. C'est la raison pour laquelle l'alinéa 1 de l'article premier³¹ est porteur de la dénomination de « *République du Cameroun* ». Autant les parents, en donnant un nom à leur enfant le font entrer dans l'ordonnement juridique étatique, comme sujet de droit, autant la constitution amène à l'existence par la dation nominative, un Etat et fait de ce dernier un sujet de droit international identifiable.

C'est par le nom que toute chose vient à l'existence et naît au monde. Aussi, non seulement l'Etat naît véritablement au monde par son nom, mais c'est aussi par son nom que les autres Etats peuvent le reconnaître dans son rôle, son destin et sa mission dans le monde. La culture de la Grèce antique enseigne que le nom exprime le destin de la personne qui le porte.³²

²⁹ SUR (Emmanuel), « le pouvoir constituant n'existe pas ! » in la Constitution et les valeurs, Melanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff, Dalloz, 2003, p.569.

³⁰ L'arrivée des Portugais dans l'estuaire du Wouri a certainement coïncidé avec le fourmillement saisonnier d'une espèce rare de crevettes que les Douala appellent « MBEATOE ». Les navigateurs portugais furent surpris par ce phénomène étrange. C'est pourquoi ils appelèrent le fleuve « Rio Dos Cameroes » c'est-à-dire la rivière des crevettes. Ce nom de Rio dos cameroes, camerones d'où dérive le nom donné à notre pays, voir histoire du Cameroun, CE.P.E.R, Yaoundé, 1983, p.58.

³¹ Cet article énonce in extenso que « la République Unie du Cameroun prend, à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, la dénomination de République du Cameroun ».

³² A titre d'exemple, en Grèce, Antigone dont le frère Polynice est assassiné par Heneon se révolte contre le roi Géon. Pour les Grecs, il n'y a aucun hasard à cela : le nom Antigone signifie « rebelle », celui de Géon « pouvoir »



L'on observe que l'Etat du Cameroun n'a pas, contrairement à d'autres Etats³³ changé de dénomination. En réalité, le Cameroun, il faut le reconnaître a reçu son baptême de désignation des Portugais. Ce territoire qui a été découvert par ces derniers, et qui par la suite sera marqué à des degrés divers par l'empreinte des conquérants allemands puis des « tuteurs » français et britanniques porte à travers les constitutions successives, la même estampille.³⁴

Certes le vocable « Cameroun » n'est pas resté à l'abri des mutations politiques qu'a connues l'Etat. C'est ainsi que d'une constitution à une autre les formulations de l'article premier, porteur de la dénomination ont changé. Avec l'accession à l'indépendance, la Constitution du 04 mars 1960 énonçait en son article premier que « *le Cameroun est une République unie et indivisible, laïque, démocratique et sociale...* ». Celle du 1^{er} septembre 1961 a intégré l'aspect réunification en transformant la formulation de l'article premier en ces termes : « *la République fédérale du Cameroun est formée à compter du 1^{er} septembre 1961 du territoire de la République du Cameroun, désormais appelé Cameroun oriental, du territoire du Cameroun méridional anciennement sous tutelle britannique, désormais appelé Cameroun occidental...* ».

La Constitution du 02 juin 1972 quant à elle, toujours dans son article premier énonce que « *la République fédérale du Cameroun, formée de l'Etat du Cameroun oriental et de l'Etat du Cameroun occidental devient, à compter de l'entrée en vigueur de la présente constitution, un Etat unitaire sous la dénomination de la République Unie du Cameroun...* ». Cette disposition modifiée par la loi N°84-1 du 04 février 1984 se retrouvera dans la Constitution révisée du 18 janvier 1996. La formulation de son article premier est la suivante : « *la République Unie du Cameroun prend, à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, la dénomination de République du Cameroun. La République du Cameroun est un Etat unitaire décentralisée...* ». La

tandis que Heneon signifie « le sang ». Chacun des personnages assume donc sa vocation, la devise sociale que lui assigne son nom.

³³ On pourrait citer le cas du Burkina Faso qui à l'indépendance portait le nom de haute Volta ou celui de la République démocratique du Congo anciennement appelé Zaïre.

³⁴ Les Allemands ont appelé Douala qu'ils considéraient comme l'une des capitales, Kamerun. Les autres capitales ayant été Buea et Yaoundé.



permanence de la dénomination « *Cameroun* » va de pair avec celle de la localisation du siège des institutions.

1. La localisation du siège des institutions: Yaoundé

La personne morale de droit public qu'est l'Etat du Cameroun a son siège institutionnel localisé à la capitale sous l'appellation de « *Yaoundé* ». La constitutionnalisation du siège des institutions est révélatrice de l'ancrage territorial de la personne morale dénommée « *Cameroun* ». Le pouvoir politique s'entend dans le sens étymologique, du pouvoir dans la cité.³⁵ Le pouvoir qui s'incarne dans l'Etat et se juridicise par le canal de la constitution, entretient un lien étroit avec sa localisation. En effet, les premières préfigurations de l'Etat sont les minuscules cités-Etats grecs entre le VI^{ème} et le IV^{ème} siècle avant Jésus-Christ, qui ont servi à Platon et à Aristote pour théoriser la cité idéale et qui annoncent l'Etat moderne.³⁶ Pour un Etat, le siège des institutions est ce que le domicile légal est pour une personne physique ou morale privée.

Sur le plan juridique, le domicile est le lieu légal d'habitation. Il s'agit du domicile élu c'est-à-dire le lieu fixé pour l'exécution des actes juridiques. Tout comme une personne physique, un Etat peut avoir plusieurs villes considérées comme ses résidences mais il n'a qu'un seul domicile légal qui, constitutionnellement est le siège des institutions. En réalité, c'est la ville dans laquelle les différentes institutions qui matérialisent l'existence de l'Etat, personne juridique sont installées.³⁷ L'Etat du Cameroun a toujours constitutionnalisé la ville de Yaoundé comme siège des institutions. La constitution du 18 janvier 1996, comme ses devancières ne s'est pas éloignée de cette mouvance. Yaoundé est identifiée comme le lieu permanent de rencontre et de localisation physique et matériel de l'abstraction juridique et de l'ancrage sociologique du pouvoir politique.³⁸

³⁵ PACTET (Pierre), MELIN SOUCRAMANIEN (Ferdinand), droit constitutionnel, op. cit, p.12.

³⁶ ARDANT (Philippe), institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit, p.27.

³⁷ D'une manière générale, ce sont les pouvoirs publics (exécutif, législatif, juridictionnel) qui assurent l'effectivité du pouvoir politique, sur le plan du droit international, ou parlera de gouvernement.

³⁸ PACTET (Pierre), MELIN SOUCRAMANIEN (Ferdinand), droit constitutionnel, op. cit, p. 12 ; voir PONDI Jean-Emmanuel, (Re) découvrir Yaoundé ! Yaoundé, éditions.



Comme toute entité immatérielle, le pouvoir politique³⁹ a besoin d'un support physique, visible et identifiable. En conséquence, le siège des institutions, tient lieu de domicile légal de l'Etat où sont installés les immeubles qui abritent les pouvoirs exécutif, législatif et juridictionnel. La ville de Yaoundé traduit sur le plan géographique et territorial, non seulement la présence effective de l'Etat au-delà des gouvernants passagers, mais aussi la permanence, la transcendance et l'immanence de l'Etat camerounais. Le Président de la République Paul BIYA ne l'a-t-il pas traduit dans un discours en 1991 année du paroxysme de la dynamique insurrectionnelle au Cameroun⁴⁰ en ces termes « *tant que Yaoundé respire, le Cameroun vit* ». L'on peut relever que la quasi-totalité des coups d'Etats perpétrés dans les Etats visent généralement les sièges des institutions de ces Etats. En effet, la réussite d'un coup d'Etat est conditionnée par le contrôle que leurs commanditaires exercent sur les institutions logées à la capitale.

L'importance de la mise en exergue sur le plan constitutionnel de Yaoundé, comme siège des institutions, a une portée nationale et internationale. Sur le plan national la ville de Yaoundé est le lieu de production et de signature des textes législatifs et réglementaires qui régissent l'Etat camerounais. C'est également le lieu où se déroulent *les « rites et grand-messes politiques »* tels que la proclamation de l'indépendance, les cérémonies de prestation de serment du Président de la République après une élection, les cérémonies marquant la commémoration de la fête nationale et présidée par le Président de la République, toutes choses qui sacralisent et immortalisent l'Etat.⁴¹

Sur le plan international, le siège des institutions joue le rôle d'interface entre le Cameroun et les autres Etats et organisations internationales. Les importantes rencontres internationales et les actes internationaux dans lesquels le Cameroun est partie prenante ont pour site Yaoundé, lorsque l'Etat camerounais en est l'organisateur ou pays d'accueil. En outre, Yaoundé se présente comme le siège des institutions internationales, dans la mesure où il

³⁹ Etymologiquement, le pouvoir politique s'étend comme le pouvoir dans la cité. C'est le pouvoir qui appartient à l'appareil dirigeant, gouvernant du pays. Etant le point d'impulsion, de coordination voire de rayonnement de l'Etat, le pouvoir politique nécessite un site de localisation connu sous le vocable de siège des institutions.

⁴⁰ OLINGA (Alain Didier), la constitution de la République du Cameroun, op. cit, p.31.

⁴¹ Pactet (Pierre), Melin SOUCRAMANIEN (Ferdinand), droit constitutionnel, op. cit, p.17.



abrite les locaux des représentations diplomatiques et des organisations internationales. Par sa stabilité, la ville de Yaoundé opère la jonction entre la souveraineté dans l'Etat et la souveraineté de l'Etat du Cameroun.⁴²

En somme la ville de Yaoundé où siègent les institutions politiques du Cameroun, apparait comme l'Etat en miniature car elle est le concentré de la vie juridique, sociologique, diplomatique et symbolique de l'identité remarquable qu'est l'entité Cameroun.⁴³ Personne juridique, l'Etat camerounais s'est doté d'organes pour le représenter et exprimer sa volonté. Titulaire de compétences, il ne peut les exercer que par l'intermédiaire d'organes composés d'individus. Cependant il convient de préciser que sur le plan international, une personne juridique étatique ne peut être véritablement considérée comme un Etat au sens du droit international, que si elle est capable de faire montre d'une organisation gouvernementale et territoriale qui assure l'effectivité du pouvoir.⁴⁴ Pour s'arrimer à cette exigence, le Cameroun a constitutionnalisé l'identité de la modalité organique du pouvoir étatique et administratif.

B. La constitutionnalisation de l'identité de la modalité organique de l'administration étatique au Cameroun

Partant du postulat selon lequel la modalité organique de l'administration étatique au Cameroun relève de la souveraineté dans l'Etat c'est-à-dire de la manifestation de la volonté spécifique de l'Etat, il ressort que cette volonté relève pour l'essentiel de l'histoire de chaque Etat. Pour ce qui concerne la forme d'organisation de l'Etat adoptée par le Cameroun, l'on doit relever, qu'elle est à l'antipode de sa composition sociologique et territoriale. Pratiquement, l'adoption de telle ou telle forme d'organisation étatique est souvent commandée par des contraintes d'ordre sociologique notamment l'homogénéité ou l'hétérogénéité des populations, la forte personnalisation des régions ou encore l'immensité ou l'étroitesse du

⁴² Combacau (Jean), SUR (Serges), droit international public, op cit, p 222; d'une manière générale on distingue la souveraineté de l'Etat dans ses rapports avec les autres puissances et la souveraineté dans l'Etat qui concerne la détermination de l'autorité disposant à l'intérieur des frontières du pouvoir initial.

⁴³ PONDJ Jean-Emmanuel, (Re) découvrir Yaoundé ! Une fresque historique et diplomatique de la capitale camerounaise, op. cit, p.14.

⁴⁴ NGUYEN QUOC DINH, droit international public, L.G.D.J, op.cit, p.412.



territoire.⁴⁵ Véritable Afrique en miniature,⁴⁶ l'Etat camerounais a plutôt adopté la forme unitaire dont l'affichage constitutionnel du 18 janvier 1996 a réformé en « *Etat unitaire décentralisé* ».

1. La forme unitaire de l'Etat au Cameroun

L'expression « *forme de l'Etat* » renvoie à la façon dont un Etat est structuré. L'observation montre que l'organisation de certains Etats comporte plusieurs niveaux à partir desquels s'exercent les fonctions exécutives législatives et juridictionnelles de l'Etat. Dans d'autres Etats au contraire, on constate qu'il n'existe qu'un seul centre d'où émanent, pour l'ensemble du territoire et applicables à tous les habitants, les décisions de caractère législatif exécutif et juridictionnel. C'est dans cette dernière forme que l'on retrouve le Cameroun alors même que son élément humain le prédispose à la forme composée ou fédérale de l'Etat.

La forme très poussée de « *balkanisation* » de l'Etat camerounais légué par la colonisation est décrite par le Professeur Hubert MONO DZANA qui pense qu'à " *l'intérieur du triangle camerounais, l'on se félicite bien souvent d'être une véritable Afrique en miniature. Tout se passe en effet, comme si le vieux continent s'était constitué en un point, une réserve chargée de symboliser la diversité de ses populations, de ses climats de ses traditions. Si l'histoire des migrations ne nous avait appris le contraire, on pourrait supposer que tous ces éléments avaient pris naissance au Cameroun pour se propager, peu à peu, et d'après des lois particulières dans tout le reste de l'Afrique*".⁴⁷

C'est à partir de ce substrat sociologique pluriel qu'est née la forme unitaire de l'Etat camerounais affichée par la Constitution du 02 juin 1972. A dire vrai, la dation de la forme unitaire à l'Etat du Cameroun sociologiquement hétérogène, est révélatrice de la volonté du

⁴⁵ En principe l'hétérogénéité de la population et l'immensité du territoire d'un Etat correspondent à la forme composée de l'Etat connues sous le vocable d'Etat fédéral, alors que l'homogénéité et l'étroitesse du territoire conduisent à la forme simple ou unitaire de l'Etat.

⁴⁶ La carte d'identité sociologique du Cameroun se présente comme suit: deux langues officielles: le français et l'anglais; trois grandes religions: le christianisme, l'islam et l'animisme.

⁴⁷ MONO NDZANA (Hubert), *l'idée sociale* chez BIYA Paul, Université de Yaoundé, 1985, p.182.



premier Président camerounais, de conjurer la diversité qui hypothéquait gravement l'unité nationale. Sur le plan historique, le Cameroun s'est constitué autour de l'année 1960. Le traité de Berlin qui avait permis en 1885 de délimiter les zones soumises à l'influence directe de la Grande Bretagne et de la France essentiellement, avait marqué la fixation des frontières souvent artificielles résultant d'une entente ordonnée des principales puissances européennes du XIX^{ème} siècle. C'est ainsi que les peuplades que tout opposait se sont réunies dans des colonies qui engendreraient plus tard des Etats, alors que des peuplades que des éléments raciaux et cultures unissaient se trouvèrent brutalement scindées en plusieurs colonies dont les frontières, dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, ne seront pas remises en cause, et à l'intérieur desquelles se constitueront des Etats.⁴⁸

Dans sa volonté manifeste de forger une nation camerounaise à partir d'un regroupement de peuplades, le Président AHIDJO fera usage de manière « *incantatoire* » de la mystique de l'unité nationale. Il ne se contentera pas de l'inscrire dans ses discours,⁴⁹ il la gravera dans les Constitutions du 04 mai 1960 et du 02 juin 1972 devancières de la Constitution du 08 janvier 1996.

2. La réforme de l'Etat unitaire : « l'Etat unitaire décentralisé »

En énonçant que « *la République du Cameroun est un Etat unitaire décentralisé* », le constituant de 1996 a introduit une nouvelle catégorie juridique dans la structuration de l'Etat. Celle-ci juxtapose l'uniformité incarnation de l'unité nationale et la diversité, donnée

⁴⁸ LECLERC (Claude), droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Litec, 4ème édition, 1984, p.78.

⁴⁹ Le Président AHIDJO Ahmadou dira à l'aube de l'indépendance en 1960 que « notre devise à nous tous doit être l'unité, pour la construction nationale », voir AHIDJO (Ahmadou), constitution à la construction nationale, présence africaine, Paris, 1964, p.127. Déjà en 1958 peu après son investiture comme premier Ministre le Président AHIDJO avait déclaré aux représentants de l'ONU en visite au Cameroun que le premier point de son programme était « de faire l'unité du Cameroun » qui devait s'étendre « du Nord au Sud et de l'Est à l'Ouest », voir Cameroon Tribune, n° 572, p.1.



incontournable de l’Afrique en miniature que semble être le Cameroun.⁵⁰ Il s’agit d’une grande première dans la trajectoire constitutionnelle du Cameroun indépendant.⁵¹

Juridiquement l’Etat se présente sous deux aspects : l’Etat unitaire et l’Etat fédéral. Avec l’introduction du label « *Etat unitaire décentralisé* », le Cameroun a intercalé entre l’Etat unitaire et l’Etat fédéral, une catégorie supplémentaire et intermédiaire ; à l’instar de l’Etat autonome ou régional de l’Espagne ou de l’Italie.⁵² En vérité, le constituant a tranché au vif le débat sur la forme du nouvel Etat issu de la Conférence tripartite tenue du 30 octobre au 17 novembre 1991 à Yaoundé.

Au sortir des années de transition démocratique,⁵³ la Constitution du 18 janvier 1996 se transforme en site d’illustration du débat constitutionnel écartelé entre le retour au fédéralisme et le maintien de l’Etat unitaire.⁵⁴ A travers la formulation de « *l’Etat unitaire, décentralisé* » l’on a constitutionnalisé l’option d’une position médiane entre les partisans de la liturgie unitaire d’une part et fédéraliste d’autre part. Cette requalification constitutionnelle de la forme de l’Etat est le reflet du débat portant sur le changement politique au Cameroun. A la vérité, il n’y a pas de changement politique réel sans mutation dans l’ordre constitutionnel.⁵⁵

La Constitution du 18 janvier 1996 est à la fois un instrument et un témoin de ce changement. Très souvent, les mutations politiques en Afrique noire donnent lieu à une reformulation de l’ordre étatique.⁵⁶ La requalification de la forme de l’Etat camerounais procède de la crise de l’autoritarisme et de ses mythes fondateurs à savoir : le parti unique, la construction nationale et l’Etat unitaire.⁵⁷ En évitant le retour au fédéralisme d’avant le

⁵⁰ Gicquel (Jean), Gicquel (Jean Eric), droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchretien, 25ème édition, 2011, p.66.

⁵¹ OLINGA (Alain Didier), la constitution de la République du Cameroun, op. cit, p.266.

⁵² Gicquel (Jean), Gicquel (Jean Eric), *ibidem*.

⁵³ KAMTO (Maurice), « quelques réflexions sur la transition vers le pluralisme politique au Cameroun », in l’Afrique en transition vers le pluralisme politique, Economica, Paris, p.209 et suivant.

⁵⁴ OLINGA (Alain Didier), la constitution de la République du Cameroun, op. cit, p.266.

⁵⁵ Chevallier (Jacques), « changement politique en droit administratif », les usages sociaux du droit, Paris, P.U.F, 1989, p. 293-326.

⁵⁶ MENTHONG (Hélène-Laure), « la construction des enjeux locaux dans le débat constitutionnel au Cameroun », in la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun, aspects politiques et juridiques, op. cit, p.146.

⁵⁷ KAMTO (Maurice), « quelques réflexions sur la transition vers le pluralisme politique au Cameroun », in l’Afrique en transition vers le pluralisme politique, op. cit, p.209-225.



référendum du 20 mai 1972, le constituant de 1996 a voulu également récuser sur le plan symbolique, le modèle jacobin de l'Etat centralisateur qui veut niveler à partir du sommet tous les particularismes locaux.⁵⁸

Pour y parvenir, le constituant a opté pour une coexistence de la logique autoritaire du pouvoir central et de la volonté de permettre au pouvoir régional d'arrêter le pouvoir central.⁵⁹ En fait, la Constitution du 18 janvier 1996 a reconsidéré l'équilibre entre le centre et la périphérie de l'Etat, en procédant à la redistribution territoriale du pouvoir administratif central et périphérique,⁶⁰ porteuse d'une énonciation globale des attributs étatiques du Cameroun.

II. L'énonciation des attributs étatiques du Cameroun

« *L'autonomie constitutionnelle* » bien connue en droit international⁶¹ permet de mesurer la souveraineté d'un Etat à travers sa capacité à se doter de normes juridiques propres. Cette compétence d'auto-organisation reconnue à chaque Etat fait apparaître un degré d'autonomie suffisant susceptible de qualifier un Etat de souverain et par suite de le reconnaître comme sujet de droit international public à part entière.⁶² En effet, seul l'Etat peut prétendre à une effectivité complète internationale autant qu'interne. Ne méritent la qualification d'Etat que les collectivités qui présentent le caractère d'être souverain, c'est-à-dire détentrices des attributs de souveraineté.

L'acte constitutionnel du 18 janvier 1996 a intégré les attributs de souveraineté et de société de l'Etat camerounais. En le faisant, le constituant a traduit la concrétisation juridique de la volonté de la nation camerounaise à s'auto-définir et à se démarquer des autres sociétés

⁵⁸ MENTHONG (Hélène-Laure), *ibidem*, p.148.

⁵⁹ MENTHONG (Hélène-Laure), « la construction des enjeux locaux dans le débat constitutionnel au Cameroun », *op. cit.*, p.148.

⁶⁰ SINDJOUN (Luc), « Cameroun : le système politique face aux enjeux de la transition démocratique », *Afrique, Politique*, Paris, Karthala, 1994, pp 143-165.

⁶¹ Le droit international trouve que la création de l'Etat relève de « l'autonomie constitutionnelle des Etats c'est-à-dire du domaine réservé à la compétence nationale. Voir NGUYEN QUOC DINH, *droit international public*, *op. cit.*, p. 404.

⁶² Melin SOUCRAMANIEN (Ferdinand), « autonomie constitutionnelle » et droits fondamentaux in la constitution et les valeurs, *Mélanges en l'honneur de Dimitri George Lavroff*, Dalloz, 2005, p.254.



politiques. En réalité la Constitution du 18 janvier 1996 a servi en quelque sorte de « *miroir* » au démos qui l'institue, en « *réfléchissant* » ses caractéristiques propres ou supposées.⁶³ Il y a un fonds commun des Constitutions successives du Cameroun dont celle du 18 janvier 1996 entend conserver l'héritage et assumer les charges.⁶⁴ Ce fonds commun est exprimé aussi bien par les attributs de souveraineté (A) que par ceux de la société camerounaise (B).

A. Les attributs de la souveraineté

L'énonciation des attributs étatiques du Cameroun a une double portée : une portée interne ou nationale et une portée internationale. Sur le plan national cette énonciation attribue une identité nationale à l'Etat camerounais,⁶⁵ et sur le plan international elle traduit l'indépendance et la souveraineté du pouvoir politique de l'entité étatique. En effet, le droit international est réducteur et négateur des différences réelles des Etats. A travers l'égalité souveraine, c'est l'indépendance de l'Etat camerounais qui est affirmée.⁶⁶ Cependant ces attributs permettent aussi de prévenir ou de corriger les inégalités et les différences sociologiques qui existent au sein de l'Etat.⁶⁷ Ils constituent un bouclier à toutes les velléités et tentatives de faire consacrer juridiquement, une typologie inégalitaire entre les citoyens au sein de l'Etat. C'est du moins ce qui ressort aussi bien du drapeau national, de l'hymne national que de la devise nationale. Ils traduisent la continuité de l'institution et de l'identité étatique du Cameroun au-delà des changements des gouvernements.

⁶³ Vervin (Marianne), « la question du droit constitutionnel démotique : une problématique actuelle », *Civitas Europa*, n°9, 2002, p.147.

⁶⁴ Portener (J), « la souveraineté, commentaire sur la constitution (groupe de travail, 1959) », in documentation pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 04 octobre 1958, Paris, la documentation française, 2001, vol. IV, p.215.

⁶⁵ SINDJOUN (Luc), « l'imagination constitutionnelle de la nation », in la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun. Aspects juridiques et politiques, op. cit, p. 95-96.

⁶⁶ Combacau (Jean) et SUR (Serges), droit international public, op. cit, p.229.

⁶⁷ KONTCHOU KOUOMEGNI (A), « idéologie et institutions politiques : l'impact de l'idée de l'unité nationale sur les institutions publiques de l'Etat camerounais », dynamiques et finalités des droits africains, Paris, Economica, 1980, p. 442-464.



1. Le drapeau national

De toute évidence, l'Etat est d'abord un phénomène historique. Pendant longtemps, la formation de l'Etat a semblé relever exclusivement de l'histoire et de la sociologie. Sa création apparaît comme extérieure au droit. A ce titre, certains symboles de l'Etat du Cameroun, peuvent être considérés comme pré-étatiques. C'est trois ans avant la proclamation solennelle de l'indépendance que le Cameroun a adopté par un décret du 16 avril 1957 son drapeau.⁶⁸

Très souvent, l'on voit à travers les symboles de l'Etat des instruments sinon axiologiques du moins oniriques et vident de sens du point de vue juridique.⁶⁹ L'argument du « *mimétisme constitutionnel* » utilisé généralement pour rendre compte de l'expérience normative des sociétés politiques africaines est parfois un écran qui dissimule les conditions sociales de production des règles du jeu.⁷⁰ En effet, le drapeau national camerounais est le reflet du substrat sociologique dans lequel baigne la Constitution qui en est le porteur. Ce drapeau est un mélange du visible et de l'invisible. Il véhicule un entrecroisement de messages physique, sociologique et juridique.

Sur le plan physique et visible, la symbolisation de l'identité nationale est figurée par les couleurs « *vert-rouge-jaune* » du drapeau dont une étoile d'or se trouve au centre de la bande rouge.⁷¹ L'agencement des couleurs dont est porteur le drapeau, n'est pas anodin. Le vert représente la forêt équatoriale du Sud Cameroun, le rouge du milieu symbolise le sang du peuple versé pendant la guerre de décolonisation, le jaune quant à lui représente le soleil et la savane présentent dans le Nord du Cameroun. L'étoile d'or au centre de la bande rouge est représentative de l'unité nationale.⁷² Il convient de préciser que les couleurs du drapeau camerounais sont des couleurs panafricaines.⁷³

⁶⁸ MVENG (Engelbert), BELING-NKOUMBA (D), histoire du Cameroun, Yaoundé, CEPER, 1982, p.209.

⁶⁹ CAPS- (SP), « la constitution comme ordre de valeur », in la constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff, op. cit, p.284.

⁷⁰ SINDJOUN (Luc), « l'imagination constitutionnelle de la nation », in la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996, Aspects juridiques et politiques, op. cit, p.93.

⁷¹ DJOUN (Luc), « l'imagination constitutionnelle de la nation », op. cit, p. 78.

⁷² WIKI PEDIA, l'Encyclopédie libre.

⁷³ Les couleurs panafricaines sont trois : le vert, le rouge, le jaune utilisées par beaucoup de pays d'Afrique dans leurs drapeaux, en particulier l'Afrique de l'Ouest, ces couleurs proviennent de l'Ethiopie, l'une des seules nations



Sociologiquement, la notion de nation n'est qu'une fiction pour nombre d'Etats nouveaux créés à partir de fédération d'ethnies par les colonisateurs : leur première ambition est très officiellement d'utiliser les pouvoirs de l'institution étatique pour créer une nation.⁷⁴ Il s'agit de la construction et de la mobilisation des signes, des actes et des pratiques attestant de l'existence d'une communauté d'un groupe social soudé ou alors faisant croire en l'existence de celle-ci ou de celui-ci.⁷⁵ Parmi les éléments qui contribuent à la création d'une nation par l'Etat camerounais, figure le drapeau national.

La vue du drapeau camerounais en tout temps et en tout lieu, crée le sentiment de la présence et de l'appartenance de tout national camerounais à l'Etat du Cameroun. En outre, le fait que tout citoyen se trouve dans l'obligation de se lever et de s'arrêter lors du lever du drapeau national, traduit l'égalité des droits et des devoirs pour tous les citoyens. Cela implique sur le plan national le principe de la non discrimination devant l'institution étatique.

Le drapeau tricolore camerounais introduit sur le plan sociologique le nivellement par le haut des inégalités de naissance, d'origine et d'appartenance ethnique ou régionale, ce qui priorise l'unité nationale. La nationalité camerounaise crée ipso facto, une allégeance personnelle des citoyens camerounais envers l'Etat camerounais, sans considération spacio-temporelle, dès lors que le drapeau du Cameroun est visible. Par ce fait il devient l'expression d'un pacte de vie en commun établi sur des convictions philosophiques, idéologiques, morales et sociales partagées.⁷⁶

Juridiquement, le drapeau national est révélateur de la souveraineté⁷⁷ et de la présence du sujet de droits et d'obligations qu'est l'Etat camerounais, tant sur le plan international que sur le plan national. A l'international, il conforte l'effectivité de l'indépendance du pouvoir

d'Afrique à avoir conservé sa souveraineté pendant le démembrement de l'Afrique au XIXème siècle. Le Ghana est le premier pays à arborer ces couleurs lors de son accession à l'indépendance en 1957.

⁷⁴ NGUYEN QUOC DINH, droit international public, op. cit, p.407.

⁷⁵ SINDJOUN (Luc), « l'imagination constitutionnelle de la nation », in la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996, op. cit, p.78.

⁷⁶ CAPS- (Stéphane-Pierre), « la constitution comme ordre de valeur », in la constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff, op. cit, p. 284.

⁷⁷ À un Etat, correspond un drapeau. Seul l'Etat est titulaire du drapeau national, les autres personnes morales publiques ou privées infra-étatiques en sont dénuée.



gouvernemental. Pour le national camerounais, le pavillon « *vert-rouge-jaune* » est une preuve de la réalité du contrôle politique et administratif de l'Etat camerounais sur son territoire et sur sa population dans les formes autant symboliques que caricaturales possibles.⁷⁸

Autant le drapeau national est le pavois du Cameroun, autant il fait « *pavoiser* » les Camerounais après une victoire individuelle ou collective des nationaux.⁷⁹ Facilement transportable, le drapeau du Cameroun est représentatif à travers le monde, des éléments constitutifs juridique et sociologique de l'Etat.⁸⁰ En effet, sa seule présence « *exterritorialise* » les ressortissants du Cameroun,⁸¹ estampille ses citoyens, habille sa personnalité morale et pavoise la nation camerounaise lors des cérémonies agrémentées de l'hymne national.

2. L'hymne national : « Ô Cameroun berceau de nos ancêtres »

Un hymne est généralement un chant patriotique choisi pour l'usage officiel par un Etat. La plupart des pays ont adopté un hymne national qui peut être une composition instrumentale et qui représente une nation ou un Etat.⁸² L'hymne national tout comme le drapeau et la devise d'un Etat, participent de l'inscription constitutionnelle d'un système axiologique qui ne relève pas de la rhétorique ou de la clause de style,⁸³ mais constitue une réalité « *audiovisuelle* » et une « *marque déposée* », s'agissant du Cameroun, dotée d'une efficacité juridique propre.⁸⁴

Parmi les phénomènes constitutifs du véritable portail nationaliste dans la constitution camerounaise se trouve l'hymne national.⁸⁵ Il s'agit d'un « *poème-chant* »⁸⁶ qui traduit le

⁷⁸ NGUYEN QUOC DINH, droit international public, op. cit, p. 414.

⁷⁹ Le drapeau constitue un élément graphique qui traduit l'une des valeurs fondamentales auxquelles s'attachent les citoyens d'un pays.

⁸⁰ Le drapeau facilite la mobilité de la présence de l'être juridique qu'est l'Etat. Il incarne l'immanence de l'Etat et rend visible l'Etat partout où la nécessité s'impose.

⁸¹ Il crée le lien indissoluble d'appartenance à la famille étatique au-delà des différences personnelles.

⁸² Durant l'émergence des Etats nations aux XIVème et XXème siècles, la plupart des nations adoptèrent un hymne, une fois leur indépendance proclamée voir WIKI PEDIA.

⁸³ NUG BISSOHONG Thomas Théophile, l'hymne national du Cameroun un poème-chant à décoloniser et à réécrire, édition clé, 2010, p.11.

⁸⁴ Ces éléments graphiques et sonores sont les principaux supports du patriotisme des Camerounais. C'est la raison pour laquelle ils sont convoqués à l'article premier de la Constitution.

⁸⁵ A l'origine chant de ralliement composé par des élèves de l'école normale de Foulassi l'hymne national du Cameroun a été officiellement créé et consacré au terme de la loi N°57/47 du 05 novembre 1957.



phénomène à la fois de l'incantation et de la conjuration qui se cache derrière le pouvoir politique.⁸⁷ L'hymne national de l'Etat trouve son rattachement à la sacralisation du pouvoir.⁸⁸ Cette dernière tient à ce que le pouvoir politique exerce sur l'homme la fascination de ce qui le dépasse de manière absolue, ne serait-ce que par son caractère universel et continue depuis les origines de l'humanité.⁸⁹

A ce niveau, l'on peut penser que l'hymne national a une source biblique,⁹⁰ et le comparer aux « *psaumes bibliques* ». ⁹¹ S'agissant de l'hymne national du Cameroun, il peut être rattaché à un hymne des drames de libération, de par le moment de sa création et les paroles qui s'y trouvent.⁹² En effet, les drames de libération s'enracinent dans les situations de misère nationale, sociale, morale, physique ou psychologique, vécues soit par un individu, soit par une collectivité ou par un roi en solidarité avec son peuple.⁹³

L'inscription de l'hymne national dans la constitution traduit la volonté du constituant d'incorporer un système de valeurs dont le respect nécessite une interprétation finaliste de la norme fondamentale.⁹⁴ la portée « *magique* » de l'hymne national, pour le peuple camerounais est indéniable. Cette « *prière chantée que l'on adresse explicitement à Dieu ou à ses*

⁸⁶ NUG BISSOHONG Thomas Théophile, *ibidem*, p.11.

⁸⁷ Pactet (Pierre), MELIN SOUCRAMANIEN (Ferdinand), droit constitutionnel, op. cit, p.16.

⁸⁸ Debré Pierre, Enquête sur le pouvoir, Montrouge Nouvelle Cité, 1997, p.159-160.

⁸⁹ PACTET Pierre, MELIN-SOUCRAMANIEM Ferdinand, *ibidem*, p.16.

⁹⁰ Dans une interview datée de 1957, JAM AFANE René l'un des compositeurs de l'hymne national camerounais indique le cadre d'inspiration religieux de leur chant en ces termes « notre établissement était un établissement chrétien » cité par MENDO ZE Gervais, en relisant l'hymne national Ô Cameroun berceau de nos ancêtres, Paris, François-Xavier de Guibert, p.45.

⁹¹ Dérivé du grec le mot « psaume » désigne un poème destiné à être chanté avec accompagnement de musique. Les savants ont proposé divers classifications des psaumes : on distingue quatre grandes familles: les hymnes de louanges, les drames de libération, les poèmes d'instruction et les chants de fête pour des occasions spéciales. Voir la Bible expliquée, ancien et nouveau Testament, 2004, p.638.

⁹² Voir MENDO ZE (Gervais), en relisant l'hymne national Ô Cameroun berceau de nos ancêtres, op. cit, p.152, 175, René Philombe, le livre camerounais et ses auteurs, Yaoundé, éditions semences africaines, p.67.

⁹³ La Bible expliqué, op. cit, p.638.

⁹⁴ Cité par Stéphane Pierre CAPS, « la constitution comme ordre de valeurs » in la constitution et les valeurs, op. cit, p.286.



intermédiaires, (les ancêtres) »;⁹⁵ et que l'on exécute à l'entame des cérémonies officielles et des moments importants de la vie nationale, conforte l'unité sacrée de tous les Camerounais.

En chantant l'hymne national, les citoyens camerounais réunis en un même lieu conjurent le sort négatif qui pourrait s'abattre sur les participants à la cérémonie.⁹⁶ En même temps que l'agencement des rimes croisées porteuses des paroles de l'hymne, crée de manière incantatoire, l'unité nationale des chanteurs de l'hymne.⁹⁷

Les paroles de l'hymne permettent, au moment où on le chante, d'associer en les invoquant, les ancêtres à tous les grands moments qui rythment la vie de la nation.⁹⁸ Il se crée ainsi un lien indissoluble entre le passé, le présent et le futur de l'Etat camerounais. De fait, la constitutionnalisation de l'hymne relève du droit constitutionnel démotique qui, comme l'écrit Marianne VERVIN, transcrit dans la constitution, la volonté d'une société de s'auto définir et de se démarquer des autres sociétés.⁹⁹

⁹⁵ NUG BISSOHONG Thomas Théophile, l'hymne national du Cameroun un poème-chant à décoloniser et à réécrire, op cit, p 12. Il s'agit de la préface du Pr. Jacques FAME NDONGO incluse dans cet ouvrage.

⁹⁶ Selon NUG BISSOHONG Thomas Théophile, dans son ouvrage l'hymne national du Cameroun un poème-chant à décoloniser et à réécrire, « l'essentiel des mots se décline ici sous le mode de la conjuration qui voudrait avec le seul langage et comme le dit TEVETAN Todorov, faire apparaître le positif. On voit ainsi qu'après l'invocation liminaire Ô Cameroun, les vers du refrain, lieu d'expression de l'âme de l'hymne, déclament l'unique seigneurie du pays : chère patrie-terre chérie- tu es notre seul et vrai bonheur- notre joie et notre vie- à toi l'amour et le grand honneur ».

⁹⁷ MENDO ZE (Gervais), en relisant l'hymne national Ô Cameroun berceau de nos ancêtres, op. cit, p.12.

⁹⁸ Les paroles de l'hymne national sont les suivantes : (il s'agit du premier couplet et du refrain);

Ô Cameroun berceau de nos ancêtres,
Va debout et jaloux de ta liberté,
Comme un soleil ton drapeau fier doit être,
Un symbole ardent de foi et d'unité.
Que tous tes enfants du Nord au Sud,
De l'Est à l'Ouest soit tout amour,
Te servir que ce soit leur seul but,
Pour remplir leur devoir toujours.

Refrain

Chère Patrie, Terre chérie,
Tu es notre seul et vrai bonheur,
Notre joie et notre vie,
A toi l'amour et le grand honneur .

⁹⁹ VERVIN Marianne, « la question du droit constitutionnel démotique: une problématique actuelle », Civitas Europa, n° 9-2002, p.147.



Chaque fois que l'hymne est chanté, il se crée une unité de lieu et de temps dans laquelle les Camerounais sont transcendés par l'être juridique constitutionnel « *Cameroun* » qui sublime les individualités et les différences de ceux qui chantent ou écoutent, et se transforme en une sorte de parangon pour les Camerounais. La musicalité et les paroles chantées personnifient l'être fictif qu'est le Cameroun. « *La magie verbale se confirme puis atteint véritablement son intensité et son volume maximum à travers des impératifs à valeur supposée performative et à tonalité plus militaire que militante : va debout.....Ton drapeau doit être Que tes enfants....soient tout amour. Te servir que ce soit leur seul but* ». ¹⁰⁰

A travers l'hymne national, les Camerounais s'effacent derrière le Cameroun et sont simultanément envahis par le sentiment d'appartenance à un même ancêtre dont le Cameroun est le berceau. C'est cet ancêtre commun qui, dès lors, s'exprime, agit et vit par la bouche des chanteurs de l'hymne et leur permet de demeurer dans la paix en travaillant par amour pour la patrie.

3. La devise « Paix-Travail-Patrie »

D'aucuns pourraient considérer la devise « *Paix-Travail-Patrie* » comme une formule vide du point de vue juridique, et lui accorder une valeur sinon onirique du moins purement idéologique.

Pendant, en incorporant la devise dans la constitution, le constituant a voulu placer l'entité « Cameroun » et par ricochet ses citoyens sous les idéaux qui doivent caractériser leur vie. ¹⁰¹ D'une manière générale, la devise surplombe et accompagne de manière immanente,

¹⁰⁰ NUG BISSOHONG Thomas Théophile, l'hymne national du Cameroun un poème-chant à décoloniser et à réécrire, op. cit, p. 53.

¹⁰¹ Monseigneur Thomas MONGO qui tenait à ce que fût mentionné dans le préambule de la première constitution que le Cameroun est sous la protection de Dieu avait écrit aux responsables des destinées de la cité et à tous les hommes de bonne volonté du pays avant l'indépendance que : " la société camerounaise a toujours été spiritualiste, c'est-à-dire que traditionnellement et de tout temps, elle a été fondée sur sa foi en des valeurs spirituelles certaines. Tous croient à l'existence d'un Dieu créateur et maître de toutes choses. Quel que soit le nom que lui donnent les différents parlers du pays..." Cité par NUG BISSOHONG Thomas Théophile, op. cit, p. 51.



l'être, le vécu et l'agir du Cameroun et de sa population.¹⁰² La « *magie verbale* » du triptyque « *Paix-Travail-Patrie* » soumet l'élément humain qui se trouve sur le territoire camerounais au signifiant dont sont porteurs, les mots de ladite devise. Elle devient l'expression de la moralité majoritairement acceptée dans le cadre culturel et au moment historique dans lequel se situe la constitution.¹⁰³

Ainsi, la devise, considérée comme simple énoncé dénué de toute portée, juridique devient le leitmotiv qui précède et modèle le vécu quotidien de la population camerounaise.¹⁰⁴ L'on peut penser qu'il existe une « *synchro destinée* » entre la paix, le travail, la patrie et le Cameroun. La devise donne un sens à la personne juridique qu'est le Cameroun. Le mot sens désignant ici à la fois une signification et une direction. Il s'agit d'un appel qui équivaut à un mandat ou à une directive que l'affichage constitutionnel de la devise assigne à l'Etat camerounais à savoir vivre dans la paix, s'adonner au travail et partager l'appartenance à un père commun dont le Cameroun est le berceau.¹⁰⁵

Comme un prophète, la devise destine le Cameroun à la paix, au travail et à l'amour de la patrie. C'est dire que, chassez la paix, le travail et la patrie au Cameroun, ils reviennent au galop. Il en est du nom comme de la devise, elle exprime le destin de la personne fut-elle morale qui la porte.¹⁰⁶ Il en va de même de l'inscription constitutionnelle des attributs socio politiques et culturels.

¹⁰² La population ici étant considérée comme constituée des nationaux et des étrangers.

¹⁰³ CAPS (Stéphane-Pierre), « la Constitution comme ordre de valeurs », in la constitution et les valeurs, op cit, p.288 .

¹⁰⁴ Périodiquement, la presse internationale comme les spécialistes du droit et de la science politique se plaisent à souligner la stabilité dont jouit le Cameroun depuis plus de cinquante années, dans une zone géographique fertile en péripéties diverses. Une telle situation conforte l'inscription constitutionnelle de la paix par la devise.

¹⁰⁵ Les observateurs de l'entité « Cameroun » reconnaissent de manière récurrente que la paix, le travail et le patriotisme sont la chose la mieux partagée par les Camerounais. La vocation du Cameroun prédestinée par sa devise doit s'exécuter nonobstant l'adversité. C'est une vocation ineffaçable. Pour preuve, jusqu'au moment où nous rédigeons cet article, il y a jamais eu de coup d'Etat réussi au Cameroun ; la transition du pouvoir entre le Président AHIDJO et le Président BIYA s'est déroulée dans la paix, malgré les appréhensions du peuple.

¹⁰⁶ La culture de la Grèce antique enseigne que le nom exprime le destin de la personne qui le porte.



B. Les attributs de la société

Depuis son avènement au XVII^{ème} siècle, le droit constitutionnel se trouve confronté à une contradiction de base que le normativisme n'a pas encore résolue : le rattachement du droit constitutionnel au droit du pouvoir politique. C'est la raison pour laquelle les attributs de la société tels que « *l'unité nationale* », « *l'indivisibilité de l'Etat* », « *la laïcité de l'Etat* » partagent le corpus constitutionnel avec des dispositions plus contraignantes.¹⁰⁷ Cet affichage constitutionnel des valeurs sociétales procède d'une démarche culturelle qui le fait apparaître comme l'expression normative socialement acceptée à un moment donné de l'histoire d'une communauté politique.¹⁰⁸ Il s'agit pour le constituant de représenter les idéaux dont une communauté nationale décide de faire ses objectifs les plus élevés en vue de leur développement par l'ordonnement juridique.¹⁰⁹ Les attributs de la société à coloration socio-politique et socio-culturel en sont l'expression dans la constitution du 18 janvier 1996.

1. Les attributs socio politiques

La constitutionnalisation des attributs socio politiques procède du processus de rationalisation de la société politique qui, par le truchement du pouvoir constituant, veut présenter ses caractéristiques propres ou supposées telles.¹¹⁰ Il s'agit pour la société camerounaise de donner une dimension constitutionnelle à son identité mais aussi traduire l'effort de réflexion et surtout de socialisation de chaque individu que la constitution se chargera de réaliser en tant qu'objectif éthique.¹¹¹

L'une des missions du pouvoir constituant consiste à donner forme et contenu aux attributs socio politiques propres à un Etat et éclairer la relation du pouvoir et du droit. Au

¹⁰⁷ L'on pourrait convoquer la durée du mandat présidentiel à titre d'exemple.

¹⁰⁸ CAPS (Stéphane-Pierre), « la constitution comme ordre de valeurs », in la constitution et les valeurs, op. cit, p.288.

¹⁰⁹ Gregorio Peces Barba, cité par Stéphane Pierr-CAPS, *ibidem*.

¹¹⁰ VERVIN Mariane, « la question du droit constitutionnel démotique : une problématique actuelle », op. cit, p.147.

¹¹¹ CAPS (Stéphane-Pierre), « la Constitution comme ordre de valeurs », in la constitution et les valeurs, op. cit, p. 288-289.



Cameroun, l'architecture constitutionnelle et organique de l'Etat est au service de l'indivisibilité, de la laïcité et de la nature démocratique et sociale de la République. Ces valeurs constitutionnalisées expriment ce que le Cameroun devrait être.

Il s'agit de donner un « *vêtement juridique* » institutionnel aux aspirations du peuple. La constitution contribue, par ce fait, à justifier et à pérenniser l'idéologie ambiante.¹¹² Dès lors que l'unité, l'indivisibilité, la laïcité et la démocratie sont portées par la constitution, le pouvoir politique y trouve, un fondement éthique socialement accepté et s'assigne pour mission de les réaliser par le moyen du droit.

Pour qui connaît la réalité sociologique du Cameroun au moment où il accède à l'indépendance, ne devrait être surpris par l'étalage constitutionnel de l'indivisibilité et de la laïcité.¹¹³ En effet, au moment de son accession à la souveraineté, le peuple camerounais n'a pas conscience de son identité au sein de l'Etat. La conscience nationale n'existe pas.¹¹⁴ Le rôle du constituant est d'organiser la nation en lui conférant à travers la constitution des attributs unificateurs à savoir l'indivisibilité et la laïcité.

Il ne s'agit pas d'étouffer les facteurs d'hétérogénéité et de diversité de l'élément humain mais plutôt de les orienter vers un but. L'Etat qui doit juridiquement incarner la nation qui n'existe pas sociologiquement va constitutionnaliser l'indivisibilité et la laïcité. C'est à juste titre que Virally écrivait « *que les sociétés n'existent que par le droit sans lequel elles se déferaient immédiatement et tomberaient dans le chaos* ». ¹¹⁵

Il est attribué à la constitution le rôle de créateur d'une nation qui doit être indivisible, laïque et avoir une assise démocratique et sociale. L'Etat camerounais peut être cerné sous le

¹¹² Dans la quasi-totalité des Etats d'Afrique noire, la constitution est considérée comme un instrument de pouvoir au lieu d'être selon la conception classique un moyen de limitation de pouvoir.

¹¹³ Le Cameroun est en effet constitué de plus de 200 ethnies ayant des dialectes différents, de plusieurs religions notamment l'islam, le christianisme et l'animisme. Il est tributaire de trois héritages coloniaux: germanique, anglophone et francophone auxquels on pourrait ajouter, dans une certaine mesure, l'arabophone. Toutes ces diversités compromettent la réalisation de l'unité nationale.

¹¹⁴ C'est dans la réalisation de l'unité nationale que le Président AHIDJO Ahmadou a inscrit son action. Il dira à l'aube de l'indépendance en 1960 : « Notre devise à nous tous doit être l'unité pour la construction nationale ». Voir AHIDJO (Ahmadou), contribution à la construction nationale, Paris, Présence africaine, 1961, p. 127.

¹¹⁵ Virally Michel, « le phénomène juridique », in R.D.P, 1966, p.5 à 66.



triple plan de la diversité, de la dualité et de l'unité. Si l'unité caractérise son destin, la dualité fonde ses attributs socio culturels.¹¹⁶

2. Les attributs socio culturels

A l'observation, les Constitutions des Etats d'Afrique noire francophone puisent dans les expériences étrangères mais portent aussi nécessairement l'empreinte des sociétés qu'elles ont vocation à régir, « à constituer ».¹¹⁷ il s'agit de l'expression du mimétisme de l'ordre juridique postcolonial. La démarche mimétique s'inspire d'un modèle concret existant : « *on maintient son style, ses armatures, ses procédés en espérant d'incliner les orientations dans le sens voulu, conforme au système de valeur du milieu ambiant* ».¹¹⁸

La Constitution du 18 janvier 1996 se trouve ainsi écartelée entre ce qui a déjà fait ses preuves ailleurs et qu'on pense pouvoir améliorer en modernisant et en orientant vers les objectifs dérivés,¹¹⁹ et la valeur ajoutée camerounaise. Ceci ressort des attributs socio culturels de l'Etat à travers la reconnaissance du bilinguisme et des valeurs culturelles traditionnelles.

En énonçant d'un côté que la République du Cameroun « *reconnait et protège les valeurs traditionnelles conformes aux principes démocratiques, aux droits de l'homme et à la loi* », et de l'autre côté que cette même République « *adopte l'anglais et le français comme langue officielle d'égale valeur, elle garantit la promotion du bilinguisme sur toute l'étendue du territoire* », tout en œuvrant pour la protection et la promotion des langues nationales, le constituant traduit l'antique adage latin : *ubi societas, ibi Jus*. Il fait subtilement cohabiter dans la Constitution, les standards constitutionnels universellement établis et la valeur ajoutée

¹¹⁶ Les attributs socio culturels dont il s'agit ici sont relatifs aux valeurs traditionnelles, à la promotion du bilinguisme et à la protection et la promotion des langues nationales. C'est la substance des alinéas 2 et 3 de l'article premier de la Constitution.

¹¹⁷ KOFFI AHADA, « les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », in *Afrique juridique et politique*, op. cit, p.39.

¹¹⁸ LANDROD Georges, « Genèse et conséquences du mimétisme administratif en Afrique », in *RISA*, vol 49, 1973, n°2, p 123.

¹¹⁹ LANDROD (Georges), " Genèse et conséquences du mimétisme administratif en Afrique", op. cit, p.123.



nationale.¹²⁰ C'est dire que les modèles constitutionnels ne sont ni neutres, ni interchangeables à volonté. Ils correspondent au génie de chaque peuple, même si les valeurs qui les sous-tendent ont de plus en plus tendance à s'universaliser.¹²¹

La prise en compte par la Constitution du 18 janvier 1996 des particularismes locaux et des spécificités nationales a facilité le rapprochement des principes universels et spécifiques au Cameroun. C'est ainsi que le constituant a apporté une réponse à l'épineux problème de cohabitation dans le même espace national de deux communautés linguistiques, de plusieurs communautés religieuses et de plus de 200 groupes ethniques. C'est dans le même esprit qu'une solution constitutionnelle a été trouvée aux problèmes de coexistence entre droits, institutions, pratiques traditionnelles d'une part et droits, institutions modernes d'autre part.¹²²

Conclusion

De toute évidence, le droit possède le pouvoir de créer des personnes morales et en même temps de les transformer en personne physique fictive.¹²³ A la lecture de l'article premier de la Constitution du 18 janvier 1996, l'observateur lointain de l'Etat du Cameroun peut, à défaut de déjeuner avec lui,¹²⁴ l'identifier et le labéliser. Outre le fait que cette disposition est un concentré de l'être juridique qu'est le Cameroun, elle le personnalise et joue le rôle d'interface entre la constitution des livres et la constitution en action.¹²⁵

Autrement dit, l'article premier de la Constitution du 18 janvier 1996, permet à cette dernière d'avoir la possibilité de transformer la personne morale qu'est le Cameroun en une personne physique imaginaire assimilée à un être de chair et de sang¹²⁶ capable d'être

¹²⁰ KOFFI AHADZI, « les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », in *Afrique juridique et politique*, op. cit, p.35.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² PAMBOU-TCHIVOUNDA (G) , *Essai su l'Etat africain postcolonial*, Paris, L.G.D.J, 1982, p.19.

¹²³ Chevallier (J), « Doctrine juridique et science juridique », in *droit et société* 2002/1, n°50, p.112.

¹²⁴ Comme l'opinaient le Doyen Duguit cité par Gicquel (J) et Gicquel (J-E), *droit constitutionnel et institutions politiques*, op cit, p.53.

¹²⁵ STOYANOVITCH (K), « Y a-t-il une science du droit ? Constitution l'épistémologie générale », *archives de philosophie du droit*, 1959, t. V, p. 94.

¹²⁶ Gicquel (Jean), Gicquel (Jean Eric), *droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit, p.52.



localisé,¹²⁷ de chanter,¹²⁸ de se déplacer et de s'exporter sur le plan international¹²⁹ afin de présenter son identité nationale.

En écrivant en 1829 que « *les Constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil* », ¹³⁰ Royer-Collard rejoint la préoccupation du constituant camerounais du 18 janvier 1996 ; celle de permettre au Cameroun d'être identifié parmi les 192 Etats que compte l'ONU.¹³¹ Par l'article premier de la Constitution du 18 janvier 1996, point n'est plus besoin d'effectuer un déplacement physique pour connaître l'être juridique moral qu'est le Cameroun, dans la mesure où il en constitue de manière rabougrie la carte constitutionnelle d'identification.

En somme, et en paraphrasant le Général De Gaulle, on peut dire que l'identification constitutionnelle du Cameroun est un article, un esprit, des institutions et une personne morale qui peut être connue et être montrée à la face du monde que le « *Cameroun c'est le Cameroun* ». ¹³²

¹²⁷ A travers le siège des institutions qu'est la ville de Yaoundé. Voir PONDI Jean Emmanuel, (Re) découvrir Yaoundé !, op. cit.

¹²⁸ A travers l'hymne national " Ô Cameroun berceau de nos ancêtres".

¹²⁹ A travers le drapeau national.

¹³⁰ Ardant (P), institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit, p.61.

¹³¹ Gicquel (Jean), Gicquel (Jean Eric), *ibidem*, p 51.

¹³² Cette expression a été utilisée par le Président camerounais Paul BIYA dans un discours, pour relever la spécificité de l'Etat camerounais.