



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°2 – may/aug. 2017



Summary

Vol.8 – N°2 – may/aug. 2017

LE JUGE ET LE LANGAGE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE (THE JUDGE AND THE INTERPRETATION OF THE RESOLUTION CLAUSE)

AUDE DOKA BOURA p. 3

ASTREINTES AND ITALIAN LAW

ALESSIO CARACCILO, FEDERICA STAMERRA AND FABRIZIO CESAREO p.45

ÜBER EINIGE BESONDERHEITEN DES BULGARISCHEN SICHERUNGSVERFAHRENS UND DER VERORDNUNG NR. 1215/2012 ÜBER DIE GERICHTLICHE ZUSTÄNDIGKEIT UND DIE ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG VON ENTSCHEIDUNGEN IN ZIVIL- UND HANDELSACHEN (SOME PARTICULARITIES OF THE BULGARIAN PROCEDURAL LAW CONCERNING PROTECTIVE MEASURES AND REGULATION NO 1215/2012 ON JURISDICTION AND THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS)

VALENTINA POPOVA p.73

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES NO CPC/2015: UM DEBATE NECESSÁRIO ((UN)CONSTITUTIONALITY OF BINDING PRECEDENTS IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: A NECESSARY DEBATE)

RAVI PEIXOTO p.93

TIERS ET PROCEDURE : LE PROCES CIVIL ITALIEN (THIRD-PARTY INTERVENTION IN ITALIAN CIVIL PROCEDURE)

GIOVANNI BONATO p.134

CONTRAT ET COMMANDE PUBLIQUE : LES CAS DES MARCHÉS PUBLICS AU CAMEROUN (CONTRACT AND PUBLIC NORM : THE CASE OF CONTRACTS WITH THE STATE IN CAMEROON)

SAMUEL THÉOPHILE BATOUM-BA-NGOUE p. 151



Le juge et le langage de la clause résolutoire

(The judge and the legal writing of the resolution clause)

Aude Doka Boura

Ph. D. Candidate in Private Law at the University of Ngaoundéré (Cameroon)

1. Le langage serait-il devenu un couteau à deux revers entre les mains des parties présentes dans une clause résolutoire ? Cette réalité semble se dessiner lorsqu'on aborde de près la question de l'influence du langage sur la clause résolutoire. Le langage est un système de signe permettant l'expression et la communication de la pensée¹. En général il représente tout moyen d'expression de communication, d'instruction au moyen des signes. Dans la compréhension des termes de façon générale, l'ambiguïté naît le plus souvent de l'inconstance du langage. Il est d'abord vrai que, pris de façon générale, le langage juridique en tant qu'il exprime des normes, paraît autant, ou plus que d'autres, souffrir de cette infirmité congénitale². Il est ensuite récurrent d'éprouver le sentiment de ne pas trouver le mot juste pour exprimer parfaitement une pensée. Pareillement, en présence d'une clause résolutoire, le maniement du langage de sa formulation déterminera si oui ou non le juge doit intervenir pour soit l'interpréter ou la qualifier. Très souvent, l'on constate que, la clause résolutoire est limitée par le langage qui, en raison de sa formulation entraîne des imprécisions quasi-inévitables. En réalité le maniement du langage de la clause résolutoire présente deux revers. Elle peut dans un premier temps être un bouclier pour ce mécanisme et dans un second temps représenter un véritable danger pour elle en devenant une porte d'entrée pour le juge, alors que cette clause a paradoxalement pour finalité de contourner toute intervention judiciaire. La mauvaise

¹ *Dictionnaire Hachette*, 2010, voir langage.

² Ph. SIMLER, « Interprétation des contrats », *Juris-classeur droit civil*, fasc 29 à 36, 1984, p.3.



rédaction de la clause résolutoire est donc l'un des prétextes dont le juge use pour s'insérer dans cette clause en vue de la qualifier ou l'interpréter.

2. Les enjeux liés à la matérialisation du langage de la clause résolutoire sont considérables. Il reste alors à découvrir le véritable sens de la clause résolutoire. En effet, la clause résolutoire désigne toute clause prévoyant que le contrat sera automatiquement résolu en cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties et ceci en dehors de toute intervention judiciaire. Bien plus, la clause résolutoire désigne « toute clause par laquelle les parties adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son obligation sans qu'il soit nécessaire de la demander au juge »³. La clause résolutoire est un mode extrajudiciaire de résolution des conventions. En effet, à l'inverse de l'article 1184 alinéa 3 du Code civil qui dispose que : « La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances », la clause résolutoire instaure une sanction conventionnelle de l'inexécution. L'existence d'une clause résolutoire dépend alors de l'exclusion du juge qui ne saurait être appelé à prononcer la résolution du contrat⁴. Toutefois, il demeure que la rédaction de la clause résolutoire doit être d'autant plus claire de manière à ce qu'elle puisse être acceptée telle que rédigée. Contrairement au silence du Code civil, la récente ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations énonce en son article 1225 alinéa 1^{er} la nécessité d'une rédaction minutieuse de la clause résolutoire en ces mots : « La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ». En effet, faute de diligence dans la formulation du langage de la clause résolutoire, le juge pourrait intervenir soit pour qualifier cette clause ou alors l'interpréter.

3. Par le truchement de l'interprétation de la clause résolutoire, le juge recherche ce que les parties ont voulu en stipulant cette clause, alors que par sa qualification, ce même juge rattache la clause des parties à une catégorie juridique précise. Il colle en quelque sorte une

³ G. CORNU(Dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd 2009 , voir clause résolutoire.

⁴ CH. PAULIN, «Interprétation souveraine des juges du fond de la clause résolutoire contenue dans un contrat », *D.* 1994, p. 483, n° 6.



« étiquette » sur la clause résolutoire. Pour le dire autrement, lorsque que le langage de la clause résolutoire pose problème en raison de son imprécision, le juge est dans l'obligation de rechercher ce que les parties ont voulu dire (interprétation) avant de placer cette clause dans une catégorie précise (qualification). L'interprétation a pour fonction d'élaborer une solution juridique appropriée compte tenu des besoins et des intérêts à satisfaire, en raison du fait que la pensée exprimée comporte, soit une défectuosité (l'interprétation est correctrice), soit des lacunes (l'interprétation est constructive)⁵. Par l'interprétation de la clause résolutoire, le juge recherche la volonté commune des parties en vue d'une bonne exécution des obligations qui en résultent⁶. La détermination de la nature de clause résolutoire passe par sa qualification. Par cette qualification, le juge donne un nom à la clause résolutoire et la fait inclure dans une catégorie précise.

4. Traiter de la question de l'influence du langage de la formulation sur la clause résolutoire revient à répondre à la question de savoir : Considérant le fait que la clause résolutoire a pour finalité de contourner l'office du juge, bien que mal formulée, le juge devrait-il se contenter de constater l'acquisition de cette clause résolutoire lorsqu'il en est saisi ? Bien plus, la formulation défailante du langage de la clause résolutoire ne donne-t-elle pas quitus au juge pour la qualifier ou l'interpréter ? Les opérations d'interprétation et de qualification s'inscrivent dans une chronologie, la première apparaissant comme un préalable nécessaire à la seconde⁷. L'interprétation précède la qualification, car il est logique qu'en présence d'une clause contractuelle ambiguë, le juge recherche d'abord la commune intention des parties avant de la rattacher à une catégorie juridique précise. Il conviendrait pratiquement au juge de dissiper les obscurités du contrat lui-même avant de rechercher le régime juridique qui lui est applicable⁸. Pour ce faire, il est judicieux d'analyser le fait que la mauvaise utilisation du langage justifie l'intervention du juge dans la clause résolutoire en vue de l'interpréter (I) ou de la qualifier (II).

⁵ Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse Paris Dactyl, 1988, n° 417.

⁶ ADJITA AKRAWATI, « l'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale OHADA », *Penant Octobre-décembre 2002*, p. 473.

⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e édition, n° 444, p. 463.

⁸ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse Paris 1957, n°12.



I- LE LANGAGE PRÉTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DE LA CLAUSE RESOLUTOIRE PAR LE JUGE

5. L'interprétation est selon le *Vocabulaire juridique*, l'opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur⁹. Dans le même sens, l'article 1156 du Code civil dispose que: « On doit dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties (...). ». Il faut en effet dire que l'interprétation de la clause résolutoire relève en principe du pouvoir souverain du juge, ou si la clause l'a prévue par un tiers convenu. Cette interprétation est d'abord un travail portant sur le langage utilisé par les parties. Car en effet, l'interprétation part du langage utilisé en vue de lui reconnaître ou de lui nier l'application d'un régime particulier. L'on observe généralement que, ce qui pousse le juge d'un côté à rechercher ce que les parties ont voulu exactement dire dans une clause résolutoire, c'est la mauvaise formulation du langage de cette clause (A). Mais d'un autre côté, la pratique contractuelle démontre que les parties à une clause résolutoire ne sont pas sans armes face à l'incursion du juge dans leur clause. Elles contournent efficacement l'interprétation de la clause résolutoire également au moyen du langage (B).

A- L'expression équivoque de la clause résolutoire, prétexte d'intervention du juge

6. Lorsque la clause résolutoire est obscure, il faut avant de l'appliquer en chercher le sens, c'est-à-dire l'interpréter. Inversement, il convient de le noter, aussi imparfait que soit le langage comme mode d'expression de la pensée, si cette expression est claire et dénuée de toute ambiguïté, elle doit être tenue pour juste pour des raisons évidentes de sécurité juridique. L'interprétation de la clause résolutoire résulte donc de la mauvaise manipulation de son langage (1). Cette interprétation entraîne des conséquences non négligeables sur ladite clause (2).

1- L'interprétation de la clause résolutoire en raison de la défaillance de son langage

7. La rédaction claire et précise des clauses du contrat est fondamentale en vue de sécuriser la relation juridique et de prévenir des conséquences néfastes pouvant peser sur l'un

⁹ G. CORNU(Dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd 2009 , voir interprétation.



des contractants. Bien que la clause résolutoire ait pour finalité d'entraîner la destruction rétroactive du contrat en cas d'inexécution du débiteur, encore faut-il savoir ce que les parties ont réellement voulu. Il faut dire que, lorsque le contrat renferme des clauses imprécises, c'est-à-dire trop générales ou laconiques, le juge aura forcément tendance à faire prévaloir l'esprit sur la lettre et donc à l'interpréter contre le rédacteur¹⁰. La mauvaise formulation du langage de la clause résolutoire est une invitation involontaire que les parties adressent au juge pour interpréter leur clause. Bien plus, l'absence de filtration rédactionnelle de la clause résolutoire oblige le juge à l'interpréter. Ceci dit, il est important de marquer un arrêt dans le but de saisir concrètement ce qu'il convient d'appeler « clause résolutoire mal rédigée ». Très souvent, la clause résolutoire est qualifiée d'obscur lorsque, par manque de clarté, son sens est indiscernable. Alors qu'elle est équivoque lorsque, bien que claire considérée isolément, elle devient contradictoire lorsqu'elle est insérée dans un contrat. La clause résolutoire mal rédigée est un danger pour les parties. Le constat est que mal utilisé, le langage devient une arme de destruction massive des clauses résolutoires dans un contrat.

8. Le langage de la clause résolutoire détermine si oui ou non le juge doit intervenir pour l'interpréter. En matière d'interprétation, il convient de dire que le juge jouit d'une véritable liberté. En effet comme le souligne Denis Mazeaud, cette plénitude des pouvoirs du juge en matière d'interprétation devrait donc susciter une angoisse irrépressible chez tous ceux qui sont prompts à crier au « péril juge », chaque fois que le juge est susceptible de s'immiscer dans le contrat et par conséquent, d'en bouleverser l'économie, en substituant son sentiment, mêlé d'équité et de justice, aux intérêts légitimes exprimés par les volontés libres, rationnelles et

¹⁰ Art. 1162 Code civ français. ; Cass. civ. 1ère 22 octobre 1974, *Bull. civ.* I n°271 « dans le doute, il convenait d'interpréter la convention, qui est un contrat d'adhésion, contre la partie, fût-elle débitrice, qui l'a rédigée et qui a eu l'initiative contractuelle ». Cass. civ. 3ème 15 février 2006 n°04-17595, *RLDC* avril 2006, n°26 p.9 note S. DOIREAU : en l'espèce, une promesse de vente d'une villa comportait des clauses confuses difficiles à qualifier de dédit ou d'acompte ; *JCP.E* 6 juillet 2006, n°27 note A. Bories. Plus précisément : Y. JOUHAUD, « La loyauté dans les contrats », Rapport de la Cour de cassation 1985, Doc. Fra. p.9 et s. « C'est qui serait inéquitable d'admettre, c'est qu'un plaideur tire avantage de sa propre carence et contredise la représentation légitime du contrat qu'il n'a pas pu ignorer avoir provoquée chez le débiteur, alors qu'il avait le pouvoir de rédiger une clause précise ».



joyeuses des contractants¹¹. Pour reprendre également les termes de Philippe Jacques, aussi riche soit-il, le langage demeure décidément incapable, parfois, de restituer la réalité des choses, *a fortiori* celle des sentiments, des idées, des intentions. Ce que l'on peut tout de même déplorer c'est que l'interprétation de la clause résolutoire mal rédigée entraîne des conséquences considérables sur cette clause.

2- Les revers de l'interprétation sur la clause résolutoire

9. Si le contrat n'est ni obscur ni équivoque, il est clair et ne mérite pas d'être interprété. Le juge qui, prétendant interpréter un acte clair, ne tiendrait pas compte de la volonté des contractants, dénaturerait les termes de l'accord contractuel. Le véritable risque que coure une clause résolutoire soumise à une interprétation est celui de sa dénaturation. La dénaturation représente en réalité l'interprétation d'un acte clair et précis en lui octroyant un autre sens, et la Cour de cassation peut sanctionner cet abus de pouvoir du juge. C'est une question de droit qui est alors en cause, ce qui légitime l'intervention de la haute juridiction : si un juge transforme la volonté certaine des parties en l'interprétant, il viole l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil sur la force obligatoire du contrat. Cela explique que la dénaturation soit un cas spécifique d'ouverture à cassation. Ce que l'on peut déplorer en présence d'une clause résolutoire c'est que « sous couvert d'interprétation, le juge ne se limite pas à clarifier ce qui est obscur ou à révéler le sens véritable de ce qui a été exprimé de manière plus ou moins confuse »¹².

Le danger de l'interprétation de la clause résolutoire peut également résulter du fait que le juge peut méconnaître la nature de clause résolutoire que les parties ont voulue attribuer à leur clause, et la qualifier plutôt d'un simple rappel de l'article 1184 du Code civil. L'interprétation de la clause résolutoire peut encore la dénaturer d'autant plus que « dénaturer c'est

¹¹ D. MAZAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Revue des Contrats*, 03 mars 2015, n°1.

¹² Ph. SIMLER, Propos introductif du Colloque ayant pour thème « A la recherche des frontières de l'interprétation », *Revue des contrats*, 31 mars 2015, n°1.



interpréter ce qui n'a pas lieu de l'être »¹³. En effet parlant de la clause résolutoire, toute variante apportée à cette clause claire et précise revient à la dénaturer par une interprétation qui n'a pas lieu d'être.

10. Au final, nul n'ignore pourtant que, sous couvert de l'interprétation de la clause résolutoire, la mission du juge va bien au-delà de la recherche de la « commune volonté » des parties. Cette volonté, très souvent, est modifiée ; complétée ; parfois réinventée. Le juge, qui n'a ni participé à la préparation du contrat ni été associé à sa mise en œuvre, est ainsi tenu de l'interpréter. Cette obligation faite au juge ne lui laisse cependant pas une totale liberté. Il lui faut s'inspirer des principes d'interprétation posés par les articles 1156 et suivants du Code civil.

11. L'angoisse de l'interprétation devient d'autant plus irrépressible que l'histoire du droit des contrats n'est pas avare des cas dans lesquels l'interprétation du contrat a été un alibi exploité par le juge pour forcer le contrat, en incorporant dans celui-ci de nouvelles obligations, et en sollicitant opportunément le convenu entre les contractants pour modifier le contenu contractuel¹⁴. Au final pour résoudre le problème des interprétations fantaisistes de la clause résolutoire par le juge, il faut s'accorder avec le Doyen Carbonnier pour relever que normalement quand « une convention est claire et précise, il n'y a plus lieu de l'interpréter mais seulement à l'exécuter »¹⁵, car en effet « in claris interpretatio cessat ».

B- Le contournement de l'interprétation du juge par le langage de la clause résolutoire

12. Le contournement de l'intervention du juge passe par une rédaction minutieuse en amont de la clause résolutoire (1) et par une détermination précise de son champ d'application (2).

1- La rédaction minutieuse de la clause résolutoire

¹³ D. TRICOT, « Le juge : le contrôle de la dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », in Colloque sur *L'interprétation, une menace pour la sécurité des conventions ?*, *Revue des contrats*, 31 mars 2015.

¹⁴ D. MAEAUD, *op cit* n°1.

¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens les obligations*, PUF, coll. Cadrige, 2004, n° 1059.



13. L'ambiguïté dans la rédaction du langage de la clause résolutoire est l'une des « fenêtres » par lesquelles le juge s'infiltré dans cette clause. Parallèlement, la rédaction minutieuse et claire amenuise considérablement l'incursion du juge. Le formalisme qu'exige la rédaction de la clause résolutoire a des avantages considérables : il prévient des engagements irréfléchis, donne certitude à l'acte et empêche des fraudes à l'égard du tiers¹⁶. Les parties doivent formellement exprimer leur volonté tant dans le principe de l'exclusion de l'intervention judiciaire que dans les conditions et les modalités d'application de la clause résolutoire. De la rédaction de cette clause va donc dépendre la réponse à la question de savoir si les parties ont stipulé une clause résolutoire ou si elles ont seulement rappelé, à des fins comminatoires, la sanction légale.

14. Si certains contractants entretiennent à dessein l'ambiguïté du langage de leurs engagements¹⁷, c'est le plus souvent de façon involontaire que la plupart d'entre eux rédigent des contrats ambigus, imprécis ou contradictoires, qui nécessiteront, à moins qu'ils ne s'accordent une nouvelle fois pour préciser la signification de leur acte, que le juge se livre lui-même à son interprétation¹⁸. Afin de contourner tout contentieux, il est judicieux de rédiger des clauses claires et précises, car « une clause de résiliation unilatérale adroitement rédigée... peut constituer... un rempart infranchissable contre le contrôle judiciaire des conditions et des conséquences de la rupture unilatérale »¹⁹. La rédaction minutieuse du langage de la clause résolutoire par les parties présente plusieurs avantages. On peut citer dans un premier temps la facilitation de la compréhension du contenu contractuel, et dans un deuxième temps le contournement de l'intervention du juge.

15. En effet les clauses résolutoires définies, spécifiées ou catégoriques sont généralement considérées comme claires et précises²⁰. Ainsi, elles facilitent leur compréhension. Les clauses claires et précises sont, selon Bertrand Fages, « les clauses dont les

¹⁶ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, n° 132.

¹⁷ Le meilleur exemple est celui des lettres de confort ou d'intention ; mais voir aussi en droit maritime, J. Le Clere, *Les clauses volontairement ambiguës dans les chartes parties*, DMF, 1962, p. 703.

¹⁸ B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger un contrat », *Droit et Patrimoine*, 1999., p 12.

¹⁹ D. MAZEAUD, « Dura clausula, sed clausula », *D* 2001 p. 3240.

²⁰ *ibid.*



termes sont formels et excluent toute discussion »²¹. La clause résolutoire clairement stipulée met les contractants à l’abri de l’intervention judiciaire et par ricochet contourne l’aléa lié à la décision du juge, car prévenir toute interprétation ou qualification de la part du juge n’est possible qu’à condition que les parties se soient clairement exprimées²².

16. Dans son arrêt du 8 décembre 2010, la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation demeure en quelque sorte fidèle au principe selon lequel la clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour une stipulation expresse du bail²³ et, plus précisément, à « une obligation ou une interdiction clairement formulées »²⁴. Ainsi, dans son commentaire de cet arrêt Hugues Kenfack conclut en soulignant que : « En définitive, l’arrêt du 8 décembre 2010 illustre bien la nécessité d’une rigueur extrême en présence d’une clause résolutoire insérée dans un bail commercial. Elle doit être rédigée avec la plus grande précision et invoquée de bonne foi ». Tous ces éléments permettent d’apprécier à sa juste valeur la position favorable de la jurisprudence à l’égard de l’obligation des parties de rédiger de manière claire et précise la clause résolutoire insérée dans leur contrat.

17. Une autre précision qu’il faut apporter pour garantir la rédaction efficace du langage de la clause résolutoire réside au niveau du fait que la dérogation au caractère judiciaire de la résolution doit être expressément rédigée. La clause résolutoire doit préciser « qu’elle constitue une dérogation au principe de droit commun de la résolution judiciaire des contrats, tel qu’énoncé à l’article 1184 du Code civil »²⁵. Elle doit pouvoir préciser que la résolution interviendra de plein droit sans intervention du juge.

18. En présence d’une clause résolutoire, les modalités de la rupture doivent être précisées lors de la rédaction. Rentrent dans cette exigence : la nécessité d’une notification

²¹ *Ibid.*

²² C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d’interprétation » in *Revue des contrats*, 31/03/2015.

²³ Cass. 3^e civ., 18 mai 1988, n° 87-11669 : Bull. civ. III, n° 94 - Cass. 3^e civ., 24 nov. 1976, n° 75-11435 : Bull. civ. III, n° 424 - Cass. 3^e civ., 20 juin 1995, n° 93-17531, D - Cass. 3^e civ., 13 déc. 2006, n° 06-12323 : Bull. civ. III, n° 248

²⁴ J.-P. BLATTER, *Traité des baux commerciaux*, 5^e éd., p. 170

²⁵ « La clause résolutoire de plein droit, qui permet aux parties de soustraire la résolution d’une convention à l’appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d’appréciation » (Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, n° 84-15.705).



écrite, par lettre recommandée avec accusé de réception, par télécopie ou tout autre moyen, le respect d'un certain délai de préavis etc. Le juge saisi doit trouver clairement rédigés ces différents points parce que leur absence lui donne plein pouvoir d'interpréter ou de qualifier la clause en son sens.

19. Au final, le juge ne saurait interpréter le contrat afin de découvrir une clause résolutoire que les parties auraient tacitement convenu²⁶. « Si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement ». Toutes les expressions vagues et équivoques sont donc à éviter par les parties dans une clause résolutoire. Une autre technique utilisée par les parties pour évincer le juge de l'interprétation ou de la qualification de clause résolutoire, et qui mérite une attention particulière concerne la détermination du champ d'application de cette clause.

2- La détermination du champ d'application de la clause résolutoire

20. Dans le souci d'éliminer une grande partie du contentieux lié à l'interprétation ou à la qualification du juge, les parties délimitent de façon assez précise ce qu'elles entendent faire entrer dans la clause résolutoire. Il est prudent pour ces parties de décrire l'étendue des obligations qui pèsent sur chacune d'elle. L'une des raisons qui justifient l'interprétation ou la qualification du juge de la clause résolutoire est l'imprécision quant aux situations auxquelles ces clauses s'appliquent²⁷. La clause résolutoire pose très souvent des difficultés aux tribunaux dans l'appréciation de sa délimitation. A titre d'illustration, les juges de fond refusent de faire application de cette clause à l'inexécution d'une obligation d'ordre public dès lors qu'il apparaît que celle-ci n'est pas explicitement reprise dans le contrat²⁸. La clause résolutoire s'applique

²⁶ Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1954, Gaz. Pal. 1954, 2, jur., p. 82, RTD civ. 1954, p. 666, obs. Carbonnier J. ; Rapp. C. cass. 1988, Doc. fr., 1988, p. 194 .

²⁷ M. LAMOUREUX ; *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM 2006, préface J. MESTRE, n° 122.

²⁸ Cass. civ 3^e, 29 avril 1987 n° 84-16692, *Revue Loyers* 1987, p.306. ; Cass. civ 3^e 15 mars 1989, n° 86- 17793, *Revue Loyers* 1989 ; p.206, note C. BERTHAULT. ; Cass. civ 3^e, 17 avril 1989 n° 87-17724, *Revue Loyers* 1989, p. 251.



alors aux obligations auxquelles le contrat fait, dans ses autres dispositions, expressément référence²⁹.

21. La clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour une obligation mentionnée dans le contrat. Elle ne pourra pas, par exemple, sanctionner des obligations mises à la charge du preneur commerçant par le statut des baux commerciaux dans le Code de commerce, et qui ne sont pas reprises dans le contrat. C'est dans la même optique que l'article 167 reprend l'article 1159 de l'avant-projet Catala. Le premier alinéa dispose que : « La clause résolutoire doit expressément désigner les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ». La récente Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations met également accent sur la précision dans le maniement du langage de la clause résolutoire en son article 1225. En effet, « si les parties peuvent rédiger de telles clauses, c'est à la condition de faire preuve de modération. Si elles ne se responsabilisent pas, elles s'exposent à l'intervention d'un juge qui dispose d'outils lui accordant une marge de manœuvre importante »³⁰.

22. La précision dans la rédaction de la clause résolutoire est une véritable arme entre les mains des parties pour encadrer les pouvoirs du juge. Pour ce faire, les parties énumèrent de façon précise le champ d'application de la clause résolutoire. Il demeure cependant que « l'énumération limitative offre indéniablement l'avantage d'une parfaite sécurité juridique mais doit toutefois faire l'objet d'une attention particulière, les parties devant veiller à ne pas oublier de citer une hypothèse qu'elles entendraient pourtant voir couverte par la clause »³¹.

23. En somme, pour des raisons de sécurité et de loyauté, la clause doit être suffisamment claire et explicite dans son langage quant aux obligations dont l'inexécution est

²⁹ Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, n° 97-22.611, Lamyline.

³⁰ N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », in « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *Revue des contrats*, n° 2, 2016. p. 400.

³¹ M. LAMOUREUX ; *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, op cit, n°122.



couverte par le champ de cette clause³². La précision des obligations dont l'inexécution est sanctionnée place les contractants qui ont stipulé une clause résolutoire dans leur contrat à l'abri de toute éventuelle incursion du juge.

II- LE LANGAGE, MOTIVATION DE LA QUALIFICATION DE CLAUSE RESOLUTOIRE PAR LE JUGE

24. Le langage, système de signe socialement codifié, peut présenter deux revers en présence d'une clause résolutoire insérée dans un contrat. Comme le reconnaît Philippe Simler, « Le langage n'est lui-même qu'une traduction de la pensée. Or, chacun sait que le risque permanent de toute traduction, c'est la trahison »³³. C'est dans ce sens qu'il ne fait pas de doute que d'un côté, mal rédigée, la clause résolutoire peut s'éloigner de sa véritable finalité en constituant une brèche pour le juge qui pourra sous ce manteau intervenir pour la qualifier. D'un autre côté, lorsque les parties saisissent l'efficacité de l'arme du langage de rédaction de la clause résolutoire qu'elles détiennent, ce qui s'en suit c'est une rédaction claire, minutieuse et pointilleuse de leur clause. La qualification, supposant qu'on comprenne l'étendue du langage utilisé par les parties, ce langage doit être formulé de façon précise. Il faut dire en effet qu'il existe un lien de cause à effet entre la mauvaise formulation du langage de la clause résolutoire et l'intervention du juge (A). Toutefois, les parties ne restent pas une fois de plus insensibles à ces incursions du juge. Pour ce faire, elles utilisent plusieurs techniques pour avoir une mainmise sur la qualification que le juge pourrait donner à leur clause (B).

A- La corrélation entre la mauvaise formulation de la clause résolutoire et l'intervention du juge en vue de sa qualification

25. La rédaction minutieuse de la clause résolutoire est un véritable atout pour son efficacité. Cette « bonne » rédaction de la clause résolutoire la place à l'abri d'une éventuelle incursion du juge. Cependant, il est déplorable constater qu'un examen attentif de la pratique

³² C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution », in *Droit des contrats en France et en Belgique*, LGDJ 2012, p. 274.

³³ PH. SIMLER, Propos introductifs « À la recherche des frontières de l'interprétation », colloque sur « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *Revue des contrats*. 31-03-2015. n° 1.



contractuelle révèle incontestablement la prolifération des clauses résolutoires mal rédigées (1). Cette réalité oblige pareillement le juge à intervenir pour « coller une étiquette » à la clause des parties au moyen de la qualification (2).

1- L'identification des clauses résolutoires mal rédigées

26. Une rédaction claire et précise de la clause est indispensable afin de ne laisser aucun doute aux parties sur les circonstances exactes de son éventuelle mise en œuvre. Le langage dans lequel les parties décident de formaliser leur clause joue un rôle essentiel sur l'efficacité de cette clause. La clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour « une obligation ou une interdiction clairement formulées »³⁴. De même, la Cour de cassation française est restée fidèle à son principe selon lequel une clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour un manquement à une stipulation expresse³⁵. Ainsi, il est tout à fait symptomatique de remarquer que le langage dans lequel les parties décident de formaliser la rédaction de la clause a une influence non négligeable sur l'éviction d'un côté ou alors l'incursion du juge dans cette clause d'un autre côté.

27. Une clause résolutoire mal rédigée est une arme que les parties peuvent retourner contre elles-mêmes et devenir en même temps une brèche pour l'immixtion du juge. Il faut entendre par clause résolutoire mal rédigée celle qui ne fait pas ressortir clairement la véritable intention des parties. En effet, le juge ne saurait déduire une clause résolutoire dans un contrat. Sa rédaction, bien plus son langage, doit faire apparaître clairement le lien de causalité qu'il existe entre l'inexécution et la résolution du contrat. Toute clause pour être « résolutoire » doit nettement préciser le fait que la résolution aura lieu de façon automatique et en dehors de toute intervention du juge. C'est pour ce motif que la Cour de cassation dénie le caractère de clause résolutoire opérant de plein droit à une « clause résolutoire insérée à un contrat de vente (et) ouvrant, en cas de défaut de paiement de la rente, plusieurs possibilités au choix de la venderesse et, en particulier, celle de demander que la résolution de la vente soit prononcée

³⁴ J.-P. BLATTER, *Traité des baux commerciaux*, 5^e éd., p. 170.

³⁵ Cass. 3^e civ., 18 mai 1988, n° 87-11669 : *Bull. civ. III*, n° 94 - Cass. 3^e civ., 24 nov. 1976, n° 75-11435 : *Bull. civ. III*, n° 424 - Cass. 3^e civ., 20 juin 1995, n° 93-17531, *D* - Cass. 3^e civ., 13 déc. 2006, n° 06-12323 : *Bull. civ. III*, n° 248.



par une décision judiciaire »³⁶. C'est pour dire que le caractère exprès du langage d'une clause résolutoire n'est donc pas suffisant pour permettre à celle-ci d'opérer de plein droit la résolution du contrat. Il faut en sus que la clause manifeste, sans aucune équivoque, la volonté des parties de déroger au principe de la résolution judiciaire. La Cour de cassation française qualifie dans le même sens d'équivoque la clause prévoyant qu'à « défaut de paiement d'un seul terme d'une rente à son échéance et trente jours après simple commandement contenant déclaration par le crédientier de son intention de se prévaloir du bénéfice de la présente clause et restée sans effet, celui-ci aura le droit, si bon lui semble, de faire prononcer la résiliation de la vente». Cette formulation de la clause résolutoire est défailante, ce qui sans doute peut prêter à confusion.

2- La réaction du juge face à une clause résolutoire mal rédigée : la qualification

28. Dans le souci de trancher avec toute ambiguïté du langage de la clause résolutoire et par ricochet de la rattacher à une catégorie juridique précise, le juge doit la qualifier. La qualification, comme il a été relevé plus haut, est un pouvoir reconnu au juge quel que soit le contrat et peu importe la qualité des parties et qui vise à faire rentrer le contrat dans un moule juridique auquel s'applique un régime juridique donné³⁷. Pour le dire autrement, la qualification est une opération neutre ou objective, en ce sens qu'elle se fait sans *a priori* sur la nature équilibrée ou non, juste ou injuste du contrat ou des clauses qu'il contient³⁸. En présence d'une clause résolutoire, la qualification du juge permet de la rattacher à une catégorie qui lui convient. La recherche d'un vocabulaire adapté à la clause résolutoire est donc essentielle pour contourner toute qualification du juge.

29. Le constat est que les parties par le langage imprécis et superflu qu'elles usent dans une clause résolutoire invitent négligemment le juge à la qualifier. Cette situation n'est pas à leur avantage. L'emploi des termes vagues, vides de sens, ou à consonance fortement

³⁶ Cass. civ. 1re, 13 décembre 1988, *J.C.P.* 1989, éd. G, II, 21349, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. V. en ce sens Cass. civ. 3e, 7 décembre 1988, *Bull. civ.* III, n° 176, p. 96.

³⁷ V. notamment : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit. v° qualification.

³⁸ Y. NKOULOU, *Le contenu du contrat*, thèse, Université de Yaoundé II, n° 279, p. 200.



polysémique sont souvent la cause de nombreux litiges en présence d'une clause résolutoire³⁹. Le juge qualifie la clause résolutoire mal rédigée pour des raisons d'opportunité. Il est pareillement courant d'observer que, compte tenu du langage des parties, le juge requalifie également la clause résolutoire. En effet, concernant la requalification de la clause résolutoire, son effet sur le contenu de cette clause est évident. La qualification donnée implique un certain contenu à la clause en cause. La qualification que les parties donnent à leur clause peut constituer une échappatoire aux règles impératives d'un statut. Le pouvoir, voire le devoir de requalification reconnu au juge permet de restituer à la clause sa véritable étiquette juridique. Ainsi, pour contrer l'intervention du juge, les parties forcent souvent la nature de clause résolutoire à une simple condition. En effet la condition résolutoire subordonne la résolution du contrat à l'arrivée ou non d'un événement futur et incertain, alors que la clause résolutoire relie la résolution du contrat à l'inexécution d'une obligation contractuelle. Cette précision faite, il convient à présent d'examiner les attitudes préventives dont les parties usent pour contourner la qualification judiciaire.

B- Le contournement de la qualification judiciaire de la clause résolutoire

30. La question du pouvoir de qualification et de requalification du juge n'est pas nouvelle⁴⁰. La clause résolutoire dans sa rédaction peut souvent créer des zones d'ombre quant au sens exact à lui donner. Ceci constitue une véritable brèche pour le juge saisi en cas d'inexécution d'un contrat. Ce dernier peut en effet, contrairement à ce qu'avaient prévu les parties, nier l'appellation de clause résolutoire à la clause des parties en raison l'ambiguïté de sa rédaction. La qualification du juge est une opération fondamentale puisque de son

³⁹ N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014, n° 395, p. 321.

⁴⁰ Sur la qualification v.par ex. : F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957 ; MOTULSKY, *Prolegomènes*, précit. Note 49 ; R. PERROT, *l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, paris, sirey, 1947, n° 126 et s. ; Xavier HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse université de Nancy 2, 1992.; J. NORMAND, *Principes directeurs du procès, office du juge*, Jurisclasseur de procédure civile, fasc. 151. ; C. POULIQUEN, « Le rôle de la volonté en matière de qualification contractuelle », *in Revue juridique de L'ouest*, 2000-4, pp. 409-439.



résultat dépendra le régime juridique applicable à la clause résolutoire⁴¹. Dans le souci de contourner cette qualification, les parties peuvent orienter cette qualification (1), bien que le juge n'est toujours pas réceptif à ce procédé (2).

1- L'orientation et le contrôle de la qualification judiciaire par le langage

31. La créature contractuelle est née de la volonté des parties. Ainsi, conformément au principe du consensualisme, les parties ne devraient-elles pas être à mesure de déterminer la nature de leur convention ? Les parties ne devraient-elle pas elles même déterminer le régime juridique de la clause résolutoire ? L'on est sans ignorer que la qualification est le bastion de la présence du juge, bien plus le « fief » de ce dernier. Mais il demeure que « l'on n'est jamais mieux servi que par soi-même » disait un dicton. Dans ce sens, les parties à un contrat peuvent par une clause de qualification prévoir spécifiquement la qualification de leur clause plutôt que de laisser cela entre les mains du juge dont la décision ne peut être prévue à l'avance⁴².

Les parties à un contrat disposent du pouvoir d'orienter et ainsi d'exercer une réelle emprise sur la qualification que le juge doit donner à chaque clause de leur contrat. Cependant, cette orientation que les parties peuvent donner au juge doit se réaliser dans un domaine particulier. Aussi conviendra-t-il d'examiner ces domaines, afin de prendre l'exacte mesure du champ d'application de la faculté des parties de lier le juge sur la qualification de leur contrat.

L'article 12 alinéa 3 du nouveau Code de procédure civil français dispose en effet que « Toutefois, il (le juge) ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, en vertu d'un accord express et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droits auxquels elles entendent limiter le débat ». Ce texte, véritable fondement du pouvoir des parties de lier le juge quant à la qualification de leur contrat, vient contredire ouvertement la présentation traditionnelle du juge comme le maître des

⁴¹ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*. PUAM 2006, n°25.

⁴² P. FRECHETTE, *La qualification du contrat*, Mémoire Université de Montréal, Aout 2007, p. 48.



qualifications. Pour revenir au contenu de ce texte, il faut noter que l'orientation que donnent les parties au juge relativement à la qualification est encadrée dans un domaine particulier. Car selon les termes du précédent article, les parties peuvent lier le juge sur les qualifications, dès lors que cette liaison porte premièrement sur un accord exprès et deuxièmement sur les droits dont ces parties ont la libre disposition. Ces deux conditions sont donc indispensables pour que les parties puissent lier le juge relativement à une qualification.

32. Les parties ne peuvent pas lier la qualification du juge sur des matières dont elles n'ont pas la libre disposition. Cette condition est également applicable à la clause résolutoire. Il faut en effet dire que la clause de qualification précisant la qualification exacte à donner à une clause résolutoire ne saurait par exemple heurter l'ordre public⁴³. Peu importe en effet que la règle d'ordre public en cause concerne l'ordre public substantiel ou procédural⁴⁴. L'on comprend que la liberté des parties d'orienter la qualification judiciaire de leur contrat est véritablement encadrée. L'autre condition à laquelle l'article 12 alinéa 3 soumet l'orientation de la qualification du juge par les parties est celui du caractère exprès de l'accord des parties portant sur la qualification. « Le simple fait que les parties forment un accord sur une qualification sans préciser qu'il s'impose au juge pourrait en effet être considéré comme ne démontrant pas suffisamment la volonté des parties de lier le juge⁴⁵ ». L'accord des parties pour lier le juge sur une qualification doit être exprès. L'orientation de la qualification faite par les parties entraîne des conséquences non négligeables sur les pouvoirs du juge. Reste à présent à présenter l'accueil judiciaire de cette orientation.

2- L'accueil judiciaire de l'orientation de la qualification

33. L'approche traditionnelle du contrat repose sur la notion de volonté. Le rôle prépondérant que la volonté joue en matière contractuelle est incontestable. Cependant, il est aussi reconnu que le rôle que joue le juge précisément sur le terrain de l'exécution du contrat

⁴³ C. PARODI, « L'esprit général de l'innovation du nouveau code de procédure civile », *Defrenois* 1976, p. 753. ; B. MERCADAL, « Regards sur le droit des transports », in *Etudes offertes à R. RODIERE*, Dalloz 2001, p. 428 et 429.

⁴⁴ M. LAMOUREUX. *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, *op cit.* n° 99.

⁴⁵ M. LAMOUREUX, *op cit.* n° 99.



est d'une importance première. L'on constate que les parties, par mesure de prudence encadrent et contrôlent la qualification du juge ceci du fait de l'orientation et du sens qu'elles aimeraient donner à leur contractant.

33. Les juges sont véritablement retissant à ce que les parties puissent lier de manière contractuelle leur office relativement à la qualification. C'est dans ce sens que le jugement à requalifier en contrat l'engagement pourtant qualifier de simple engagement d'honneur. En 1872 la Cour d'appel d'Aix⁴⁶ a décidé que la clause par laquelle un débiteur s'engage envers son créancier qu'il payera sa dette si « la fortune vient à lui sourire » engendre des obligations civiles. Récemment la cour de cassation a pris une décision dans le même sens⁴⁷. Pour les juge français par exemple, « il n'appartient pas aux juges d'écarter quand bon leur semble la qualification contractuelle »⁴⁸. Les juges admettent qu'il ressort de leur rôle de constater l'existence d'un contrat et par conséquent d'identifier le droit qui est applicable à ce contrat. C'est notamment le cas de l'engagement d'honneur que le juge a tendance à requalifier en contrat⁴⁹. Il faut noter que par ces décisions, les juges mettent de côté la volonté des parties de situer leur relation en dehors du droit pour prendre en compte la réalité objective créée par l'accord. Bref pour le juge français, dès lors que l'accord a tout d'un contrat hormis l'intention contractuelle, il y a contrat. Pour ces juges, il est impensable de laisser les parties décider du droit applicable à leur contrat en contrôlant la qualification du juge. Pour conclure sur ce point, Jean-Luc Aubert déclare que « Dès l'instant qu'il adopte une démarche qui est objectivement de nature sociale et qui relève par sa substance, de l'ordre juridique, le sujet de droit ne peut récuser celui-ci (...) il n'appartient pas aux sujets de droit de délimiter à leur convenance le domaine du droit. En bref, l'engagement d'honneur ne peut prétendre rivaliser avec

⁴⁶ Aix, 11 juin 1872, *DP*, 1873, 2,177.

⁴⁷ Cass. Com., 23 décembre 1968, *Bull. Civ. IV*, n°374.

⁴⁸ M. LAMOUREUX. *Op.cit.* n° 41.

⁴⁹ B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, *chron.p.* 107. ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, (Pref J. MESTRE), PUAM 1992, n°675 et svt. B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, t, 234, LGDJ 1995, p. 527 et svt.



l'engagement juridique : chacun est libre de contracter ; nul ne peut s'engager et prétendre se soustraire à la contrainte du droit »⁵⁰.

34. La résistance des juges au contrôle de leur qualification se fonde sur le fait que pour ces derniers, une requalification peut être salvatrice pour le contrat. Pour le juge, la requalification restitue au contrat sa pleine et complète efficacité. Selon Pancrazi-Tian, « Lorsqu'il y a discordance entre le contenu contractuel et la dénomination conventionnellement donnée au contrat, le juge est appelé à faire un tri, mais ce tri imposé par l'ambiguïté même de l'acte n'implique au fond aucune réduction de la volonté contractuelle »⁵¹. Les juges estiment que c'est en considération de ce que les parties ont voulu réellement faire qui les oblige à requalifier le contrat. Dans ce sens, l'assemblée plénière de la Cour de cassation décide que « si l'article 12 du NCPC oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leur demande »⁵².

35. Les juges justifient également le refus du contrôle de leur qualification par le fait qu'elles ne sont pas tenues d'adopter la qualification proposée par les parties. La Cour de cassation décide dans le même sens qu'il « appartient aux juges du fond de restituer à la demande dont ils sont saisis sa véritable qualification juridique⁵³ ». Il peut donc être tentant de croire que dans certaines hypothèses que la requalification vient en quelque sorte au secours du contrat. De même, l'on peut dire comme le pense les juges à l'issue de la lecture de l'article 12 alinéa 2 du NCPC que la requalification du juge n'est pas une simple faculté mais une véritable obligation à la charge du magistrat. Bien que cette réalité soit reconnue, lorsque le juge requalifie le contrat, il ne s'agit pas pour lui de mettre en œuvre son pouvoir de sanction. La requalification n'étant pas une sanction du contrat.

⁵⁰ J-L. AUBERT, *Le contrat*, Coll. *Connaissance du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2000, p. 54-55.

⁵¹ M-E PANCAZZI-TIAN, *op.cit.* n° 27.

⁵² Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343

⁵³ Civ 1^{ère}, 23 mars 1966, Bull 1966, I, p. 157 et 158 ; Civ. 3^e, 30 avril 1969, Bull. 1969, III, 264.



36. Dans une autre affaire, les juges du fond ont qualifié de prêt un contrat que les parties avaient préalablement qualifié de bail⁵⁴. Les exemples de requalification judiciaire salvatrice du lien contractuel sont nombreux et même variés⁵⁵. Il est aussi vrai que l'examen de la jurisprudence révèle dans certaines circonstances que l'opération de qualification du contrat par le juge n'apparaît pas comme le seul fruit d'une analyse mais décèle plutôt la volonté de faire échec à l'application d'un régime juridique invalidant. Au final, il faut noter la requalification du contrat par le juge permet de sauver la convention improprement dénommée pour la mettre dans une catégorie juridique adéquate.

Conclusion

37. En conclusion il faut dire que, le maniement du langage de la clause résolutoire par les parties est déterminant pour le futur de cette clause. Selon que les parties auront efficacement ou maladroitement matérialisé l'écriture de leur clause résolutoire, le juge se contentera de constater son acquisition en cas d'inexécution ou alors se verra contraint premièrement de l'interpréter pour découvrir la véritable intention des parties et deuxièmement rattachera ladite clause à une catégorie juridique précise au moyen de la qualification.

38. Il faut en sus relever que la sécurité de la clause résolutoire n'est finalement assurée que par la bonne qualité de sa rédaction. Cependant, malgré la faille que peut constituer la mauvaise formulation du langage de la clause résolutoire, les parties ne deviennent pas sans arme face au juge, elles s'évertuent toujours à contourner la mainmise du juge sur leur clause en orientant en amont avant tout litige la qualification et l'interprétation du juge.

⁵⁴ Cass.civ. 3^{ème}, 29 janvier 1970, Bull. III. n° 73.

⁵⁵ Pour en citer un voir Cass.civ. 1^{ère}, 2 février *Rép defrénois*, 1994, p. 1109, obs Ph. DELEBECQUE



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Astreintes and Italian Law

Alessio Caracciolo

Attorney-at-Law. Ph.D. Candidate. Teaching Assistant at the University of Bari, Italy

Federica Stamerra

Researcher and trainee lawyer. Teaching Assistant at the University of Bari, Italy.

LL.M. Degree from the University of Bari

Fabrizio Cesareo

Researcher and trainee lawyer. Teaching Assistant at the University of Bari, Italy

LL.M. Degree from the University of Bari

Abstract: This essay analyses the transposition path into Italian law of the French measure of astreintes, which are an indirect coercive method aimed to force the debtor to fulfill the obligation. The modern configuration has led to the adoption of judgments such as the one related to the “Case Facebook” (Order of the Court of Reggio Emilia, 15 April 2015), involving the urgency protection provided by art. 700 c.c.p. relatively to the hypothesis of defamation on Facebook or other Social Networking Sites. The astreinte find an equal in the Anglo-Saxon sort, by the contempt of court, and in the German one, through the Zwangsstrafen, which led, after several transposition attempts into national law (among which stands out the “Project Carnelutti” of 1926), to the current forecast referred to art. 614 bis c.c.p., introduced by art. 49 of Law 18 June 2009 n. 69. An application issue of the astreinte in Italy concerns its potential struggle with the internal public order: in Italy, there isn’t any provision of punitive damages



outlined in common law systems, so that their transposition would lead to a worsening of the obliged subject's position, in contrast with the proportionality principle on which is based the compensation statement system. The Italian Supreme Court, by the judgment of 15 April 2015 n. 7283, expresses itself in the opposite direction, stating that “the *astreintes* provided in other jurisdictions [...] are not incompatible with the Italian public policy”. The contemporary Italian law framework, based on the right of “forced execution”, which one can deduct from the art. 24 of the Constitution (which states that all may take legal action for protecting their rights and legitimate interests), is outlined from the Book III, Title IV of the Italian Code of Civil Procedure, indexed “the enforcement of proactive or passive obligations”, Articles 612 to 614 bis c.c.p., where it is possible to involve, from the address of the art. 614 bis c.c.p., the irreplaceable performance, although the same rule has generated several disputes. To underline the value and the transverse projection of the theme, it is proper to highlight the inapplicability of Article 614 bis c.c.p. to individual work disputes listed in art. 409 c.c.p. This exclusion, unjustified and irrational, strongly undermines the principle of equality safeguarded by the art. 3 of the Italian Constitutional Charter, and has given rise to an abundant doctrine that considered art. 614 bis c.c.p., if applied, an extra protection to the right to work contemplated by the art. 4 of the Constitution, and even by art. 18 L. 20 May 1970 n. 300. In this perspective, the art. 614 bis make up a missed opportunity for the code of civil procedure to ensure an executive procedural protection for both parties of the employment contract. The possible reconstructions related to debtor's indirect coercion shows problematic aspects referring to a potential overlap with ordinary protection instruments provided by Articles 1223 c.c., indexed “compensation of the damage”, and 2932 c.c., indexed “specific execution of the obligation to close a contract”, which, for certain doctrine, would be posed after the means provided by art. 614 bis c.c.p. In this way, the executive safeguards to the damage resulting from the breach would be erroneously duplicated. For certain doctrine, this impasse could be overcome by the second paragraph of this Article, with a factual assessment, carried out by the Court, of the above-mentioned principle of irreplaceability, excluding its application to all those obligations deprived of such connotation. Some doctrine opposed another configuration, endorsed by the jurisprudence, which postulates a systematic and teleological interpretation, per which it would



be possible to extend such protection independently from a postulate of irreplaceability. In this scenario, the research will, at last, offer an interesting train of thought to the debate on legal affairs in the perspective of a possible future and further reform of the civil execution law, also taking into consideration to transpose into Italian Law an institute inspired by punitive damages and based on the penal principle of rehabilitation function of punishment (rectius, in this case, of execution) referred to art. 27 subparagraph 3 of the Italian Constitution.

Keywords: Specific Execution, Indirect Coercive Methods, Astreintes, Contract Law, Liability.

1. INTRODUCTION

The need to adopt mandatory instruments estranged from the ordinary forced execution methods provided by the law was, during the years, particularly meaningful at national and international level. Taking into consideration the present Italian civil procedure, such as the consumer protection ruling, is clear the insufficiency of direct instruments to protect the creditor. In this context, in fact, although the single failure may seem ridiculous in the entity, a systematic and large-scale application of *in fraude creditoris* behaviors could entail, from one side, a significant and unjustified enrichment, as well as a weakening of the consumer confidence against the economic operators. This example is considerably useful to introduce a solution for the problem, applied in Common Law systems, which thereto were inspired by for the introduction of various instruments useful for the creditor's protection, based on which it is possible to assume that the credit reasons are "bound to the existence of the obligation". In other words, there is an effective public interest for the correct execution of contracts, since in the case of failure are adversely affected both the economic interest of the creditor and the overall effectiveness of justice administration¹. According to this reconstruction, certain legal

¹ Frignani, A. (1974) *L'Injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milan, Giuffrè; Pardolesi, P. (2003) *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, *Riv. dir. civ.*, Vol. 1, p. 717; Pardolesi, P. (2012) *Contratto, nuove frontiere rimediali, disgorgement v. punitive damages*, *Collana della II Facoltà di Giurisprudenza – Sede di Taranto*, University of Bari – Aldo Moro, Bari, Cacucci; Blomeyer, A. (1975),



systems have introduced punitive systems of public nature, similar (or referred) to a criminal law nature, with the specific purpose of assisting the creditor reasons more than the mere fulfillment of the obligation.

The main comparison patterns vary about: the nature of the protection, civil or criminal; the structure, under a temporal stability profile; the pursued function, compulsory or sanctionative; its application scope; its procedural aspects, depending on whether the measure needs the injured party's initiative or is automatically granted, and if it's editable².

1.1. *Astreintes* in French Law.

The *astreinte* draws its foundation in the function, essentially of private nature, to guarantee the exact and timely implementation of the provision, subject of the obligation.

With a pioneering contribution, equal only to that of the power conferred in Roman Law to the Praetor³, in 1811 the Court of Cray condemned the defendant to "make a public withdrawal under penalty of having to pay three francs for each day of delay in fulfillment". From a purely historical point of view, this ruling was a clear judicial response to the liberal trend welcomed in the new-born Code Napoléon, which, according to eminent lawyers of the epoch, sacrificed the legitimate expectations of the creditor protection. Trying to define the *astreinte*, it is a sanction, characterized, towards the sentence of condemnation, by an accessory nature, which is to pay a sum of money proportioned to the duration of the delay in the execution of the obligation, or to the amount of infringements committed (in the case of

Zivilprozessrecht. Vollstreckungsverfahren, Berlino-Heidelberg-New York, p. 440 ss.; Taruffo, M. (1988) *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, p. 142 ss.; Guinchard, S. & Moussa, T. (1996) *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris; Perrot, R. (1996) *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, *Riv. dir. proc.*, p. 658.

² Mondini, A. (2014) *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milan, Giuffrè, p. 21; Jacob, J. I. H. (1987) *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, p. 183 ss.; Dobbs, D. B. (1971) *Contempt of Court: A survey*, 56 *CorLr*, p. 183 ss.; Cremonini, C. (1984) *An Italian Lawyer Looks at Civil Contempt – From Rome to Glastombury*, 3CJQ, p. 133 ss.; Zuliani, A. (2010) *L'astreinte (o comminatoria o coercitoria o misura coercitiva), relazione diffusa nell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema della riforma delle norme sul rito civile introdotta dalla legge n.69/2009*, Rome; Crivelli, A. (2005) *Penalità di mora, astreintes, figure consimili, I danni risarcibili nella responsabilità civile*, Vol. I, (Cendon, P.) *Il danno in generale*, Utet, Turin, 2005, p. 461.

³ Borrè, G. (1966) *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, Naples, Jovene, p. 21.



continuous bonds). The first obstacle to the full acceptance of the institute was constituted by the detection of its legal basis, initially found in the art. 1142 of Code Napoléon, with an approach to “*dammages-intérêts*” considered misleading. The main flaw of this reconstruction is constituted by the consequences of the equivalence between the binding nature of the *astreintes* and the compensation for the failure to fulfill the obligation. In this context, there would be no deterrent power, given the fixed amount that the debtor had already clear from the outset. In addition, the peculiarity of a temporal criterion is detached from the concept of “damage suffered” by the creditor, and become an objective criterion which doesn’t consider the real suffering connected to the continuation of the infringement. It may happen that, despite the lack of interest in the performance by the creditor and the absence of any further damage because of the time, the debtor is subject to the payment of an extra compensation, justifiable under a subjective profile according to the traditional criterion of a breach of good faith in the execution of the contract. In the damages quantification, there are several profiles estranged from the contractual relationship, among which particular interest is accorded to the economic conditions of the debtor, his guilt in the failure to fulfill the obligation and his general attitude⁴. A substantial contribution about the definitory qualification of the institute is provided, in France, by the law of 5 July 1972 n. 626, later amended by the laws of 16 July 1980 n. 539, 9 July 1991 n. 650 and 13 July 1992 n. 644. The current configuration foresees an application both in relation to rulings which are not susceptible of forced execution that about the fulfilment of proactive obligations. In this perspective, it’s possible the competition between the enforcement rules to the main performance and those related to the *astreinte*. From a strictly pragmatic point of view, the institute is applicable either on creditor instance either *ex officio*, according to a public interest not only to the fulfilment but also to the enforcement of judgments of courts. The accessory nature of *astreinte* condemnation, in fact, it’s more important considering its role of strengthening the binding of the judgment in which it

⁴ Trapuzzano, C. (2012) *Le misure coercitive indirette*, Padova, Cedam, p. 29; Marazia, L. (2004) *Astreintes e altre misure coercitive per l’effettività della tutela civile di condanna*, Riv. esec. forz., Vol. II, Utet, Turin, p. 333; Dondi, A. (1981) *L’Astreinte endoproceduale*, Riv. Dir. Proc. Civ., p. 524.; Capponi, B. (1999) *Astreintes nel processo civile italiano?*, Giust. Civ., Vol. II, p. 157; Costantinesco, L. J. (2009) *Il metodo comparativo*, Sist. Giur. Comp., Giappichelli, Turin; Benatti, F. (2008), *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milan.



is declared. In this perspective, it would be conceivable a contrast between the declared aim of protecting the public interest and the allocation of the amount within the private, while would have had greater organicity the forecasting of a payment of the same sum to the State. Is possible to argue that the compensation to the creditor reflects the need to monetize the further harm suffered for the delayed (or missing) performance. The *astreinte* connotes a profile of independence referring to the specific execution and the damage compensation so that it is possible to refer the matter to the judicial authorities for each said remedies. Under the profile of cases studies where it is possible to apply the institute of *astreintes*, it's meaningful to include Labour law disputes; those in the field of property rights and of contractual obligations; proactive obligations, also of non-patrimonial nature; the duty to delivery certain things, as well as of the pecuniary obligations; the protection of personal rights and of copyright. Because of the discretionary pronouncement of the judge, it is possible that it would be subject to later revisions both by the same judge and by the judge of the appeal, until the final judgment.

Based on French practical experience, in different countries, similar institutions had an origin, although different for some peculiar aspects. For example, after the reports by a group of government experts of the Benelux Convention of 26 November 1973, there was the ratification by Belgium, with the law of 31 January 1980, from Holland, with the law of 3 October 1978, and from Luxembourg, by the law of 21 July 1976. In the beginning, the transposition by other jurisdictions has been partial, for example about the necessity of the request of a party to get the measure of condemnation, or to the set of case studies to which the same is applicable, and finally about the form of the institute, since each legal system have intrinsic characteristics with which it is necessary to work a balancing for a correct implementation.

1.2. *Zwangsstrafen* and *Geldstrafe* in German Law.

The German legal system embraces the purely public optical of the creditor protection, by transposing into the *Zwangsstrafen* system a detailed ruling introducing an instrument which



leads to the indirect execution. In the strengthening of the principle for which “who doesn’t fulfill the measure of the Judicial Authority commits a detriment of the prestige and the authority of the State”, it is precisely in favor of the latter that are attributed the sums due for the continuation of the infringement. It is particularly interesting to note how the wide range of legal instruments spaces from the application of a financial penalty to the arrest, covering the whole spectrum to realize a complete executive system. In particular, the *Geldstrafe* consists in a financial penalty to be paid to the State and, in the event of a further breach, is foreseen the imprisonment of the defaulting debtor. The structure adopted by the German legislator subtracts the instrument of the indirect execution to the criticism made in respect of *astreintes* to lend itself to an unjustified profit for the creditor.

1.3. Common Law systems: contempt of court and punitive damages.

In Common law, the protection for the default of the borrower is found in the Contempt of court, an institute characterized by criminal nature. It consists in the application of a custodial or pecuniary sentence, according to the severity, descending from the commission of a real crime, provided to ensure the compliance of the sentence to the performance of irreplaceable obligations, which otherwise would be unenforceable. This remedy takes its origin from the Equity system, since the Common law did not provide for the specific execution but only the compensation for the damage suffered by the creditor because of the breach of contract. The configurable system, therefore, foresees that the creditor can refer the matter to the judge, who decides at his own discretion. If he considers the inadequacy of the compensatory protection, he can request at the same time the specific performance, i.e. the compensation of the damage, and the injunction, i.e. an inhibitory to oblige the debtor to fulfill the obligation. The latter, if not complied, involves the integration of the “Contempt of court” offense. Unlike the German system, this one confers to the creditor the sum resulting from condemnation. The close correlation between the application of this mechanism and the elitist concept of the judicial system’s nature creates considerable difficulties in model exportation, especially for the chance that the deterrent function could be disregarded in practice by the



debtor attitude. It's indifference about the possibility of incurring the penalty or the conviction, given the discretionary nature of the measure's adoption, could bring to the belief that the measure could be used as a quite arbitrary mechanism. This concern, although in principle isolated by the general confidence in the judicial system, is not, in reality, eccentric, because the English courts have perpetrated, on several occasions, some violations of the press freedom, punishing publishers and journalists guilty of publishing news potentially detrimental to pending court proceedings⁵.

A further instrument of indirect coercion is represented by "Punitive damages", which consist in the condemnation to compensation of a sum that exceeds, sometimes in a substantial way, the amount of the damages suffered by the injured person. The main function of this institute subtends the desire to strengthen the penalty's deterrent function, by a quantification of the injury not closely related to the damage suffered, but to a social assessment of defendant's conduct. The application of punitive damages in the context of breach of contract has led to a considerable rapprochement to *astreintes*, although in the United States this started a debate, not yet fully dissipated, on the possible violation of the principle of the condemned safeguard from excessive and uncommon penalties. The transposition of punitive damages in the systems of Civil law is much more difficult if on consider the fundamental principles of the civil process, rarely based on an *ex aequo et bono* evaluation and irreconcilable with the entirely discretionary nature of the abovementioned conviction.

1.4. Transposition profiles into Italian Law.

Among the introduction attempts into the Italian legal system of the French mechanism of *astreintes*, the first project was Carnelutti's in 1926, in which articles 667, indexed "of penalty for breach of a proactive or passive obligation", and 668, indexed "liquidation of

⁵ Varano, V. (1989) *Contempt of Court, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Naples, Jovene, p. 429; Fava, P. (2007) *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, *Corr. giur.*, p. 498.; Mattei, U. (2010) *Il modello di common law, Sist. giur. comp.*, 3rd ed., Giappichelli, Turin; De Stefano, F. (2009) *L'esecuzione indiretta: la coercitoria via italiana alle "astreintes"*, *Corr. del merito*, Vol. V, 12, p. 1181.



penalty”, provided that in case of non-performance of the obligation, the entitled person could ask the condemnation of the debtor to pay a sum of money for each day of delay from the date fixed by the judge. The second intervention to point out is the Tarzia Project which, at the twenty-fifth point, introduced the theme of coercive measures within the possible content of the judgment, excluding the reference to the unfungibility of the performance, and expressly including the “delivery” or “release” obligations, implying the applicability to fungible ones. In the final abutment is to remember the bill, approved on 24 October 2003, that transposed the project drawn up by the Prof. Vaccarella’s Commission, whose art. 42, indexed “indirect execution” envisaged a pecuniary coercive measure. However, it should have applied only to rights arising from unfungible obligations, being impossible to extend them also to indirect execution. The succession of transposition attempts into Italian law of foreign institutions concerning indirect coercive measures, albeit not implemented and overall erratic, has led to the proliferation of legislative particularism that, individually analyzed, represent innovative protection instruments. Among the best examples, it is detected the first application of *astreintes* in the Italian legal system, constituted by the art. 614 *bis*, introduced by the law of 18 June 2009 n. 69, which operates a first reference to the art. 18 of the law of 20 May 1970 n. 300, commonly referred to as “Workers’ Statute”, which, by introducing the “reintegration”, that is achieved by a coercive order, provides protection mechanisms in the case of breach of the employer.

2. ART. 18 L. 20 MAY 1970 N. 300 AS AN INDIRECT COERCIVE METHOD.

The coercive forecasts of art. 18 L. 20 May 1970 n. 300 is considerable a compensation, limited to the dismissal regulation, for the inapplicability of the *astreinte* measure to labour disputes, provided by art. 409 It. c.c.p. The gap can be remedied *a latere praestatoris*, since the Workers’ Statute has conveyed the principle *quod nullum est, nullum producit effectum* in the rules on employer’s withdrawal. The previous Law on redundancy, even if introduced the (now indispensable) requirement of justification of dismissal, which was missing in the Italian Civil Code, did not consider the retroactivity inherent to the action for a declaration of invalidity: the



compulsory protection allowed (and, in some cases, still allows) an *ex novo* reconstitution of the employment relationship, by shouldering on the worker the consequences of an unlawful act. If, on the one hand, therefore one can speak of an innovation in the labor framework, on the other, from a strictly civil point of view, that of the Statute is the mandatory path.

The passage from “illicit” to “invalid” (and therefore defeatable)⁶ of unlawfully imposed dismissal keeps an alternative to recovery (*ex nunc* in the L. 604/66, *ex tunc* in the Workers’ Statute) of a sum of money. If in the Italian law of the ‘66 the choice was to introduce an employer’s responsibility, the Statute gives to the worker the power to decide, so that he may terminate the relationship against the payment of a sum of money as compensation. It is precisely in this penalty that one can read the reflection of the *astreinte*, subsequently inserted in the art. 614 *bis* c.c.p., since it isn’t excluded that the judge can determine the amount “to implement the coercive measure proper to the measure itself”⁷.

The order of reinstatement of unlawfully dismissed worker shouldn’t be regarded as an unreplaceable obligation: even if the doctrine recalls the known principle *nemo to factum praecise cogi potest*, a more accurate reading of the phenomenon shows how the application of the aforementioned principle would entail the monetization of dismissal, allowing the employer to choose between reintegration and compensation. Not only this perspective, more attentive to the special aspects of labor law, but also the constitutional principle of effectiveness of judicial protection, covered by the art. 24 of Italian Constitution, does orient toward the allocation of a greater coercive force to the order of reinstatement. This would also imply the need to catalogue the same as a form of “not unfungible”⁸ fulfilment, opposite the “purpose of

⁶ Freni, A. & Giugni, G. (1971) *Lo Statuto dei Lavoratori, Commento alla legge 20 maggio 1970, n.300*, Milan, Giuffrè, p. 69; Padovani, T. (1975) *Ordine di reintegrazione del lavoratore e art. 388 cpv., c.p., Dir. lav.*, Vol. II, p. 33; Alessandri, A. (1981) *Il problema delle misure coercitive e l’art. 388 c.p.*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 154 ss.; Neaples, M. (2006) *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Turin, p. 188 ss.; Tatarelli, M. (2006) *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, p. 43 ss.; Meucci, M. (1999) *Risarcimento di danno, reintegra e opzione per l’alternativa economica, in caso di licenziamento invalido*, *Riv. crit. dir. lav.*, p. 757.

⁷ Iuorio, M. A. & Fanelli, G. (2013) *La penalità di mora nel diritto italiano, L’esecuzione processuale indiretta*, Milan, IPSOA, p. 91; Santagada, F. (2013) *Commento al D. lgs. 1 settembre 2011, n.150, Commentario delle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Turin, Giappichelli, p. 142.

⁸ Minneci, U. (1997) *Coercibilità dell’ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato*, *Lav. giur.*, Vol. 101, p. 798.



approaching toward the specific execution”⁹, which is not admissible as conflicting with the constitutional principle of “freedom of private economic initiative”: the real protection must surrender under the strength of the constitutional norm. As far as the readmission in the company cannot be the subject of employer’s taxation, the deterrent power granted by civil law allows the worker to assert a not-pecuniary (“existential”) damage by requesting compensation. The employer is also obliged to correspond the remuneration¹⁰. Basically, the employer is not obliged to readmit the employee with the previous duties; however, it is subject to the obligation inherent in the reinstatement itself, and this mechanism have a deterrent effect on the employer: exercising this freedom, the consequences would be less convenient of replenishing itself. The compensation eventually settled by the courts, then, amounts to an entity (5 times the monthly salary, as minimum) such that if the employer renounce to reinstate, he shall be liable both to the penalty and to pay at least the minimum allowance, even if the not-working period is proved to be less than the period covered by the allowance itself.

Art. 18 of Workers’ Statute reflects the deterrent and afflictive force of the *astreinte* prescribing a penalty, to be paid to the Pensionistic Adaptation Fund, applied in the case of noncompliance with the order of reintegration of a union board, calling unequivocally the German afflictive model. The considerable size of the sum to be paid, equal to the entire amount of the salary multiplied for each day of delay, refers to the French setting that sees in the *astreinte* a more deterrent that punitive institute¹¹. On the other hand, in the application of

⁹ Riccardi, A. (2007) *Tutela reale versus tutela obbligatoria tra ideologia e tecnica*, ADL, Vol. 6, p. 128.

¹⁰ Trapuzzano, C. (2012) *Le misure coercitive indirette - come indurre il debitore ad adempiere*, Milan, CEDAM, p. 59; Albi, P. (2007) *Stabilità del posto di lavoro e accezione “debole” del rapporto di lavoro*, Lav. dir., Vol. 4, p. 554; Muggia, S. (2009) *Risarcimento del danno per mancata esecuzione della reintegrazione. Il commento*, Lav. giur., pp. 1239-1242; Proto Pisani, A. (1982) *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, Foro it., Vol. V, p. 117 ss.; Proto Pisani, A. (1978) *Appunti sulla tutela di condanna*, Riv. trim. dir. proc. civ., pp. 1156-1157; Ghera, E. (1989) *L’esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Vol. II, Naples, Jovene, p.1077; Vallebona, A. (1995) *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, Cedam; Vallebona, A. (2009) *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, Mass. giur. lav., p. 568.

¹¹ Iuorio, M. A. & Fanelli, G. (2011) *La penalità di mora nel diritto italiano*, L’esecuzione processuale indiretta, Milan, IPSOA, pp. 92-93; Mazzotta, O. (1999) *I licenziamenti*, Milan, Giuffrè, p. 500; Ziliotti, M. G. (1993) *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Turin, Giappichelli, p. 22 ss.; Garofalo, M. G. (1979) *Art. 18, lo Statuto dei Lavoratori*, Commentario diretto da G. Giugni, Milan, Giuffrè, p. 299; Mandrioli, C. (1975) *L’esecuzione specifica dell’ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, Riv. dir. proc., p. 9 ss.



this protection instrument, precisely in France, it was imposed a penalty of 50 francs for each day of delay in the payment of compensation for damages from an unlawful dismissal¹²: the affinity with the forecasts of the art. 18 of the Statute is evident.

Even if there could be considered a reflection of the *astreinte* in the Statute's regulation, the dismissal discipline is only minimally covered by the coercive force of this institute, because there are several cases in which the application of the art. 18 is excluded. The primary limit is constituted by the same threshold of this article application: in addition to the age-old question of dimensional limits, the art. 18 is applied only to cases of employer's withdrawal in employment contracts concluded for an indefinite period. *Ça va sans dire*, in addition to the contractual categories that depart from the latter, the art. 18 shall not apply to employment contracts of not-subordinate nature. Not to mention that, in the *mare magnum* of labor law rules, as far as the discipline on dismissal constitutes the cornerstone of the employment relationship, there are many aspects of the same which would be worthy of discussion. The legislation on dismissal, albeit by way of example, photograph perfectly, through the opposition between the cases in which art. 18 is applied or not, the missed opportunity that art. 614 *bis* represent about the possibility of granting an additional procedural protection not only for workers but also for employers.

The reform of 2009 still has represented, for Italian legal system, an important milestone in the still current attempt to harmonize and transpose the institute of *astreintes*. About the labour legislation, it would be desirable, more than a generic action aimed at conferring organicity, the introduction of a specific institute in the ranks of the protection of the contractual party's instruments, according to the trends of French and German approach, allowing the current regulation to no more shine of reflected light, asserting itself as an actual remedy.

¹² French C. Cass. 29.05.1990 and 20.12.1993; Mondini, A. (2014) *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milan, Giuffrè; Capponi, B. (2011) *L'esecuzione processuale indiretta*, Milan, IPSOA; Trapuzzano, C. (2012) *Le misure coercitive indirette - come indurre il debitore ad adempiere*, Milan, CEDAM.



3. THE FRAMEWORK INTRODUCED BY ART. 614 BIS C.C.P.

Art. 49, par. 1, of L. 18 June 2009/69 introduced, into the Title IV of Chapter VI of the Book III of Italian Code of Civil Procedure, the new art. 614 *bis*, indexed "Fulfilment of unfungible proactive and passive obligations".

The general rule for the application of art. 614 *bis* C.C.P. is the fulfillment of unfungible proactive obligations due to a judgment after the failure to carry out the primary obligation, in accordance with art. 1218 of the Italian Civil Code, which identifies the compensation of damages as the main consequence.

In the Italian civil code, it is not possible to discern a definition of "obligation" or "fungibility of the performance": they are concepts born outside the judicial system, of an elastic nature, which refers to an evaluation of reality. A "good" can be defined as "unfungible" if, considered in its specificity, it's not replaceable with another of the same species and, therefore, in this case, the term can be applied also to a performance that is feasible only by the liable party or that, anyway, may not be fulfilled by a third, in place of the obliged, with identical satisfaction of the creditor's interests¹³. The norm, however, presents a contrast between the heading and the body of the text, since the first refers to the qualifying adjective "unfungible" only to positive (or proactive) obligations and not to passive (or *patti*) obligations, while the second lacks any reference to the obligation's unfungibility. The missing mention inside the said norm, even though it generated several doctrinal and judicial disputes, has led some to argue that the coercive measures may also be granted to force the fulfillment of fungible obligations.

The creditor, with this innovative tool, has the right to apply to the court in order to obtain a measure of condemnation, consisting in an order to fulfil and, in addition, for every violation and subsequent breach, or for every delay in the execution, the condemnation to pay

¹³ Ghiretti (1974) *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, Riv. dir. comm., Vol. I, p. 257; Consolo, C. & Godio, F. (2013) *Art. 614 bis – attuazione degli obblighi infungibili di fare o di non fare*, Commentario del Codice di Procedura Civile, Vol. VII, I, artt. 602 – 669quaterdecies, Milan, UTET; Balena, G. (2009) *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile, Giusto proc. civ.*, Naples, ESI, p. 800; Balena, G. (2016), *Istituzioni di diritto processuale civile, Vol. III: i processi speciali e l'esecuzione forzata*, Cacucci, Bari; Bonilini, G. (1985) *Pene private e danno non patrimoniale, Le pene private*, Giuffrè, Milan, 1985.



a certain sum of money¹⁴; if the order to fulfil will not be met, the sum of money prescribed in the condemnation measure could be considered as “enforceable title”, *ex-art. 474 c.c.p.*, i.e. a form of “psychological pressure” to load the debtor and to induce him to fulfill spontaneously the unfungible performance. The total sum due from the condemned debtor is determined by the judge, which takes account of the dispute’s value, of the provision’s nature, of the quantified or predictable damage and of any other useful circumstance. Since the determination is conducted before a court, the disputes about the adequacy of the determined sum are returned to the Court of Appeal and the analysis, since the financial penalty constitutes an enforceable procedural measure, is “on the judgment” and not “of substance”. Consequently, the Court of Cassation has full jurisdiction about the sanction determined by the court that gave the contested judgment, and the ruling is always challengeable *ex-art. 829, par. 1, c.c.p.*, even if the parties have not promoted the appeal for *errores in iudicando*.

3.1. Unfungible obligations.

The first category of unfungible obligations is referred to relations in which the status or the personal qualities of the debtor are decisive¹⁵, as for example: the obligation of a bank to restore the opening of credit granted to the customer and unlawfully closed by bank’s withdrawal from the contract¹⁶, or the obligation of the Registrar of Property Registers to erase the transcription of a seizure after that it had unlawfully refused to provide¹⁷.

¹⁴ Bove, M. (2010) *La misura coercitiva di cui all’art. 614 bis c.p.c.*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, Milan, p. 781 ss.; Busnelli, F. D. (1984) *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, *Resp. civ. e prev.*, p. 26.; Capponi, B. (2001) *Alcuni problemi su contraddittorio e processo esecutivo – alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione*, *Riv. esec. forz.*, p. 28; Castronovo, C. (1989) *Il risarcimento del danno in forma specifica come risarcimento del danno*, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. I, Jovene, Naples, p. 481.

¹⁵ Partisani, R. (2004) *Fungibilità e infungibilità nelle diverse specie di obbligazioni*, *Trattato delle obbligazioni*, Vol. I, Turin, p. 1503; Luiso, F. P. (2015) *Diritto processuale civile. Vol. III: il processo esecutivo*, Milan, Giuffrè; Mandrioli, C. (1955) *L’azione esecutiva*, Milan, Giuffrè; Mandrioli, C. (1957) *L’esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, *Noviss. dig. it.*, Turin, UTET, p. 766; Mandrioli, C. (2016) *Corso di Diritto Processuale Civile, ediz. minore. Vol. III: l’esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l’arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Turin, Giappichelli.

¹⁶ Trib. Catania, ord. 18 January 2004, *Giur. comm.*, 2005, Vol. II, p. 64.

¹⁷ Trib. Turin, ord. 2 July 2010, *Giur. it.*, 2011, p. 1123.



In second place, are to be considered as unfungible obligations those that requires a constant or prolonged activity, which cannot be achieved by the executant, in place of the debtor, taking account of the impossibility of “an authoritarian bargain in someone else’s sphere destined to last for an indefinite period”¹⁸.

Another category of unfungible obligations is that which endeavour the debtor to procure the fact or the consent of a third party, such as: the promise of the third party’s fact, figure to which is also comparable the obligation detected from preliminary sale of someone else’s good and the obligation of the seller of a property to obtain the habitability certificate in the interest of the buyer, for the release of which is responsible the Public Administration.

In the final analysis, also the obligations to deliver shall be considered “obligations to give”, in the technical sense, when the delivery entails, through the translation of possession, both the modification of the good’s legal situation and the obligation to provide consent to trading activities or to perform legal acts. Falls into this category the obligation to consent the negotiation in the final contract and the obligation, imparted to the creditor, to lend the necessary consent to reduce the mortgages registered in excess, *ex-art. 2882 c.c.*¹⁹.

Art. 614 *bis* c.c.p., however, couldn’t be applied in all those obligations, of various content, related to specific performances for which it makes sense to ask the *astreinte* in addition to condemnation, i.e. those family relationships, that make necessary to introduce new coercive measures on the basis of the European models (examples of unfungible obligations in this category are: the obligations arising from the marriage of fidelity, moral support, collaboration and cohabitation, and the parental responsibility, or the duty of the children to respect their parents, *ex art. 315 c.c.*); quite the contrary for the obligations related to the children custody, for whom, despite the doctrinal and judicial debate, it is possible to use the indirect execution.

The unfungibility could derive from “purely subjective considerations, i.e. by the inability of the creditor (or creditors), for economic reasons, to anticipate the (possibly) large sums of

¹⁸ Petti (2010) *Commento a Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, I contratti*, p. 682.

¹⁹ Trib. Bari, 10 maggio 2011, n. 365, *Dejure, Procedimento cautelare in materia civile - Provvedimento - in genere*.



money to obtain enforcement of proactive obligations which are objectively substitutable”²⁰ as, for example, the perpetration of execution for expropriation, that could be resolved through an obligation to fulfil. In this case, it could be realized the so-called procedural unfungibility, which would require a long time that can prejudice the interest of the entitled person²¹.

For what concerns, in conclusion, the unfungibility of negative obligations, undoubtedly deserve to be mentioned, by way of example: the obligation to refrain from competitive activities by the transferor company, *ex-art.* 2557 c.c.; the obligation to avoid noisy tasks beyond certain limits of time, *ex-art.* 844 c.c.; the obligation to not hinder the exercise of a right with behaviors and emulative acts, *ex-art.* 833 c.c.²², and the obligation to not carry out a certain activity in the implementation of the social pacts, *ex-art.* 1953 c.c.

3.2. Indirect execution and its relation to art. 2932 c.c.

Among the remedies provided for the fulfillment of the preliminary contract, in the Italian law, is highlighted art. 2932 c.c., indexed as “specific execution of the obligation to conclude a contract”. This tool is one of the remedies available in civil process and represents the possibility for a party in good faith, who legitimately entrusted in the counterpart, to obtain a constitutive ruling, through which the judge acts in place of the defaulting party and concludes the final contract.

²⁰ Proto Pisani, A. (2010) *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, *Foro it.*, Vol. V, p. 257 ss.; Zucconi Galli Fonseca, E. (2010) *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 201 ss.

²¹ Mazzamuto S. (2009) *Le comminatorie di cui all’art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, *Europa e dir. priv.*, Milan, Giuffrè, p. 947 ss.; Chizzini A., *Dell’esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare, commento all’art. 614 bis, La riforma della giustizia civile, Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n.69/2009*, Turin, Giappichelli, 2009, p. 176; Mandrioli, C. (1976) *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1342; Mandrioli, C. & Caratta, A. (2009) *Come cambia il processo civile*, Turin, Giappichelli; Tedioli, F. (2013) *Osservazioni critiche all’art. 614 bis cod. proc. civ.*, *Nuova giur. civ. comm.*, Vol. 2, p. 78.

²² Trib. Varese, ord. 17 February 2011, *Dejure - Sentenze di merito*.



Part of doctrine argues that also the obligation to conclude a contract falls within the scope of application of the art. 614 *bis* c.c.p.²³.

Some hypothesis of conceptual incompatibility are therefore found in relation to the actions aimed at obtaining the fulfillment of a contractual obligation or at the dissolution of the negotiating constraint: in the first case, in fact, the creditor asks for the specific execution of a contractual obligation, *ex-art.* 2932 c.c., which is effective regardless of the conduct, active or passive, of the defendant-debtor; in such a scenario, the *astreinte* would make no sense, since it cannot be found an obstacle to the effectiveness of judicial decision in the behavior that the latter subject could hold. A conceptual and functional incompatibility, instead, is that of the actions of the second group, as the “termination of the contract for failure to fulfill obligations”, *ex-art.* 1453 c.c.: if the creditor have no more interest to the fulfillment of the obligation, because of the negotiation’s attitude, of the aims pursued or of the provision implementation’s time, and he applies to the court with the action for resolution of the contract, is evident how the condemnation *ex-art.* 614 *bis* c.c.p. would have no more meaning; conversely, nothing excludes that those who ask judicially the fulfillment and, as an alternative, the resolution, may request, as ancillary to the main question, the application of the financial penalty, as well as nothing prevents the creditor, once obtained the measure of condemnation with the appended coercive measure, to act for the resolution, with consequent automatic cessation of the *astreinte* at the time of the commencement of the new application.

The indirect coercive measure is, therefore, the only alternative to the residual remedy of damage compensation *ex-art.* 1218 c.c., indexed as "Liability of the debtor".

²³ Consolo, C. (2009) *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis), va ben al di là della sola dimensione processuale*, *Corr. giur.*, IPSOA, Vol. 6, p. 741 ss.; Cipriani, V. F., Civinini, M. G. & Proto Pisani, A. (2001) *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, *Foro it.*, Vol. V, p. 81; Patti, S. (1998) *Pena Privata*, *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Vol. XIII, Turin, UTET, p. 349; Saletti, A. (2009) *Commento all’art. 614 bis, Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Turin, UTET, p.100.



3.3. The manifest iniquity as a negative limit.

Art. 614 *bis* c.c.p. provides the so-called “negative limit of manifest iniquity”, taking into analysis the principle for which “nobody can be condemned to impossible obligations”. So, the legislator, enshrining the exclusion of indirect coercive measures “if this is manifestly unfair”, looks decidedly with detriment to further coercion deriving from condemnation, highlighting an intolerance to the compulsory provision. Part of the doctrine considers that it is possible to use some other typical remedies to meet creditor’s interest, such as the obligation to conclude a contract *ex-art.* 2932 c.c. The iniquity must, therefore, be clear, and the misapplication of art. 614 *bis* c.c.p. have to affect the rights of the defense, i.e. straight to the execution, which can be deduced from both the art. 24 of the Italian Constitution, which establishes that “all may take legal action for the protection of their rights and legitimate interests”, and the principle of “fair trial”, regulated by art. 111 of Italian Constitutional Charter, returning to the equity of the Judge the examination of each specific case, motivating his choices when he apply the limit²⁴.

3.4. Public order limit: the Italian Supreme Court ruling 15 April 2015, n. 7613.

Recently the Italian Court of Cassation, with the judgment of 15 April 2015 n. 7283, ruled on the question of the *astreinte*’s compatibility with the public order. The Court affirmed the principle of law according to which “the *astreintes* provided in other jurisdictions, aimed, with the payment of a sum which increases with the continuation of the infringement, to constitute a coercion to propitiate the fulfilment of obligations not subjected to specific execution, are not incompatible with the Italian public order”, hold the presence, in the code of civil procedure’s *corpus*, of an institute such as that contained in art. 614 *bis* c.c.p., thereto similar. The reasoning adopted by the Supreme Court was to not trespass into the so-called unjustified enrichment, thus avoiding the introduction of the institution of punitive damages in

²⁴ Mondini, A. (2014) *L’attuazione degli obblighi infungibili*, Giuffrè; Montesano, L. (1965) *Condanna civile e tutela esecutiva*, Neaples, p. 5 ss.; Cendon, P. (1979) *Pena privata e diffamazione*, *Pol. dir.*, Bologna, Il Mulino, p. 149; Chiovenda, G. (1960) *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., Neaples, Jovene; Satta, S. (1952) *L’esecuzione forzata*, *Tratt. Dir. Civ.* Vassalli, Turin, UTET, p. 207; Scognamiglio, R. (1957) *Il risarcimento del danno in forma specifica*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Vol. I, p. 201; Scognamiglio, R. (1971), *Indennità (dir. civile)*, *Enc. dir.*, Vol. XXI, Milan, Giuffrè, pp. 99-593.



the legal system, and to restore the damage-event, i.e. the lesion, diverting what is the classic model of the damage-consequence, i.e. the mere reparation of the damage suffered.

The interesting aspect brought to light with the aforementioned judgment is the difference between compensation for damage, *astreinte* and punitive damages institutions, as: the first one would have a reintegrative function; the second one would have a coercive function “not by repairing the damage in favour of those who have suffered, but threatening a damage against those who behave in an undesired way”, and the third one aims to the future fulfilment of the obligation “remaining its own content of to sanction the responsible”.

When the Ermines speak of “opposition to public order”, they do not intend to relate it to a concept of diversity but to a profile of lawfulness, given the assumption that the public order refers to the fundamental principles of the Constitution and of the entire legal system, characterising the ethical and social structure of the community in each historical period and so dictating an evolutionary interpretation of the system.

The caution of the Italian legal system in respect of punitive damages it is recovered in the division between civil liability (contractual and/or non-contractual) and criminal liability (of objective nature) since the monopoly of penal sanctions is placed in the hands of the State, i.e. the Legislator, and this mechanism does admit no exceptions, because the primary source of criminal ruling is the law, constituted by the Penal Code; this can be confirmed, for example, by the art. 1223 c.c., indexed “Damages compensation”, which would base the idea that the sole aim of compensation is to restore the injury suffered, and therefore the recognition of a sanctionary function would imply an unjustified enrichment.

In addition to the art. 614 *bis* c.c.p., the judges of the Court of Cassation mention as indirect coercive measures those provided for: patents and trademarks; art. 114, par. 4(e), of the Code of the administrative process (D. Lgs. 104/2010), which apply the *astreinte* mechanism to sanction the breach of Public Administration to comply with a ruling; art. 140, par. 7, of the Consumer Code (D. Lgs. 206/2005); art. 709 *ter* c.c.p.



The last reference should be made to art. 96, par. 3, c.c.p., indexed “Aggravated responsibility”, which falls within the cases of the so-called “malicious prosecution” and expresses the intention to discourage the abuse of the process while preserving the functionality of the system of justice, deflating the unjustified litigation and favoring the use of instruments of alternative dispute resolution. The mechanism hasn’t a pure sanctionative nature, resulting in an *ex officio* penalty; however, it would seem appropriate to limit the applicability of the provision to those activities that are subjectively attributable to the respondent party, in the form of malice or gross negligence, or for a conduct which has determined a voluntary elongation of the processual terms²⁵. In fact, part of doctrine argues that, although the aforementioned article is not purely reparatory, it isn’t automatically qualifiable as punitive, being able to be labeled as “private punishment”, distinguishing itself for the lack of a necessary correspondence to a pecuniary advantage²⁶.

3.5. Facebook case study: court order of Reggio Emilia Court 15 April 2015, n.384.

A practical application of art. 614 *bis* c.c.p. can be found in the ordinance of 15 April 2015 n. 384 by the Court of Reggio Emilia, that concerns the application of *astreinte* to a case of insults and defamation on Facebook and the related urgency protection.

The applicant has brought the case before the Court by an appeal *ex-art.* 700 c.c.p., indexed “Of urgent measures”, that provides such as “conditions for granting”: the reason to fear the dissatisfaction of the right, i.e. the *periculum in mora*; the imminent and irreparable threat of an injury or a damage during the time necessary to defend the right in an ordinary judgement; the absence of another suitable precautionary measure; the accusation and the demonstration of the likely merits of its application, i.e. the *fumus boni juris*).

²⁵ Trib. Terni, 17 May 2010; Trib. Varese, 27 May 2010 e Trib. Verona, 28 February 2014, www.iusexplorer.it.

²⁶ Sciaratta, N. (1960) *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, www.dirittocivilecontemporaneo.com, VII, Vol. III; Trimarchi, V. M. (1960) *Caparra (dir. civile)*, *Enc. dir.*, Vol. VI, Milan, Giuffrè, p.191; Vassalli, G. (1938) *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, Turin, UTET; Carratta, A. & Mandrioli, C. (2016) *Diritto processuale civile. Vol IV: L’esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali*, Turin, Giappichelli.



The Court has upheld the precautionary instance aimed to inhibit to the resistant the undue publication on the Facebook platform of posts with abusive and defamatory content, ordering to the same resistant the immediate cessation, further setting, having regard to the art. 614 *bis* c.c.p., a sum of money (€ 100,00) owed by the obliged for each infringement or breach of the order and for each day of delay in the removal of the posts.

The provision, relating to the implementation of unfungible proactive or passive obligations, introduces the possibility of fixing, with the condemnation (constituting enforceable title), a sum of money owed by the obligor for each infringement or breach, or for every day of delay in carrying out the measure applied by the judge, “taking account of the value of the dispute, of the provision’s nature, of quantified or predictable damage and of any other useful circumstance”, where this is not manifestly unfair.

In the mentioned case there were all the conditions for the urgency protection *ex-art.* 700 c.c.p.: the infringement of a personal right constitutionally guaranteed *ex-art.* 2, that “recognizes and guarantees the inviolable rights” (the conduct is also a criminal offense of defamation, *ex-art.* 595 p.c., which punishes whoever offends the reputation of others in the absence of the offended person with imprisonment of up to one year and a penalty of up to € 1032,91); the *fumus boni juris*; the possible injury that may be caused to the aforesaid right in the ordinary proceedings and, then, the actual and current fear that the right could be exposed to a serious and irreparable damage (*periculum in mora*); the absence into the legal system of a typical precautionary measure appropriate to guarantee the effectiveness of the protection (residuality).

The possibility to include the protective pronouncements in the measures laid down in art. 614 *bis* c.c.p., as also the decrees issued *inaudita altera parte ex-art.* 669 *sexies* c.c.p. and those of urgency referred to art. 700 c.c.p., is recognized by doctrine and jurisprudence, because the measure issued as precautionary, when suitable to anticipate the effects of the judgment on the merits, acquires definitive effectiveness, since the establishment of proceedings on the



merits is purely optional, and this mechanism realizes the deflation aims *ex-art. 669 octies c.c.p.*²⁷.

REFERENCES

Albi, P. (2007) *Stabilità del posto di lavoro e accezione “debole” del rapporto di lavoro*, *Lav. dir.*, Vol. 4.

Alessandri, A. (1981) *Il problema delle misure coercitive e l’art. 388 c.p.*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*

Balena, G. (2009) *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, *Giusto proc. civ.*, Naples, ESI.

Balena, G. (2016), *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. III: *i processi speciali e l’esecuzione forzata*, Cacucci, Bari.

Benatti, F. (2008), *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milan.

Blomeyer, A. (1975), *Zivilprozessrecht. Vollstreckungsverfahren*, Berlino-Heidelberg-New York.

Bonilini, G. (1985) *Pene private e danno non patrimoniale*, *Le pene private*, Giuffrè, Milan, 1985.

Borrè, G. (1966) *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, Naples, Jovene.

Bove, M. (2010) *La misura coercitiva di cui all’art. 614 bis c.p.c.*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, Milan.

Busnelli, F. D. (1984) *Verso una riscoperta delle «pene private»?* , *Resp. civ. e prev.*

Capponi, B. (1999) *Astreintes nel processo civile italiano?*, *Giust. Civ.*, Vol. II.

²⁷ Cuofano, A. C. (2015) *L’astreinte (art. 614 bis c.p.c.) applicato ad un caso di ingiurie su Facebook: l’analisi dell’ordinanza del Tribunale e dell’istituto*, www.camminodiritto.it.



Capponi, B. (2001) *Alcuni problemi su contraddittorio e processo esecutivo – alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione*, Riv. esec. forz.

Capponi, B. (2011) *L'esecuzione processuale indiretta*, Milan, IPSOA.

Carratta, A. & Mandrioli, C. (2016) *Diritto processuale civile. Vol IV: L'esecuzione forzata, i procedimenti sommari, cautelari e camerali*, Turin, Giappichelli.

Castronovo, C. (1989) *Il risarcimento del danno in forma specifica come risarcimento del danno, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. I, Jovene, Neaples.

Cendon, P. (1979) *Pena privata e diffamazione*, Pol. dir., Bologna, Il Mulino.

Chiovenda, G. (1960) *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., Neaples, Jovene.

Chizzini A., *Dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare, commento all'art. 614 bis, La riforma della giustizia civile, Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n.69/2009*, Turin, Giappichelli, 2009.

Cipriani, V. F., Civinini, M. G. & Proto Pisani, A. (2001) *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, Foro it., Vol. V.

Consolo, C. & Godio, F. (2013) *Art. 614 bis – attuazione degli obblighi infungibili di fare o di non fare, Commentario del Codice di Procedura Civile*, Vol. VII, I, artt. 602 – 669quaterdecies, Milan, UTET.

Consolo, C. (2009) *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis), va ben al di là della sola dimensione processuale*, Corr. giur., IPSOA, Vol. 6.

Costantinesco, L. J. (2009) *Il metodo comparativo*, Sist. Giur. Comp., Giappichelli, Turin.

Cremonini, C. (1984) *An Italian Lawyer Looks at Civil Contempt – From Rome to Glastombury*, 3CJQ.

Crivelli, A. (2005) *Penalità di mora, astreintes, figure consimili, I danni risarcibili nella responsabilità civile*, Vol. I, (Cendon, P.) *Il danno in generale*, Utet, Turin.



Cuofano, A. C. (2015) *L'astreinte (art. 614 bis c.p.c.) applicato ad un caso di ingiurie su Facebook: l'analisi dell'ordinanza del Tribunale e dell'istituto*, www.camminodiritto.it

De Stefano, F. (2009) *L'esecuzione indiretta: la coercitoria via italiana alle "astreintes"*, *Corr. del merito*, Vol. V, 12.

Dobbs, D. B. (1971) *Contempt of Court: A survey*, 56 *CorLr*.

Dondi, A. (1981) *L'Astreinte endoprocedurale*, *Riv. Dir. Proc. Civ.*

Fava, P. (2007) *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, *Corr. giur.*

French C. Cass. 29.05.1990 and 20.12.1993.

Freni, A. & Giugni, G. (1971) *Lo Statuto dei Lavoratori, Commento alla legge 20 maggio 1970, n.300*, Milan, Giuffrè.

Frignani, A. (1974) *L'Injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milan, Giuffrè.

Garofalo, M. G. (1979) *Art. 18, lo Statuto dei Lavoratori, Commentario diretto da G. Giugni*, Milan, Giuffrè.

Ghera, E. (1989) *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Vol. II, Naples, Jovene.

Ghiretti (1974) *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, *Riv. dir. comm.*, Vol. I.

Guinchard, S. & Moussa, T. (1996) *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris.

Iuorio, M. A. & Fanelli, G. (2011) *La penalità di mora nel diritto italiano, L'esecuzione processuale indiretta*, Milan, IPSOA.

Iuorio, M. A. & Fanelli, G. (2013) *La penalità di mora nel diritto italiano, L'esecuzione processuale indiretta*, Milan, IPSOA.

Jacob, J. I. H. (1987) *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna.

Luiso, F. P. (2015) *Diritto processuale civile. Vol. III: il processo esecutivo*, Milan, Giuffrè.



- Mandrioli, C. & Caratta, A. (2009) *Come cambia il processo civile*, Turin, Giappichelli.
- Mandrioli, C. (1955) *L'azione esecutiva*, Milan, Giuffrè.
- Mandrioli, C. (1957) *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, *Noviss. dig. it.*, Turin, UTET.
- Mandrioli, C. (1975) *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, *Riv. dir. proc.*
- Mandrioli, C. (1976) *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Mandrioli, C. (2016) *Corso di Diritto Processuale Civile, ediz. minore. Vol. III: l'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Turin, Giappichelli.
- Marazia, L. (2004) *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, *Riv. esec. forz.*, Vol. II, Utet, Turin.
- Mattei, U. (2010) *Il modello di common law*, *Sist. giur. comp.*, 3rd ed., Giappichelli, Turin.
- Mazzamuto S. (2009) *Le comminatorie di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, *Europa e dir. priv.*, Milan, Giuffrè.
- Mazzotta, O. (1999) *I licenziamenti*, Milan, Giuffrè.
- Minneci, U. (1997) *Coercibilità dell'ordine di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato*, *Lav. giur.*, Vol. 101.
- Mondini, A. (2014) *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Giuffrè.
- Mondini, A. (2014) *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milan, Giuffrè.
- Mondini, A. (2014) *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milan, Giuffrè.
- Montesano, L. (1965) *Condanna civile e tutela esecutiva*, Neaples.
- Muggia, S. (2009) *Risarcimento del danno per mancata esecuzione della reintegrazione*. *Il commento*, *Lav. giur.*



Napoli, M. (2006) *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Turin.

Padovani, T. (1975) *Ordine di reintegrazione del lavoratore e art. 388 cpv., c.p., Dir. lav.*, Vol. II.

Pardolesi, P. (2003) *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, *Riv. dir. civ.*, Vol. 1.

Pardolesi, P. (2012) *Contratto, nuove frontiere rimediali, disgorgement v. punitive damages*, *Collana della II Facoltà di Giurisprudenza – Sede di Taranto*, University of Bari – Aldo Moro, Bari, Cacucci.

Partisani, R. (2004) *Fungibilità e infungibilità nelle diverse specie di obbligazioni, Trattato delle obbligazioni*, Vol. I, Turin.

Patti, S. (1998) *Pena Privata, Dig. disc. priv., sez. civ.*, Vol. XIII, Turin, UTET.

Perrot, R. (1996) *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, *Riv. dir. proc.*

Petti (2010) *Commento a Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, I contratti*.

Proto Pisani, A. (1978) *Appunti sulla tutela di condanna*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*

Proto Pisani, A. (1982) *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, *Foro it.*, Vol. V.

Proto Pisani, A. (2010) *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, *Foro it.*, Vol. V.

Riccardi, A. (2007) *Tutela reale versus tutela obbligatoria tra ideologia e tecnica*, *ADL*, Vol. 6.

Saletti, A. (2009) *Commento all'art. 614 bis, Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Turin, UTET.

Santagada, F. (2013) *Commento al D. lgs. 1 settembre 2011, n.150, Commentario delle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Turin, Giappichelli.

Satta, S. (1952) *L'esecuzione forzata*, *Tratt. Dir. Civ.* Vassalli, Turin, UTET.



Sciaratta, N. (1960) *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, www.diritto civile contemporaneo.com, VII, Vol. III.

Scognamiglio, R. (1957) *Il risarcimento del danno in forma specifica*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Vol. I.

Scognamiglio, R. (1971), *Indennità (dir. civile)*, *Enc. dir.*, Vol. XXI, Milan, Giuffrè.

Taruffo, M. (1988) *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, *Riv. Trim. dir. proc. civ.*

Tatarelli, M. (2006) *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, p. 43 ss.;
Meucci, M. (1999) *Risarcimento di danno, reintegra e opzione per l'alternativa economica, in caso di licenziamento invalido*, *Riv. crit. dir. lav.*

Tedioli, F. (2013) *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, *Nuova giur. civ. comm.*, Vol. 2.

Trapuzzano, C. (2012) *Le misure coercitive indirette - come indurre il debitore ad adempiere*, Milan, CEDAM.

Trapuzzano, C. (2012) *Le misure coercitive indirette - come indurre il debitore ad adempiere*, Milan, CEDAM.

Trapuzzano, C. (2012) *Le misure coercitive indirette*, Padova, Cedam.

Trib. Bari, 10 maggio 2011, n. 365, *Dejure*, *Procedimento cautelare in materia civile - Provvedimento - in genere*.

Trib. Catania, ord. 18 January 2004, *Giur. comm.*, 2005, Vol. II.

Trib. Terni, 17 May 2010; Trib. Varese, 27 May 2010 e Trib. Verona, 28 February 2014, www.iusexplorer.it.

Trib. Turin, ord. 2 July 2010, *Giur. it.*, 2011.

Trib. Varese, ord. 17 February 2011, *Dejure - Sentenze di merito*.

Trimarchi, V. M. (1960) *Caparra (dir. civile)*, *Enc. dir.*, Vol. VI, Milan, Giuffrè.



Vallebona, A. (1995) *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, Cedam.

Vallebona, A. (2009) *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, *Mass. giur. lav.*

Varano, V. (1989) *Contempt of Court, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Naples, Jovene.

Vassalli, G. (1938) *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, Turin, UTET.

Ziliotti, M. G. (1993) *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Turin, Giappichelli.

Zucconi Galli Fonseca, E. (2010) *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*

Zuliani, A. (2010) *L'astreinte (o comminatoria o coercitoria o misura coercitiva), relazione diffusa nell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema della riforma delle norme sul rito civile introdotta dalla legge n.69/2009*, Rome.



Über einige Besonderheiten des bulgarischen Sicherungsverfahrens und der Verordnung Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

(Some particularities of the Bulgarian procedural law concerning protective measures and Regulation No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters)

Valentina Popova

Professor of Civil Procedure at the Sofia University 'St. Kliment Ohridski' and in at the South-west University 'Neofit Rilski' in Blagevgrad, Bulgaria.

Keywords: procedural law concerning protective measures; Regulation No 1215/2012; protective measures; respondent; protective order

Summary: The article examines certain particularities of the Bulgarian procedural law concerning protective measures and Regulation No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Pursuant to the second paragraph of Art. 2(a) of the Regulation, for the purposes of Chapter III, the term 'judgment' does not include a protective measure which is ordered by a court without the defendant being summoned to appear, unless the judgment containing the measure is served on the defendant prior to enforcement. In accordance with the Bulgarian procedural law



concerning protective measures the defendant is not served with a copy of the claim for issuance of a protective measure. The court rules on the claim in chambers on the day such claim has been filed with the court and without the defendant being summoned to appear or being heard. For this reason, in the certificate issued on the ground of Art. 53 of the Regulation, the Bulgarian court (as the court of origin) shall explicitly note under item 4.3.2 of the sample form that the judgement has been delivered without the defendant being summoned to appear but have not appeared before the court. Under Bulgarian law the court issues the protective measure under the claim by way of a court resolution. In this resolution, the court explicitly determines the type of the protective measure. On the basis of this resolution and simultaneously with it, the court issues the order for the implementation of the protective measure even before the court resolution entered into force. The law does not provide for the defendant to be served with a copy of the resolution and the order for the implementation of the protective measure. The provision of Art. 396, para. 1 of the Civil Procedure Code ('CPC') only stipulates that the term period for appeal of the court resolution for permitting the preservation measure by means of attachment begins to run for the defendant from the day he had been served with the notice for the already imposed attachment measure by the bailiff (the enforcement authority). That is the reason why in practise the court does not serve the defendant with the abovementioned two acts granted in the course of the proceedings for the issuance of protective measures. The service of the defendant with a copy of the resolution and the order for the implementation of the protective measure has not been provided also in Art. 400, para 1 CPC. The provision of Art. 396, para. 2 CPC has not been drafted in line with the new legal principle in Art. 7, para 2 CPC pursuant to which the court serves to the parties the courts acts and resolutions which are subject to appeal separately. Due to these reasons, the Bulgarian court is not in the position to issue the certificate under Art. 53 of Regulation 1215/2012. In item 4.5 under the certificate it has to be noted that the resolution and the order for the implementation of the protective measure have been already served to the defendant on the date of the issuance of the certificate. And exactly the certificate under Art. 53 of the Regulation accompanies the act of the court and is the passport by means of which it can move and the act may be enforced in another EU member state. Another serious problem related to



the recognition and enforcement of protective measures issued by the Bulgarian court as a court to the substance of the matter is the possibility for appeal of the court resolution.

Schlüsselwörter: Sicherungsverfahren; Verordnung Nr. 1215/2012; Beklagte; Sicherungsmaßnahme; Sicherungsbefehl

Zusammenfassung: Der Artikel untersucht einige Besonderheiten des bulgarischen Sicherungsverfahrens und der Verordnung Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Gemäß Art. 2 B. „a“ Abs. 2 der Verordnung Nr. 1215/2012 umfasst der Ausdruck „Entscheidung“ für die Zwecke von Kapitel III keine Sicherungsmaßnahmen, die vom Gericht angeordnet wurden, ohne dass der Beklagte vorgeladen wurde, es sei denn, die Entscheidung, welche die Maßnahme enthält, wird ihm vor der Vollstreckung der Sicherungsmaßnahmen zugestellt. Im bulgarischen Sicherungsverfahren wird dem Beklagten keine Abschrift des Antrags auf Sicherung der Klage überreicht. Das Gericht verhandelt am Tag dessen Einreichung, in einer Sitzung, ohne dass der Beklagte vorgeladen und angehört wird. Deshalb sollte in der Bescheinigung, die das bulgarische Gericht als Ursprungsgericht gemäß Artikel 53 der Verordnung als Formblatt im Anhang I ausstellt, unter P. 4.3.2. ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass der Beschluß über die Klagesicherung ohne die Vorladung und Anhörung des Beklagten ergangen ist. Nach bulgarischem Recht zulässt das Gericht die Sicherung der Klage durch Beschluß. In diesem Beschluß nennt das Gericht ausdrücklich auch die Sicherungsmaßnahme. In diesem Beschluß nennt das Gericht ausdrücklich auch die Sicherungsmaßnahme. Auf Grund dieses Beschlusses und zeitgleich damit, ohne seine Rechtskräftigkeit abzuwarten, erteilt das Gericht einen Sicherungsbefehl. Es ist nicht vorgesehen, dass das Gericht dem Beklagten eine Abschrift des Beschlusses und des Sicherungsbefehls zustellt. Art. 396 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass die Frist zur Einlegung von Beschwerden gegen den Beschluß, durch den eine Sicherung durch Pfändung angeordnet wurde, für den Beklagten ab dem Tag läuft, an dem ihm die Mitteilung über die durch den



Gerichtsvollzieher durchgeführte Sicherungsmaßnahme überreicht wird. Deshalb stellt das Gericht in der Praxis keine Kopie der besagten zwei Schriftstücke zu, die es im Rahmen des Sicherungsverfahrens erteilt. Im Art. 400 Abs. 1 ZPO ist es nicht vorgesehen, dass der Gerichtsvollzieher eine Abschrift des Sicherungsbefehls oder des Gerichtsbeschlusses aushändigt. Art. 396 Abs. 2 ZPO und Art. 400 Abs. 1 ZPO entsprechen nicht dem neuen Grundsatz von Art. 7 Abs. 2 ZPO, nach welchem den Parteien eine Abschrift der Entscheidungen zugestellt werden muß, gegen die Beschwerden getrennt eingelegt werden können. Aus den oben aufgeführten Gründen kann das bulgarische Gericht die Bescheinigung nach Art. 53 der Verordnung 1215/2012 nicht ausstellen. Unter P. 4.5. muß angegeben werden, dass zum Tag der Ausstellung der Bescheinigung der Beschluß über die Zulassung der Klagesicherung sowie der Sicherungsbefehl, durch welchen das Gericht die konkrete Sicherungsmaßnahme angeordnet hat, dem Beklagten ausgehändigt worden sind. Ein anderes großes Problem im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung der vom bulgarischen Gericht als Gericht in der Hauptsache zugelassenen und angeordneten Sicherungsmaßnahmen, ist die Berufung des Gerichtsbeschlusses (Art. 396, Abs. 2, II ZPO).

I. Das Sicherungsverfahren ist im Teil Vier der ZPO geregelt, der auch diesen Titel trägt. In der bulgarischen Prozeßwissenschaft wird seit Jahrzehnten die Auffassung vertreten, dass das Sicherungsverfahren ein eigenständiges Verfahren ist, selbst wenn es auch in funktionaler Verbindung mit dem Klage- und Vollstreckungsverfahren steht¹. Die systematische Einordnung der Regelungen zeigt, dass der Gesetzgeber auch davon ausgeht².

¹ Вж. S. Popova, V. im Stalev, G., Mingova, A., Popova, V., Stamboliev, O., Ivanova, R. Bulgarische Zivilprozeßrecht /Българско гражданско процесуално право/, S., 2012, IX Aufl., Verl. "Сиела", S. 1204-1209.

² Trotzdem wird in der Auslegungsentscheidung Nr.1/2010 des Plenums der Abteilungen für Zivil- und Handelssachen des Obersten Kassationsgerichts im Hinblick auf die Möglichkeit zur Kassationsbeschwerde bei dem Obersten Kassationsgericht gegen vom Berufungsgericht über Beschwerden gegen Beschlüsse des erstinstanzlichen Gerichts erlassene Beschlüsse festgestellt, dass das Sicherungsverfahren „kein besonderes /eigenständiges/ Verfahren im Sinne von Art. 274 Abs. 3 Nr. 2 ZPO ist (ein Teil der Richter hat allerdings ein Sondervotum verfasst).



Es wird manchmal darauf hingewiesen, dass die Anwendung der Verordnung Nr. 1215/2012 im Hinblick auf die Sicherungsmaßnahmen nur Zivil- und Handelssachen betrifft, die einen grenzüberschreitenden (innerhalb der EU) Bezug aufweisen. Das Klageverfahren könnte aber keinen solchen Bezug aufweisen, dieser Bezug könnte sich vielmehr in der funktionalen Verbindung zwischen dem Klage-, dem Sicherungs- und dem Vollstreckungsverfahren ausdrücken. Gemäß Art. 62 der Verordnung können der Kläger und der Beklagte ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet ein und desselben Mitgliedstaates haben, das Klageverfahren könnte jedoch keinen grenzüberschreitenden (innerhalb der EU) Bezug aufweisen. Wenn aber der Beklagte Vermögen in einem anderen Mitgliedstaat hat, auf das die Vollstreckung einer Sicherungsmaßnahme beantragt wurde, so ist in diesem Falle der grenzüberschreitende Bezug gegeben. Das Ziel ist, die Vollstreckung der Entscheidung im anderen Mitgliedstaat zu sichern. Es kommt nicht selten vor, dass bulgarische Staatsangehörige, die in Bulgarien leben und hier auch ihren ständigen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt haben, Vermögen in einem anderen Mitgliedstaat besitzen; das gilt auch für bulgarische juristische Personen. Besonders häufig kommt es vor, dass ausländische juristische Personen in Bulgarien Betriebsstätten, Niederlassungen, Vermögen haben.

II. Gemäß Art. 2 Buchstabe „a“ Absatz 2 der Verordnung umfasst der Ausdruck „Entscheidung“ für die Zwecke von Kapitel III „ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG“ auch Sicherungsmaßnahmen, die von einem nach dieser Verordnung in der Hauptsache zuständigen Gericht angeordnet wurden. Hierzu gehören aber keine Sicherungsmaßnahmen, die von einem solchen Gericht angeordnet wurden, ohne dass der Beklagte vorgeladen wurde, es sei denn, die Entscheidung, welche die Maßnahme enthält, wird ihm vor der Vollstreckung zugestellt³.

Diese Bestimmung beruht auf Erwägungsgrund 33 der Verordnung.

Das Gericht, das nach den Bestimmungen der Verordnung Nr. 1215/ 2012 in der Hauptsache zuständig ist – sowohl wenn die Sache bei ihm anhängig ist, als auch wenn eine

³ Dies sollte die Anerkennung und Vollstreckung solcher Maßnahmen gemäß einzelstaatlichem Recht nicht ausschließen.



Klage noch zu erheben ist – kann grundsätzlich jede Sicherungsmaßnahme anordnen, einschließlich über Vermögen, das sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet. Aus dem Argument von Art. 24 Abs. 1 der Verordnung folgt, dass das für die Klage wegen einer Geldforderung zuständige Gericht keine Sicherungshypothek auf eine unbewegliche Sache anordnen kann, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates befindet. Deshalb stellt sich die Frage nach deren Vollstreckung in einem anderen Mitgliedstaat praktisch nicht. Es wird sich aber die Frage nach der Zwangsvollstreckung der in der Hauptsache erlassenen Entscheidung stellen, bezüglich der die Sicherungshypothek auf eine unbewegliche Sache angeordnet wurde. Interessant in diesem Fall ist die Frage nach der Möglichkeit zur Bestellung einer Sicherungshypothek zur Sicherung einer eingeklagten Forderung /z.B. einer Geldforderung/, für die nach den Bestimmungen der Verordnung das Gericht eines anderen Mitgliedstaates zuständig ist. Das Klageverfahren wird nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaates durchgeführt, dessen Gericht in der Hauptsache zuständig ist, während das Sicherungsverfahren nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaates durchgeführt wird, in dem sich die unbewegliche Sache befindet. Besonders interessant steht es um die Sicherung einer noch zu erhebenden Klage. Und zwar deshalb, weil das Gericht, bei dem die Sicherung der zukünftigen Klage beantragt wird, auch die Zulässigkeit dieser Klage nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaates prüfen müsste, in welchem sich das für die zu erhebende Klage zuständige Gericht befindet.

Das bulgarische Gericht als in der Hauptsache zuständige Gericht ist jedoch nicht gehindert, eine Pfändung des Bankkontos des Beklagten bei einer Bank mit Sitz in Griechenland, Deutschland oder Italien anzuordnen. Das bulgarische Gericht ist auch nicht gehindert, eine Sicherung durch Pfändung auf in Griechenland, Deutschland oder Italien befindliche bewegliche Sachen anzuordnen. Wenn das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständige Gericht eine Sicherungsmaßnahme auf ein in einem anderen Mitgliedstaat befindliches Vermögen angeordnet hat, stellt sich die Frage nach der Anerkennung und Vollstreckung der Sicherungsmaßnahme und der Anwendung von Art. 2 und Kapitel III der Verordnung 1215/2012 der durch das Gericht angeordneten Sicherungsmaßnahme.



Gemäß Art 35 der Verordnung können die im Recht eines Mitgliedstaates vorgesehenen Sicherungsmaßnahmen bei den Gerichten dieses Mitgliedstaates auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen Mitgliedstaates zuständig ist.

Werden einschließlich Sicherungsmaßnahmen von einem Gericht eines Mitgliedstaates angeordnet, das für die Entscheidung in der Hauptsache nicht zuständig ist, sollte die Wirkung dieser Maßnahmen auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates gemäß dieser Verordnung beschränkt werden (Erwägungsgrund 33 der Verordnung).

III. Spezifisch für den Ansatz des bulgarischen Gesetzgebers ist, dass die durch das Sicherungsverfahren bezweckte Verteidigung schnell und unerwartet erfolgen soll. Es wird die Auffassung vertreten, dass die Sicherung der Klage eine überraschende Wirkung auf den Beklagten haben soll, indem sie ihm die Möglichkeit zur Entkräftung der durch die Klage angestrebten Verteidigung entzieht, noch bevor er die Änderungen vornehmen konnte, welche das Recht des Klägers gefährden würden.

Die ganze Regelung des Sicherungsverfahrens lässt dieses Bestreben der Sicherungsverteidigung erkennbar werden. Dem Beklagten wird keine Abschrift des Antrags auf Sicherung der Klage überreicht. Über den Antrag auf eine Klagesicherung verhandelt das Gericht noch am Tag dessen Einreichung, in einer Sitzung, ohne dass der Beklagte vorgeladen und angehört wird⁴. Deshalb ist er auch nicht in der Lage, seine Einrede gegen die Klage einzureichen. Das Ziel ist, wie bereits erwähnt, eine schnelle und überraschende Wirkung zu erreichen. Es wird nämlich davon ausgegangen, dass eine Benachrichtigung des Beklagten über die beantragte Sicherung der Klage von ihm genutzt werden könnte, um entsprechende Maßnahmen zu treffen, durch die er die Sicherung der Klage vereiteln könnte /z.B. um über die der Klagesicherung zu Grunde liegende Sache zu verfügen/.

⁴ S. Popova, V. im Stalev, G., Mingova, A., Popova, V., Stamboliev, O., Ivanova, R., Op,cit, S. 1211



Deshalb sollte in der Bescheinigung, die das bulgarische Gericht als Ursprungsgericht gemäß Artikel 53 der Verordnung als Formblatt im Anhang I ausstellt, unter P. 4.3.2. ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass der Beschluß über die Klagesicherung ohne die Vorladung und Anhörung des Beklagten ergangen ist. Unter P. 4.5. soll angegeben werden, dass zum Tag der Ausstellung der Bescheinigung der Beschluß über die Zulassung der Klagesicherung sowie der Sicherungsbefehl, durch welchen das Gericht die konkrete Sicherungsmaßnahme angeordnet hat, dem Beklagten zugestellt worden sind.

IV. Nach bulgarischem Recht wird die Entscheidung, durch die das Gericht die Sicherung der Klage durch die beschriebene Sicherungsmaßnahme zulässt und anordnet, Beschluß genannt. In diesem Beschluß nennt das Gericht ausdrücklich auch die Sicherungsmaßnahme, durch die die Sicherung der Klage angeordnet wird. Auf Grund dieses Beschlusses und zeitgleich damit⁵, ohne seine Rechtskräftigkeit abzuwarten, erteilt das Gericht einen Sicherungsbefehl. Und mit diesem Schritt endet der Ablauf des bulgarischen Gerichtssicherungsverfahrens.

In dieser Phase erteilt das Gericht die bereits genannten Schriftstücke. Der Sicherungsbefehl, ähnlich wie der Vollstreckungsbescheid, wird in nur einer vom Richter unterzeichneten Ausfertigung ausgestellt. /Eine nicht unterzeichnete Ausfertigung wird zu den Akten des Verfahrens gelegt/.

Es ist nicht vorgesehen, dass das Gericht dem Beklagten eine Abschrift des Beschlusses und des Sicherungsbefehls zustellt. Und nicht nur das – Art. 396 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass die Frist zur Einlegung von Beschwerden gegen den Beschluß, durch den eine Sicherung durch Pfändung angeordnet wurde, für den Beklagten ab dem Tag läuft, an dem ihm die Mitteilung über die durch den Gerichtsvollzieher durchgeführte Sicherungsmaßnahme überreicht wird. Deshalb stellt das Gericht in der Praxis keine Kopie der besagten zwei Schriftstücke zu, die es im Rahmen des Sicherungsverfahrens erteilt.

⁵ Wenn das Gericht die Sicherung unter der Bedingung einer Garantie angeordnet hat – nach Einzahlung der festgelegten Garantie (Art. 395 Abs. 3 ZPO), jedoch ohne die Rechtskräftigkeit des Beschlusses abzuwarten.



Der Text von Art. 396 Abs. 2 ZPO ist eigentlich der Wortlaut von Art. 315 Abs. 1 der alten ZPO, als die Gerichtsentscheidungen nicht zugestellt werden mussten, sondern darüber wurde nur eine Mitteilung verschickt und die Frist für Einlegung von Beschwerden ab dem Tag der Zustellung der Mitteilung begann /für die Beschlüsse nach Art. 214 Abs. 1 ZPO; für die Entscheidungen nach Art. 197 Abs. 1 ZPO/. Diese Frist entspricht nicht dem neuen Grundsatz von Art. 7 Abs. 2 ZPO, nach welchem den Parteien eine Abschrift der Entscheidungen zugestellt werden muß, gegen die Beschwerden getrennt eingelegt werden können. Art. 396 Abs. 2 ZPO sieht übrigens nur Beschwerde gegen den Beschluß über die Zulassung und die Anordnung der Klagesicherung vor, nicht aber gegen den Sicherungsbefehl selbst. Da der Beschluß die Begründung für die Erteilung des Sicherungsbefehls darstellt, hat sich in der Rechtspraxis die Regel durchgesetzt, damit auch den darauf gestützten Sicherungsbefehl außer Kraft zu setzen.

V. Art. 400 Abs. 1 sieht vor, dass die Pfändung der beweglichen Sachen des Beklagten durch den Gerichtsvollzieher auf Antrag des Gläubigers auf Grund des Sicherungsbefehls gemäß den Pfändungsvorschriften im Zwangsvollstreckungsverfahren durchgeführt wird. Dem Beklagten wird aber eine Mitteilung statt einer Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung ausgehändigt. Bei Pfändung von beweglichen Sachen erstellt der Gerichtsvollzieher ein Verzeichnis, nimmt eine Bewertung und eine Übergabe in Gewahrsam der gepfändeten Gegenstände gem. Art. 465 – 472 ZPO vor. Deshalb entspricht der Ausdruck „die Pfändung wird vorgenommen“ dem für die Verordnung autonomen Ausdruck „Vollstreckung der Sicherungsmaßnahme“.

Die Begründung für die Pfändung ist allein der Sicherungsbefehl. Für den die Pfändung durchführenden Gerichtsvollzieher hat dieser Befehl die gleiche rechtliche Bedeutung wie der Vollstreckungsbescheid im Vollstreckungsverfahren. Der Text von Art. 400 Abs. 1 ZPO ist identisch mit Art. 319 Abs. 1 der alten ZPO, wobei selbst der alte Begriff „Vorladung zur freiwilligen Erfüllung“ statt „Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung“ verwendet wurde, wie der aktuelle gesetzliche Begriff im Art. 428 Abs. 1 ZPO lautet.



Es ist nicht vorgesehen, dass der Gerichtsvollzieher eine Abschrift des Sicherungsbefehls oder des Gerichtsbeschlusses aushändigt.

Deswegen sind Art. 396 Abs. 2 ZPO und Art. 400 Abs. 1 ZPO dem neuen Rechtsgrundsatz von Art. 7 Abs. 2 ZPO nicht angepaßt, nach welchem das Gericht die Aushändigung einer Abschrift der Entscheidungen den Parteien zu veranlassen hat, gegen die Beschwerden getrennt eingelegt werden können. Aus den oben aufgeführten Gründen kann das bulgarische Gericht die Bescheinigung nach Art. 53 der Verordnung 1215/2012 nicht ausstellen. Unter P. 4.5. muß angegeben werden, dass zum Tag der Ausstellung der Bescheinigung der Beschluß über die Zulassung der Klagesicherung sowie der Sicherungsbefehl, durch welchen das Gericht die konkrete Sicherungsmaßnahme angeordnet hat, dem Beklagten ausgehändigt worden sind. Das heißt, die Bescheinigung nach Art. 53 der Verordnung begleitet den Gerichtsbeschluß und stellt ein Paß dar, mit dem er sich bewegen kann und der in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt werden kann.

Bei der Erfassung der Gerichtsvollzieherpraxis habe ich drei verschiedene Vorgehensweisen festgestellt:

1. Einige der Gerichtsvollzieher händigen nur eine Mitteilung aus, weil im Art. 400 Abs. 1 nur das und nicht die Aushändigung einer Abschrift des Sicherungsbefehls vorgesehen ist. Diese Gerichtsvollzieher vertreten die Auffassung, dass, wenn der Gesetzgeber den Gerichtsvollzieher mit dieser Aufgabe betrauen wollte, hätte er das mit einem ausdrücklichen Text gemacht - so, wie er das im Art. 428 Abs. 1 hinsichtlich der Abschrift des Vollstreckungsbescheides getan hat. Außerdem ist auch im Art. 396 Abs. 2 vorgesehen, dass die Beschwerdefrist für den Beklagten ab dem Tag der Zustellung der Mitteilung über die Durchführung einer Sicherungsmaßnahme beginnt und nicht ab dem Tag der Zustellung einer Abschrift des Beschlusses und Sicherungsbefehls. Der Gläubiger kommt zum Gerichtsvollzieher nur mit dem Sicherungsbefehl, ohne Abschrift des Beschlusses. Diese bleibt in den Akten beim Gericht.



2. Andere Gerichtsvollzieher berufen sich auf Art. 428 Abs. 1 und verschicken eine Abschrift des Sicherungsbefehls. Art. 428 Abs. 1 sieht vor, dass im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens der Gerichtsvollzieher neben der Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung auch eine Abschrift des Vollstreckungsbescheids auszuhändigen hat. Sie leiten sich nämlich von der Gerechtigkeitsregel und sagen, dass „der Beklagte immerhin im Bilde dessen sein sollte, was ihm passiert“.

3. Dritte halten sich an den allgemeinen Grundsatz von Art. 7 Abs. 2 und verlangen vom Kläger die Vorlage nicht nur des Sicherungsbefehls, sondern auch einer Abschrift des Gerichtsbeschlusses und händigen dem Beklagten beide Schriftstücke zusammen mit der Pfändungsmitteilung aus.

Es liegt auf der Hand, dass alle drei Vorgehensweisen ihre Logik haben. Ich bin der Meinung, dass die dritte Vorgehensweise angemessen ist, weil sie auch dem neuen Rechtsgrundsatz im Art. 7 Abs. 2 ZPO Folge leistet, der vorschreibt, dass das Gericht den Parteien eine Abschrift der Entscheidungen aushändigen soll, gegen welche Beschwerden getrennt eingelegt werden können. Dies wird viel mehr durch die Tatsache bestärkt, dass nicht gegen den Sicherungsbefehl, sondern gegen den Beschluß über die Zulassung der Klagesicherung durch die entsprechende Sicherungsmaßnahme Beschwerden eingelegt werden können. Außerdem liegen die Gründe für die Zulassung der Sicherungsklage durch die entsprechende Sicherungsmaßnahme im Gerichtsbeschluß und nicht im Sicherungsbefehl. Das Ziel von Art. 7 Abs. 2 ZPO ist, dass die Partei eine Abschrift der Gerichtsentscheidung bekommt und nicht ins Gericht gehen muß, um Einsicht in die Gerichtsentscheidung und ihre Begründung zu nehmen, wenn sie eine Beschwerde von dieser abwägt.

Die anderen zwei Vorgehensweisen entsprechen lediglich den ausdrücklichen Bestimmungen von Art. 400 Abs. 1 ZPO und Art. 396 Abs. 2 ZPO.

Erforderlich ist, dass der Gesetzgeber schnellstmöglich die besagten Vorschriften an Art. 7 Abs. 2 ZPO anpaßt, indem er die Aushändigung dem Beklagten von einer Abschrift des



Gerichtsbeschlusses und des Sicherungsbefehls zusammen mit der Mitteilung über die Sicherungsmaßnahme festlegt.

Angesichts der unmittelbaren Wirkung der Verordnung und der Definition im Art. 2 Buchstabe „a“ der Verordnung, wenn das bulgarische Gericht als das Gericht der Hauptsache eine Klagesicherung durch Pfändung von in einem anderen Mitgliedstaat befindlichen beweglichen Sachen des Beklagten zugelassen hat oder durch eine Pfändung seiner Forderungen gegen einen in einem anderen Mitgliedstaat befindlichen Schuldner, so muß für die Zwecke der Anwendung von Teil Drei der Verordnung über die Vollstreckung dieser Maßnahme jeweils eine Abschrift des Beschlusses für die Zulassung der Sicherung und des Sicherungsbefehls dem Beklagten ausgehändigt worden sein. Wenn er einen Wohnsitz in Bulgarien hat, muß die Zustellung nach den Vorschriften der ZPO erfolgen, wenn sein Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat ist, müssen die Schriftstücke nach den Vorschriften der Verordnung Nr. 1393/1993 über Zustellung von gerichtlichen Schriftstücken zugestellt werden; hierbei ist auf Grund Art. 611 Abs. 1 ZPO die zustellende Behörde das Gericht, das diese Schriftstücke erteilt hat⁶.

VI. Tatsache ist, dass gemäß Art. 39 der Verordnung eine in einem Mitgliedstaat ergangene Entscheidung, die in diesem Mitgliedstaat vollstreckbar ist, in den anderen Mitgliedstaaten vollstreckbar ist, ohne dass es einer Vollstreckbarkeitserklärung bedarf. Das heißt, es findet kein Exequaturverfahren statt. Dieser Umstand sollte den bulgarischen Gesetzgeber aus folgenden Gründen aber nicht beruhigen: Art. 42 der Verordnung sieht für die Zwecke der Vollstreckung einer in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung vor, dass der Antragsteller der zuständigen Vollstreckungsbehörde Folgendes vorzulegen hat: a) eine Ausfertigung der Entscheidung, die die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, und b) die nach Artikel 53 ausgestellte Bescheinigung. Wie bereits erwähnt, muß das bulgarische Gericht als Ursprungsgericht unter P. 4.3.2. des Formblatts dieser Bescheinigung ausdrücklich darauf hinweisen, dass der Beschluß ohne die Vorladung und

⁶ S. Popova, V. im Stalev, G., Mingova, A., Popova, V., Stamboliev, O., Ivanova, R. Op.cit. c. 1214-215.



Anhörung des Beklagten ergangen ist. Unter P. 4.5. muß angegeben werden, dass zum Tag der Ausstellung der Bescheinigung der Beschluß über die Zulassung der Klage und der Sicherungsbefehl dem Beklagten ausgehändigt worden sind. Ich finde, dass eine Prüfung auf Vollständigkeit des Inhalts der Bescheinigung nach Art. 53 ZPO von Amts wegen durch die Behörde vorgenommen werden muß, die im anderen Mitgliedstaat für die Vollstreckung der Sicherungsmaßnahme zuständig ist.

Außerdem sieht Art. 42 P. 2 Buchstabe „c“ der Verordnung für die Zwecke der Vollstreckung einer in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Gerichtsentscheidung vor, mit der eine Sicherungsmaßnahme angeordnet wird, dass - wenn die Sicherungsmaßnahme ohne Vorladung des Beklagten angeordnet wurde - der Antragsteller der zuständigen Vollstreckungsbehörde einen Nachweis der Zustellung der Entscheidung vorlegen muß.

Aus den aufgeführten Gründen können die vom bulgarischen Gericht als in der Hauptsache zuständige Gericht angeordneten Sicherungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedstaat in der Tat nicht vollstreckt werden. Daher wird sich der Kläger gezwungen sehen, von der im Art. 35 der Verordnung vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, bei den Gerichten dieses Mitgliedstaates Sicherungsmaßnahmen zu beantragen, die im Recht des ersuchten Mitgliedstaates vorgesehen sind, obwohl das bulgarische Gericht in der Hauptsache zuständig ist. Bei der Anwendung dieser Möglichkeit sollte allerdings Folgendes berücksichtigt werden: a/ Der Gegenstand der Sicherungsmaßnahme soll sich im Mitgliedstaat des erlassenden Gerichts befinden, obwohl dieses Gericht in der Hauptsache nicht zuständig ist; b/ Gemäß P. 33 der Erwägungsgründe der Verordnung werden Sicherungsmaßnahmen von einem Gericht eines Mitgliedstaates angeordnet, das für die Entscheidung in der Hauptsache nicht zuständig ist, sollte die Wirkung dieser Maßnahmen auf das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates gemäß dieser Verordnung beschränkt werden.

VII. Ein anderes großes Problem im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung der vom bulgarischen Gericht als Gericht in der Hauptsache zugelassenen und angeordneten Sicherungsmaßnahmen, ist die Berufung des Gerichtsbeschlusses.



Beschwerden gegen diesen Beschluß können nur vor eine Instanz eingelegt werden. Bei Beschwerden gegen einen Beschluß, durch den die Klagesicherung versagt wurde, wird dem Beklagten keine Abschrift der Beschwerde des Klägers ausgehändigt (Art. 396 Abs. 2). Die zweite Instanz verhandelt über die Beschwerde in einer Sitzung ohne Vorladung der Parteien und in diesem Fall auch ohne Zustellung einer Kopie der Beschwerde an den Beklagten. Das Ziel ist, den Beklagten durch die Sicherungsmaßnahme zu überraschen, sodass er keine Möglichkeit hat, ihre Durchführung zu verhindern. Wenn das Berufungsgericht den Beschluß der ersten Instanz aufgehoben hat und die Klagesicherung zuläßt, so kann sein Beschluß durch eine Beschwerde vor dem Obersten Kassationsgericht berufen werden, soweit die Voraussetzungen von Art. 280 Abs. 1⁷ gegeben sind (Art. 396 Abs. 2, Satz II). Die Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde im Art. 396 Abs. 2, Satz II ist sehr eingeschränkt. Auf den ersten Blick scheint das vom Gesetzgeber angenommene gekürzte Berufungsverfahren bei der Klagesicherung dem Grundsatz der Gleichsetzung der Prozeßparteien zu entsprechen, der im Art. 9 ZPO ausdrücklich als Grundsatz des bulgarischen Zivilverfahrens proklamiert wird. Und das nämlich, weil es für jede der Parteien nur eine Möglichkeit zur Berufung gibt. Diese Gleichsetzung ist aber trügerisch. Die Einschränkung von Art. 280 Abs. 1 ist ernsthafter Natur und es ist bekannt, dass das Oberste Kassationsgericht in seiner Praxis zur Verhandlung in der Hauptsache der Beschwerde nur einen geringen Teil der Kassationsbeschwerden zuläßt /10-15, höchstens 20 % - es existiert keine offizielle Statistik/. Zusammen mit dem Überraschungseffekt für den Beklagten im Sicherungsverfahren durch die Nichtzustellung einer Kopie des Antrags auf Klagesicherung und der Beschwerde gegen den nicht zulassenden Beschluß, stellt das eine wesentliche Einschränkung der Teilnahme des Beklagten am Verfahren dar.

Unter diesen Umständen besteht die ernsthafte Gefahr, dass dem vom bulgarischen Gericht als in der Hauptsache zuständigen Gericht erlassenen Sicherungsbefehl ein Antrag auf Versagung der Anerkennung des Gerichtsbeschlusses nach Art. 46 in Anlehnung mit Art. 45 Abs.

⁷Als Bedingung für die Zulässigkeit der Beschwerde vor dem Obersten Kassationsgericht wird verlangt, dass das Gericht sich über eine materiellrechtliche oder prozeßrechtliche Frage ausgesprochen hat, welche: 1. in Widerspruch mit der Praxis des Obersten Gerichts entschieden wird; 2. Von den Gerichten widersprüchlich entschieden wird; 3. Von Bedeutung für die exakte Anwendung des Gesetzes sowie für die Entwicklung des Rechts ist.



1 Buchstabe „a“ der Verordnung erfolgreich entgegengesetzt wird⁸; dies kann auch aus Art. 45 Abs. 1 Buchstabe „b“⁹ der Verordnung erfolgen, weil der Beschluß des bulgarischen Gerichts und der Sicherungsbefehl in Abwesenheit der Partei erlassen wurden und andererseits die Möglichkeit zur Anfechtung angesichts der Einschränkungen aus Art. 280 Abs. 1 ZPO stark begrenzt ist.

VIII. In der bulgarischen ZPO, der Prozeßwissenschaft und –praxis wird die Auffassung vertreten, dass die Durchführung einer Sicherungsmaßnahme Teil des Sicherungsverfahrens ist.

Deshalb stößt man manchmal in der Praxis auf die Auffassung, dass der bulgarische Gerichtsvollzieher auf Grund Art. 400 ZPO die Pfändung durchführt bzw. die Pfändungsmitteilung zustellt, wobei im Falle von Forderungspfändung die Pfändungsmitteilung auch dem Schuldner des Beklagten zugestellt wird, der keinen Wohnsitz in Bulgarien hat. Manche Gerichtsvollzieher stellen die Pfändungsmitteilung per Botendienst zu, andere nach den Regelungen der Verordnung 1393/1993¹⁰.

⁸ „Wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung (ordre public) des ersuchten Mitgliedstaates offensichtlich widersprechen würde“. Die Verletzung des Gleichsetzungsprinzips ist ein Beispiel für Verletzung der öffentlichen Ordnung.

⁹ Wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte.

¹⁰ Die Probleme sind identisch mit diesen im Vollstreckungsverfahren. Deshalb führe ich hier folgendes Beispiel an: Im Vollstreckungsverfahren Nr. 63/2008 des Vollstreckungsamtes Varna, das auf Grund eines Vollstreckungsbescheids eingeleitet wurde, welcher auf Grund eines rechtskräftigen Urteils über eine Geldforderung ergangen ist, hat der Gerichtsvollzieher auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers und auf Grund Art. 507 ZPO die Bankkonten des Schuldners in Italien (italienischer Staatsangehöriger mit ständigem Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in Italien) gepfändet, welche Konten durch die vom Gläubiger genannte Steuernummer des Schuldners festgestellt werden konnten. Der Gerichtsvollzieher hat dem Schuldner eine Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung zugestellt. Die Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung und die Pfändungsmitteilung wurden dem Schuldner nach den Regelungen der Verordnung Nr. 1393/2007 über Zustellung in den Mitgliedstaaten von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftstücken in Zivil- oder Handelssachen als nichtgerichtliche Schriftstücke ausgehändigt. Zustellende Behörde für Zustellungen im Ausland war gemäß Art. 611 Abs. 2 ZPO das Amtsgericht Varna. Aus den Angaben im Vollstreckungsverfahren wird ersichtlich, dass das italienische Gericht die Aufforderung zur freiwilligen Erfüllung zugestellt hat, nicht aber die Pfändungsmitteilungen an die Banken. Und das ist kein Zufall. Es folgt daraus, dass der bulgarische Gerichtsvollzieher nicht zuständig ist, Handlungen der Zwangsvollstreckung in einem anderen Mitgliedstaat vorzunehmen. Übrigens, gerade um die Probleme mit der Pfändung von Bankkonten und der Eintreibung von Forderungen durch Vollstreckung von Bankkonten wurde die VERORDNUNG Nr. 655/2014 vom 15. Mai 2014 zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von



Angesichts der autonomen Bestimmungen im Art. 2 und Teil Drei der Verordnung aber stellt die Durchführung der Sicherungsmaßnahmen im Sinne des bulgarischen Rechts eine Vollstreckung der Gerichtsentscheidung /Beschuß, Sicherungsbefehl/ dar, unabhängig davon, welche Bezeichnung diese trägt, durch die die Sicherungsmaßnahme angeordnet wird.

Gemäß Art. 41 Abs. 1 der Verordnung unter Einhaltung der Bestimmungen von ABSCHNITT 2 „Vollstreckung“ gilt für das Verfahren zur Vollstreckung der in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen das Recht des ersuchten Mitgliedstaates. Eine in einem Mitgliedstaat ergangene Entscheidung, die im ersuchten Mitgliedstaat vollstreckt werden muß, wird dort unter den gleichen Bedingungen vollstreckt wie eine im ersuchten Mitgliedstaat ergangene Entscheidung.

Daher muß an dieser Stelle unterstrichen werden, dass der bulgarische Gerichtsvollzieher für die Vollstreckung der Entscheidungen, einschließlich von einem Sicherungsbefehl im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates nicht zuständig ist.

Das bulgarische Gericht als in der Hauptsache zuständiges Gericht kann eine Klagesicherung durch Pfändung von in einem anderen Mitgliedstaat befindlichen beweglichen Sachen zulassen, aber die Vollstreckung dieser Maßnahme wird im anderen Mitgliedstaat durch dessen zuständige Behörde nach den im nationalen Recht des mit der Vollstreckung der Sicherungsmaßnahme ersuchten Mitgliedstaates vorgesehenen Vorschriften vollzogen. Das gleiche gilt auch, wenn das bulgarische Gericht eine Klagesicherung durch Pfändung einer Forderung des Beklagten gegenüber einem Schuldner zugelassen hat, der seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Um die Bescheinigung nach Art. 53 der Verordnung ausstellen zu können, muß das bulgarische Gericht dem Beklagten eine Abschrift des Beschlusses und des Sicherungsbefehls zustellen und die Zustellung unter P. 4.5 nachweisen. Wenn der Beklagte einen Wohnsitz in Bulgarien hat, erfolgt die Zustellung nach den Regelungen der ZPO. Wenn er einen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, so muß die Zustellung nach den Regelungen der Verordnung Nr. 1393/2007 über Zustellung von gerichtlichen

Forderungen in Zivil- und Handelssachen erlassen. Sie gilt ab dem 18. Januar 2017 /mit Ausnahme des Artikels 50, der ab dem 18. Juli 2016 gilt/.



Schriftstücken in den Mitgliedstaaten erfolgen, da es sich hierbei um Gerichtsentscheidungen handelt /siehe hierzu Entscheidung des EuGH im Verfahren C-223/14 und die dort zitierte Praxis des EuGH/. Gemäß Art. 611 Abs. 1 ZPO ist bei Zustellungen von Gerichtsmittteilungen und Vorladungen im Ausland die zustellende Behörde das Gericht, in welchem die Sache anhängig ist bzw. welches die Entscheidung erlassen hat.

IX. Die Frage über die sogenannte ersetzende oder anzupassende Maßnahme

Gemäß Art. 54 der Verordnung, wenn eine Entscheidung eine Sicherungsmaßnahme enthält, die im Recht des mit der Vollstreckung dieser Sicherungsmaßnahme ersuchten Mitgliedstaates nicht bekannt ist, so ist diese Maßnahme, soweit möglich, an eine im Recht dieses Mitgliedstaates bekannte Maßnahme anzupassen, mit der vergleichbare Wirkungen verbunden sind und die ähnliche Ziele und Interessen verfolgt. Eine solche Anpassung führt nicht dazu, dass Wirkungen entstehen, die über die im Recht des Ursprungsmitgliedstaates vorgesehenen Wirkungen hinausgehen. Jede Partei kann die Anpassung der Maßnahme oder Anordnung vor einem Gericht anfechten. Gemäß Art. 622a ZPO, wenn der Gerichtsvollzieher feststellt, dass die Maßnahme nicht durchgeführt werden kann, verordnet er eine ersetzende Durchführung.

Die Frage über die ersetzenden bzw. anzupassenden Maßnahmen steht jetzt im Verfahren vor einem Gerichtsvollzieher in Sofia für die Vollstreckung einer von dem spanischen Gericht angeordneten Sicherungsmaßnahme. Ihm wurde eine durch den Beschluß eines spanischen Gerichts angeordnete Pfändung in elektronischer Form der Geldforderung auf einem Bankkonto vorgelegt. Diese Maßnahme ist auch in der bulgarischen ZPO vorgesehen. Art. 450a (neu – Staatsanzeiger Nr. 49/ 2012, rechtskräftig seit dem 01.01.2013) sieht vor, dass eine Pfändung der Geldforderung des Schuldners auf einem Bankkonto von einem Gerichtsvollzieher durch einen Pfändungsbescheid in elektronischer Form vollzogen werden kann, der mit einer qualifizierten elektronischen Signatur signiert ist und auf elektronischem Wege über eine Einheitliche Benutzeroberfläche zum Austausch von elektronischen



Pfändungsbescheiden übermittelt wurde. In der Tat kann aber diese Maßnahme nicht umgesetzt werden, weil die Einheitliche Benutzeroberfläche zum Austausch von elektronischen Pfändungsbescheiden noch nicht existiert. Deshalb hat der Gerichtsvollzieher auf Grund Art. 54 der Verordnung Nr. 1215/2012 und Art. 622a, Abs. 3 ZPO eine ersetzende Maßnahme durchgeführt – Pfändung der Geldforderung auf dem gewöhnlichen Weg durch Zustellung der Pfändungsmitteilung auf Papier an die Bank.

Interessant ist die Frage nach der Anerkennung und Vollstreckung der in Deutschland auf Grund § 918 der deutschen ZPO angeordneten Sicherungsmaßnahme „persönlicher Arrest“¹¹. Im bulgarischen Recht gibt es keine Entsprechung für die im § 918 ZPO vorgesehene Sicherungsmaßnahme. Im Art. 75 Abs. 6 des Gesetzes über die bulgarischen Personalausweise wurde festgelegt, dass der Innenminister oder eine von ihm bevollmächtigte Person eine Einschränkungsmassnahme „Ausreiseverbot“ für den Schuldner oder die Mitglieder seines Aufsichtsrats oder seiner Geschäftsführung anordnen muß, wenn der Schuldner einer zwangsvollstreckbaren Gerichtsentscheidung keine Folge leistet, kraft derer er zur Zahlung eines großen Geldbetrags zu Gunsten von bulgarischen natürlichen oder juristischen Personen oder ausländischen Personen verurteilt wurde, es sei denn er kann eine ordnungsgemäße Sicherheit vorweisen. In der Entscheidung Nr. 2/ 2011 des Verfassungsgerichts wird festgestellt, dass Art. 75 PP. 5 und 6 des Gesetzes über die bulgarischen Personalausweise verfassungswidrig sind¹².

¹¹§ 918 ZPO legt Folgendes fest: „Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern.“

¹²Es muß darauf hingewiesen werden, dass die hier besprochene im Art. 75 Abs. 6 des Gesetzes über die bulgarischen Personalausweise vorgesehene Sicherungsmaßnahme bei der Klagesicherung auch vor deren Erklärung als verfassungswidrig nicht anwendbar war. Voraussetzung für deren Anwendung war, dass der Schuldner einer zwangsvollstreckbaren Gerichtsentscheidung keine Folge leistet, kraft derer er zur Zahlung eines hohen Geldbetrags verurteilt wurde. Die Sicherung der Klage ist auch während eines anhängigen Klageverfahrens zulässig bis zum Abschluß der gerichtlichen Untersuchung in der zweiten Instanz /Art. 389 Abs. 1 ZPO / oder einer zukünftigen Klage /Art. 390 ZPO/. Mit anderen Worten, bevor ein zwangsvollstreckbares Leistungsurteil ergangen ist.



X. Ein weiteres Problem besteht im Zusammenhang mit der Anerkennung in anderen Mitgliedstaaten der bereits in Bulgarien durchgeführten Sicherungsmaßnahme Pfändung der in Bulgarien befindlichen beweglichen Sachen. In der ZPO, im Gesetz über die Gerichtsgewalt, dem Gesetz über die privaten Gerichtsvollzieher, den Rechts- und Durchführungsverordnungen ist nicht vorgesehen, dass Pfandsiegel oder sonstige sichere Marken zur Kenntlichmachung der Pfändung der beweglichen Sache angebracht werden.

Gemäß Art. 400 Abs. 1 Satz 2 hat der Gerichtsvollzieher bei der Durchführung der Pfändung einer beweglichen Sache ein Verzeichnis zu erstellen, eine Bewertung vorzunehmen und die gepfändete Sache gemäß Art. 465 – 472 ZPO in Gewahrsam zu übergeben. Die ins Verzeichnis aufgenommene bewegliche Sache kann in Gewahrsam des Schuldners belassen werden /Art. 469/. Wenn dieser die Annahme der beweglichen Sache in Gewahrsam verweigert oder wenn der Gerichtsvollzieher einschätzt, dass sie in seinem Gewahrsam nicht belassen werden darf, wird die gepfändete Sache vom Gerichtsvollzieher beschlagnahmt und in Gewahrsam des Gläubigers oder eines durch den Gerichtsvollzieher ernannten Sequester übergeben /Art. 470/.

Das Problem ergibt sich, wenn die bewegliche Sache in Gewahrsam des Schuldners belassen, und nicht einem Sequester übergeben wurde. Tatsache ist, dass der Schuldner verpflichtet ist, darüber nicht zu verfügen /Art. 451 Abs. 1 ZPO/. Wenn er trotzdem – mangels eines Pfandsiegels, der die Pfändung kenntlich macht - die gepfändete bewegliche Sache verkauft, so kann sich der Gläubiger (auf dessen Antrag die Pfändung durchgeführt wurde) nicht gegen die Eigentumsübertragung verteidigen. Tatsache ist, dass nach den Bestimmungen von Art. 453 P. 4 ZPO die Verfügungshandlungen ihm gegenüber relativ unwirksam sind, aber im Hinblick auf die Vorschrift betreffend ein glaubwürdiges Datum könnte ihm Art. 78 des Gesetzes über die Gerichtsgewalt entgegengesetzt werden¹³. An dieser Stelle ist zu vermerken,

¹³ Gemäß Art. 453 P. 4 ZPO kann dem Pfändungsgläubiger gegenüber die Enteignung von beweglichen Sachen nicht geltend gemacht werden, deren Besitz dem Erwerber vor der Durchführung der Pfändung nicht übergeben wurde, außer wenn für die Enteignung ein Dokument mit einem glaubwürdigen früheren Datum vorliegt. Gemäß Art. 78 des Gesetzes über das Eigentum, wer den Besitz einer beweglichen Sache oder eines Wertpapiers als Inhaber entgeltlich auf Rechtsgrundlage erwirbt, auch von einem Nichteigentümer, jedoch in Unkenntnis dessen, erwirbt auch das Eigentum, außer wenn für die Übertragung des Eigentums an der beweglichen Sache eine notarielle



dass einige Gerichtsvollzieher in der Praxis eigene Pfandsiegel anbringen; manche weisen auf die Pfändung hin, andere machen keine Vermerke zur Kenntlichmachung der Pfändung. Im letzten Fall, wenn die Möglichkeit zur Ausführung der gepfändeten beweglichen Sache in einen anderen Mitgliedstaat besteht, kann nicht nachgewiesen werden, dass sie gepfändet worden ist.

Urkunde oder notarielle Beglaubigung der Unterschriften erforderlich ist. Die abweichenden Regelungen der beiden Vorschriften zeigen übrigens die Notwendigkeit einer Änderung der rechtlichen Bedeutung des Fahrzeugmelderegisters der Verkehrsbehörde.



(In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário

((Un)constitutionality of binding precedents in the Code of Civil Procedure of
2015: a necessary debate)

Ravi Peixoto

PhD candidate at the Rio de Janeiro State University, Brazil. Master's Degree at the
Federal University of Pernambuco, Brazil.

Resumo: Com a inserção de um rol de precedentes obrigatórios no art. 927 do CPC/2015, surgiu um relevante debate acerca da constitucionalidade da previsão da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional. Para que se possa defender a constitucionalidade dessa previsão, far-se-á uma revisão das diversas correntes doutrinárias que analisam o tema. Posteriormente, será feita uma resenha crítica dessas doutrinas para elencar os argumentos que evidenciam a inexistência de qualquer vício de inconstitucionalidade na previsão da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Precedentes. Precedentes obrigatórios. Constitucionalidade. Legislação infraconstitucional.

Abstract: With the insertion of a list of binding precedents in the article 927 of the Civil Procedure Code of 2015, an interesting debate rose about the unconstitutionality of the



insertion of the obligatory of precedents through legislation and not by changing the Constitution. To be able to defend its constitutionality it will be made a revision of the various doctrinaire positions. After it, there will be a critic review of them, in order to present the arguments that shows that there are no problems of constitutionality with the insertion of the binding precedents through the legislation.

Keywords: Precedent. Binding precedents. Constitutionality. Legislation.

Sumário: 1. Introdução – 2. O significado do termo “observarão” no caput do art. 927 – 3. Há alguma inconstitucionalidade no rol de precedentes obrigatórios constantes do art. 927? – 3.1. Os argumentos doutrinários pela inconstitucionalidade - 3.2. Uma avaliação da polêmica – 3.2.1. Uma breve excursão aos assentos portugueses e a sua relação com a inserção dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro - 3.2.2. De volta ao processo brasileiro - 3.2.2.1. Os precedentes transformam os juízes em bocas dos tribunais? - 3.2.2.2. Os precedentes obrigatórios violam a independência judicial e a separação entre os poderes? - 3.2.2.2.1. O problema da violação de cláusulas pétreas e a alegação da necessidade de emenda constitucional para a fixação da obrigatoriedade dos precedentes - 3.2.2.2.2. Há violação a independência judicial e a separação entre poderes? - 3.2.2.2.2.1. A independência judicial e a atuação do Poder Judiciário enquanto instituição - 3.2.2.2.2.2. A separação entre os poderes e o problema da vinculação dos demais poderes - 3.2.2.3. O posicionamento dos tribunais superiores acerca da (in)constitucionalidade dos precedentes – 4. Conclusão.

Summary: 1. Introduction – 2. The meaning of the term “will look at” article 927 of the new civil procedure code of 2015 – Is there any unconstitutionality in the list of the obligatory precedents in the article 927? – 3.1. The doctrinaire arguments for the unconstitutionality – 3.2. An evaluation of the polemic – 3.2.1. A brief excursion in the Portuguese “assentos” and its relation to the insertion of binding precedents in the Brazilian law – 3.2.2. Returning to the



Brazilian civil procedure – 3.2.2.1. The precedents turn the judges into “mouths of the Courts”? – 3.2.2.2. The binding precedents violate the judicial independence and the separation of the powers? – 3.2.2.2.1. The problem of the violation of the “stone articles” and the allegation of the necessity of constitutional modification to the fixation of the binding precedents – 3.2.2.2. Is there a violation of the judicial independence and the separation of powers? – 3.2.2.2.2.1. The judicial independence and the Judicial Power as an institution - 3.2.2.2.2.2. The separation of powers and the problem of binding other powers – 3.2.2.3. The position of the Superior Courts about the unconstitutionality of precedents - Conclusion

1. Introdução

Uma das grandes novidades no CPC/2015 é a tentativa de desenvolvimento de uma cultura de precedentes obrigatórios. Não apenas no art. 927, que menciona os precedentes obrigatórios, mas em vários outros momentos, esse objetivo é perceptível, a exemplo do art. 8º, que menciona a aplicação do ordenamento jurídico pelo magistrado, que inclui os precedentes vinculantes¹, pela tutela de evidência com base em algumas espécies de precedentes obrigatórios (art. 311, II), pela improcedência liminar do pedido, que deve estar de acordo com o entendimento dos tribunais (art. 332), pelos poderes do relator (art. 932), pelo incidente de assunção de competência (art. 947), pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976-987), pela reclamação (art. 988-993) etc., todos eles estão relacionados com a temática base dos precedentes.²

Dentre esses textos normativos, um dos artigos chave para o funcionamento dos precedentes é o art. 927, do CPC/2015, e a previsão de uma listagem de precedentes obrigatórios, o qual já tem sido alvo de um sem número de discussões, desde o significado do

¹ Nesse sentido o enunciado n. 380, do FPPC: A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes.

² Para uma visão de diversos institutos ligados aos precedentes no CPC/2015 e ainda das mudanças em outros institutos a partir da introdução de precedentes obrigatórios no direito brasileiro, cf.: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 317-540.



termo “observarão”, passando pela alegação de inconstitucionalidade de algumas das espécies de decisão listadas e ainda pela análise de sua taxatividade ou não.

O objetivo deste texto é o de debater primordialmente o problema da (in)constitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes contidos no art. 927. Para tanto, far-se-á uma inicial análise do significado do termo “observarão”, pois a alegada inconstitucionalidade só existirá caso se admita que ele implica a obrigatoriedade dos precedentes. Posteriormente, passar-se-á ao específico tema do artigo, com a análise das diversas correntes e seus argumentos para, ao fim, defender que não existe qualquer vício de inconstitucionalidade na fixação da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional.

2. O significado do termo “observarão” no *caput* do art. 927

O *caput* do art. 927, do CPC/2015, afirma que os “Os juízes e os tribunais *observarão*”, ao iniciar o elenco dos precedentes que devem ser seguidos. Trata-se do primeiro problema a ser debatido, pois todos os outros dependem da forma de percepção do seu significado, afinal, se se tratar de mera persuasão, não haverá sequer a necessidade de discussão acerca da constitucionalidade ou não dos precedentes supostamente obrigatórios, mencionados no referido texto normativo.

Adota-se o posicionamento de que, *para além de uma mera persuasão, tais precedentes são obrigatórios*, não cabendo aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não, quando o caso em questão estiver sob o âmbito de incidência de uma das situações listadas no art. 927, entendimento adotado pelo enunciado n. 170, do FPPC.³⁻⁴

³ No mesmo sentido, destacando a obrigatoriedade dos precedentes, tem-se o enunciado 170, do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Na mesma linha: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 588-589; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015, p. 467; ABOUD, Georges; STRECK, Lenio. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?* MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do



A listagem proposta pelo art. 927, do CPC/2015, de força vinculante é a seguinte: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, b) os enunciados de súmula vinculante, c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para Alexandre Freitas Câmara, o comando do *caput* do art. 927: “*observar*” implica apenas um dever de levar o precedente em consideração, requerendo outra norma que a ele atribua eficácia vinculante. Afirma o autor que o caso “a” é vinculante pelo comando do art. 102, §2º, da CR, o “b” pelo art. 103-A, da CR, o incidente de assunção de competência, pelo art. 947, §3º, do CPC, o IRDR, pelo art. 985, I e II, do CPC/2015 e os recursos especial e extraordinário repetitivos, pelo art. 1.040, do CPC/2015. Os demais casos mencionados seriam meramente persuasivos.⁵ Conclusão semelhante é alcançada por José Miguel Garcia Medina, mas com o foco para o cabimento de reclamação como instrumento apto a gerar uma vinculação formal. Assim, os casos dos incisos IV e V do art. 927 do CPC seriam apenas persuasivos por não ser cabível a reclamação, muito embora não possam ser ignorados por força do art. 489, §1º, VI, CPC, que exige a devida fundamentação para a não aplicação do precedente.⁶

modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016, p. 366; ZANETI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 371.

⁴ Parte-se do pressuposto de que as causas repetitivas estão relacionadas com a teoria dos precedentes e não com a coisa julgada, como vem defendendo Marinoni, ponto de vista que implicaria uma outra espécie de discussão. Sobre o ponto de vista do autor: MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 249, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedentes*. São Paulo: RT, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. Consequências da equivocada aproximação do “IRDR” ao sistema de precedentes. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434-435.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.324. Fazendo a relação entre vinculação do precedente e o cabimento da reclamação: PUOLI, José Carlos Baptista.



A vinculação advinda do comando do art. 927 por meio do termo “observarão” não parece, ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração. Para além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível admitir que um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. *Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenha eficácia vinculante.* Lembre-se que o próprio STF já considerava que os precedentes originados de recursos extraordinários com repercussão geral eram vinculantes sob a égide do CPC/1973.⁷ Em um CPC que tanto fortalece os precedentes, seria um contrassenso a interpretação restritiva da vinculação do art. 927, que implicaria até a retirada da eficácia vinculante já apontada pelo STF no período do CPC/1973.

É importante estabelecer que o cabimento ou não da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante.⁸ Nos casos em que cabível, a reclamação atua apenas como mais um remédio jurídico processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante.⁹

Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 507.

⁷ STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe-107 06/06/2011.

⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488-493. Hermes Zaneti também parece ter entendimento semelhante, ao classificar os precedentes em normativos vinculantes, normativos formalmente vinculantes (*de iure*) e normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*) e indicar que apenas estes últimos podem ser impugnados por algum remédio jurídico processual autônomo. (*O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343-345).

⁹ A bem da verdade, como já mencionado em outro texto, o cabimento da reclamação para controle dos precedentes “Trata-se de uma medida autoritária, que parecer permitir o entendimento de que, em relação a esses precedentes, haveria apenas um intérprete”. (PEIXOTO, Ravi. *Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios*. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamacao-e-precedentes-obrigatorios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016). Também criticando o cabimento de reclamação para o controle de precedentes eis que “Em termos de política legislativa, trata-se de previsão em si mesma equivocada. A ação de reclamação tem a ver com a tutela da autoridade da decisão do caso concreto, isto é, tem a ver com desrespeito ao dispositivo de determinada decisão. Pertence, portanto, ao discurso do caso concreto. Nada diz respeito ao discurso da unidade da ordem jurídica”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016, p. 114).



A segurança jurídica e a exigência de integridade, estabilidade e coerência dos precedentes inseridas no art. 926, do CPC/2015, impõem que os precedentes mencionados no art. 927, do CPC/2015, sejam considerados obrigatórios. A coerência e a integridade do direito devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, sendo necessária a compreensão de que “os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam suas “opiniões””.¹⁰ Tais características fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento. Do contrário, seria ignorar a função de orientação de tais tribunais, valorizada pelo CPC/2015.

Assim, é evidente que ao se utilizar do termo “observarão”, o CPC/2015 impõe a obrigatoriedade dos precedentes listados no rol do art. 927. Enfim, fixada a premissa da obrigatoriedade dos precedentes no CPC/2015, é possível passar ao debate específico da sua (in)constitucionalidade.

3. Há alguma inconstitucionalidade no rol de precedentes obrigatórios constantes do art. 927?

3.1. Os argumentos doutrinários pela inconstitucionalidade

Há posição doutrinária que considera o rol de precedentes obrigatórios existente no art. 927 inconstitucional, desde que não haja previsão semelhante na Constituição.¹¹ O juiz não seria nem boca da lei e nem boca dos tribunais, estando apenas obrigado a aplicar a súmula vinculante e o resultado da procedência da ADIn ao caso concreto (art. 102, §2º e art. 103-A, ambos da CFRB). Nas demais situações, aplicaria “livremente os preceitos abstratos e gerais

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.073.

¹¹ Nesse sentido, sem maiores considerações: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital, capítulo 16, tópico 2.1. De acordo com Cruz e Tucci, haveria “inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados do controle concentrado de constitucionalidade”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454).



(leis, *lato sensu*) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal”.¹² Não seria possível, por meio de lei ordinária, impor a vinculação de “preceitos abstratos, gerais, com característica de lei”, com aptidão para obrigar a sociedade como um todo. O STF e o STJ apenas são aptos a decidir caso concreto e não poderiam legislar.

Quando o art. 927 utiliza o termo “observarão”, estaria “considerando esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei”. Isso significaria conceder poder aos tribunais de legislar, o que apenas poderia ser realizado por meio de emenda constitucional, o que não seria o caso, tornando os incisos III, IV e V, do art. 927 inconstitucionais. Assim, tais precedentes seriam tão somente em persuasivos. Ou seja, seriam observados apenas pelo seu conteúdo e não por sua autoridade.¹³ Adiantando-se aos seus críticos, ainda se afirma que, mesmo que se tente apontar que a obrigatoriedade dos precedentes previstos na legislação infraconstitucional seria dirigida apenas ao Poder Judiciário, isto não ocorreria com o IRDR, eis que o art. 985, §2º do CPC exigiria que, nos casos em que o incidente seja relacionado a prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação.¹⁴

A inserção de tal obrigatoriedade na legislação infraconstitucional violaria a independência funcional dos magistrados e a separação funcional de poderes. Há, ainda, a referência a um pré-julgado do Tribunal Superior Eleitoral¹⁵ e a um do Supremo Tribunal

¹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.836. No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016, p. 370.

¹³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado... cit.*, p. 1.837. Com o mesmo raciocínio: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-violacao-constituicao>. Acesso às 14h, do dia 16 de julho de 2016. Também defendendo a inconstitucionalidade, aparentemente, com argumentos semelhantes: ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927. STRECK, Lenio; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (coords). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.200-1.201.

¹⁴ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.200-1.2001.

¹⁵ TSE, Tribunal Pleno, Respe. N. 9.936-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, acórdão n. 12.501, j. 14/09/1992.



Federal,¹⁶ o primeiro tratando da inconstitucionalidade do instituto do prejudgado previsto no art. 263 do Código Eleitoral em relação à Constituição de 1988 e o segundo em uma representação de inconstitucionalidade, em que se entendeu que o art. 902, §1º, da CLT, que concedia força normativa geral às decisões do TST não teria sido recepcionado pela Constituição de 1946.¹⁷ Destaque-se que os dois julgados mencionados datam respectivamente de 1977 e 1992, em que a compreensão da atuação judicial era diversa da existente na atualidade.

Em outros termos, essa doutrina entende que os juízes são livres para decidir sem qualquer vinculação por meio dos precedentes, desde que de acordo com as leis *lato sensu*, salvo previsão constitucional, apenas seguindo os precedentes dos tribunais superiores nos casos em que concordem com o seu conteúdo.

3.2. Uma avaliação da polêmica

3.2.1. Uma breve excursão aos assentos portugueses e a sua relação com a inserção dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro¹⁸

De certa forma, o raciocínio da doutrina para apontar a inconstitucionalidade dos precedentes parece estar muito conexo com o desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Português para decretar a inconstitucionalidade dos assentos.¹⁹

Os assentos eram uma espécie de poder normativo geral atribuído ao Supremo Tribunal de Justiça português com a finalidade específica de limitar o processo de individualização do direito, sendo entendido como detentor das seguintes características: (1) –

¹⁶ STF, Tribunal Pleno, Rp 946, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 12/05/1977, DJ 01/07/1977.

¹⁷ Essa argumentação advém dos seguintes autores: ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 392; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 588-591; CAVALCANTI, Marcos. *CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas.... cit.*, p. 366-372.

¹⁸ Nesse tópico, faço um agradecimento ao amigo Jaldemiro Rodrigues Ataíde Junior, que foi essencial para a adequada interpretação do julgado do Tribunal Constitucional Português.

¹⁹ Ver, por exemplo, menção aos assentos em comparação com os precedentes obrigatórios no direito brasileiro em: ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 208, jun.-2012, versão digital, tópico 4; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.... cit.*, p. 371.



um critério jurídico universalmente vinculante; (2) – prescrito por um órgão judicial; (3) – sob a forma de uma norma (no sentido de preceito geral e abstrato) que passava a integrar o sistema jurídico ao lado das demais.²⁰

As decisões plenárias tomadas a partir de um recurso de uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português eram reduzidas a uma espécie de enunciado com caráter geral e abstrato, com aptidão para vincular a todos – não apenas o Poder Judiciário -. Além disso, ele detinha um caráter imutável, ou seja, não era apto a ser revisado pelo próprio órgão que o editou, eis que o Código de Processo Civil de 1961, embora tivesse mantido a regulação do CPC de 1939, eliminara a faculdade concedida ao Supremo Tribunal de Justiça de alterar a doutrina fixada nos seus assentos.

Inicialmente, deve-se mencionar que a concessão de força obrigatória geral era concedida aos assentos pelo art. 2º do Código Civil com a seguinte redação:

Artigo 2º. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

Havia forte polêmica doutrinária sobre a sua constitucionalidade e, em 1993, o Tribunal Constitucional se deparou com um caso concreto em que era questionada justamente a constitucionalidade dos assentos. Ocorre que a decisão não foi tão simples como por vezes aponta a doutrina no sentido da inconstitucionalidade desses assentos.

No dispositivo da decisão do Tribunal Constitucional, consta a seguinte afirmativa:

²⁰ Com mais vagar, sobre o tema: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 79-93; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009, p. 159-176; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 217-237.



Julgar inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição.²¹

Enfim, antes de se entender a motivação, destaca-se que os assentos não foram reconhecidos como inconstitucionais em sua totalidade, mas tão somente na parte em que atuavam como “doutrina com força obrigatória geral”, para além do Poder Judiciário. Tanto a inconstitucionalidade do assento não era total que no capítulo decisório acerca do caso concreto no qual se questionava a constitucionalidade desse instituto e havia requerimento de reforma da decisão porque baseada no assento o julgamento foi pela improcedência do recurso.

Destaque-se que esse mesmo raciocínio e adiante a explanada justificação foram reiterados em 1996 pelo Tribunal Constitucional²² e que o Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro havia revogado o art. 2º do Código Civil, pondo fim à história dos assentos.

Passando à temática principal, os motivos pelos quais houve o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial dos assentos, é imprescindível a transcrição de um relevante trecho do acórdão:

[...] o Código de Processo Civil de 1961 suprimiu a possibilidade de modificação dos assentos, constante do artigo 769º do Código de 1939, possibilidade essa já contemplada no artigo 66º do Decreto nº 12.353 que, por seu turno, recebera inspiração no Decreto nº 4620.

A consagração de um tal sistema, rígido e imutável, para além de anquilosar e impedir a evolução da jurisprudência, necessariamente ditada pelo devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta, contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial.

Ora, tanto a eficácia jurídica universal atribuída à doutrina dos assentos, como o seu carácter de imutabilidade, não só se apresentam como atributos anómalos

²¹ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

²² Tribunal Constitucional, Acórdão nº 743/96, Rel. Cons. Monteiro Diniz.



relativamente à forma inicial da sua instituição em 1939, mas também se configuram como formas de caracterização inadequada de um instituto que visa a unidade do direito e a segurança da ordem jurídica.

E parece poder afirmar-se que, desprovida desta caracterização, isto é, sem força vinculativa geral e sujeita, em princípio, à contradita das partes e à modificação pelo próprio tribunal dela emitente, aquela doutrina perderá a natureza de acto normativo de interpretação e integração autêntica da lei.²³

Face a esta situação, e com base no princípio da tipicidade das leis constantes da Constituição Portuguesa, vedando a criação pela via legal de outras categorias de atos legislativos (art. 115, CP), o Tribunal Constitucional português considerou que, pelas características particulares dos assentos, eles seriam parcialmente inconstitucionais. Afinal, o assento elaborado a partir da decisão atuaria

estritamente [como] as proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente, desses acórdãos. O assento é o ‘preceito que coroa a decisão do caso concreto’ com ‘força genérica’ (Antunes Varela. Do Projecto ao Código Civil. p. 18), não a própria decisão do caso concreto ou o conteúdo normativo casuístico dessa decisão.

Originados embora numa decisão jurisprudencial que deles constitui pressuposto jurídico, os assentos normativamente objectivam, para além dessa decisão, uma prescrição que fica a valer geral e abstractamente para o futuro, sendo assim equiparados a fontes de direito²⁴

Afinal, os assentos foram tidos por parcialmente inconstitucionais pelos seguintes motivos: a) os assentos tinham um carácter estático e imutável, ou seja, não havia autorização para a sua revisão. Uma vez editado um assento, este seria permanente, que foi a mesma situação ocorrida na Inglaterra e a fixação de precedentes obrigatórios entre 1898 e 1966, em que não podia haver a superação de precedentes; b) a sua obrigatoriedade era geral, no

²³ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz. Grifos nossos.

²⁴ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 810/93, Rel. Cons. Monteiro Diniz. Texto entre colchetes nosso.



sentido de que vinculava os tribunais que estavam fora do Poder Judiciário e, de forma direta também a comunidade em geral, o que os assemelhava às leis.

No entanto, o próprio tribunal indicou que:

Desde que a doutrina estabelecida no assento apenas obrigue os juízes e os tribunais dependentes e hierarquicamente subordinados àquele que o tenha emitido, e não já os tribunais das outras ordens nem a comunidade em geral, deixa de dispôr de força obrigatória geral o que representa, no entendimento de Marcello Caetano, a perda automática do valor que é próprio dos actos legislativos (cfr. ob. loc. cit.).

Com efeito, desde que o Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de recurso interposto pelas partes, disponha de competência para proceder à revisibilidade dos assentos - e não cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre os pressupostos e a amplitude do esquema processual a seguir em ordem à concretização desse objectivo - a eficácia interna dos assentos, restringindo-se ao plano específico dos tribunais integrados na ordem dos tribunais judiciais de que o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da respectiva hierarquia, perderá o carácter normativo para se situar no plano da mera eficácia jurisdicional e revestir a natureza de simples jurisprudência qualificada.

E assim sendo, a norma do artigo 2º do Código Civil, entendida como significando que os tribunais podem fixar, por meio de assentos doutrina obrigatória para os tribunais integrados na ordem do tribunal emitente, susceptível de por este vir a ser alterada, deixará de conflitar com a norma do artigo 115º, nº 5 da Constituição.²⁵

Em outros termos, o Tribunal Constitucional português não vedou, em abstrato, a concessão de eficácia vinculante aos pronunciamentos do Poder Judiciário sem a devida reforma constitucional. Esta poderia ser realizada desde que baseada na hierarquia existente entre os tribunais tivesse eficácia interna e fosse revogável, o que retiraria o seu carácter legislativo. O problema percebido era o excesso de autonomia dos assentos em relação às decisões e a sua imutabilidade.

²⁵ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz.



Não se pode confundir decisão de controle de validade de normas jurídicas, seja ela um controle de constitucionalidade, seja o da validade jurídica em geral, mesmo que com vinculação geral com a função legislativa. Enquanto a decisão de invalidade tem um efeito tão somente negativo, o ato legislativo detém necessariamente um efeito positivo. Mais ainda, a tão só concessão de eficácia geral não implica igualar um ato jurisdicional ao legislativo, pois, embora a generalidade seja uma característica da lei, não é um elemento suficiente. Não se pode confundir a revogação – ato legislativo – com anulação, que pode ocorrer na atuação jurisdicional. Enquanto o primeiro é um ato de disposição-atuação desvinculado, o segundo necessariamente tem por base a violação de norma superior ou de algum vínculo normativo específico.²⁶

Outra diferença existente entre a função legislativa e a jurisdicional é a de que, enquanto o Poder Legislativo pode, desde que não haja inconstitucionalidade, implementar qualquer regra legal que desejar, sem qualquer exigência de fundamentação. A atuação jurisdicional não pode ser arbitrária, devendo ser fundada em argumentos jurídicos e baseadas nos textos normativos em vigor.²⁷ Também não possui o precedente caráter definitivo de um texto normativo, sendo mais frágil, estando sempre sujeito a modificação. A superação de precedentes é mais limitada pela necessidade de fundamentação e a limitação causada pelos textos normativos.

Mesmo a função de controle de constitucionalidade – mesmo o abstrato e concentrado - não implica a concessão de uma atuação legislativa ao Poder Judiciário. Portanto, é preciso compreender que “a expressão “legislador negativo” não traduz a função “legislativa”

²⁶ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 612.

²⁷ Destacando essa diferenciação: ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere: interpretative change in a codified system*. CANE, Peter; STAPLETON, Jane. (orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998., p. 305-306; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 222; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 182; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 87; HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases, and precedent. HERSHOVITZ, Scott (ed). *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006, versão kindle, página 86 de 328.



do tribunal”.²⁸ A lógica dessa atuação é a mesma que permite ao Poder Judiciário anular um determinado ato administrativo. E, como se disse, a concessão de eficácia geral a essa decisão do Poder Judiciário não gera, para ele, o exercício do poder legislativo. O paralelismo será tão somente formal, jamais material, eis que as eventuais consequências podem ser iguais.²⁹ Em outros termos, mesmo o controle de constitucionalidade concentrado consiste no exercício da função jurisdicional típica.

Afinal, não é a concessão de eficácia vinculante que torna um ato jurisdicional detentor de natureza legislativa. De acordo com Castanheira Neves, para que isso ocorra, são necessárias as seguintes características: “1) uma prescrição, e não um juízo; 2) que comprometa universalmente a ordem jurídica; 3) e no qual a ordem jurídica se compromete a) já instituindo um status jurídico, em intenção puramente jurídica, b) já estatuidando uma solução programática, pré-determinada e de aplicação futura, de certo tipo de problema social, em intenção político-jurídica”.³⁰

O mesmo autor, no entanto, traz diversas críticas a atuação vinculante do Poder Judiciário, sempre focada nos assentos portugueses, que teriam um caráter excessivamente abstrato, fechando completamente a possibilidade de diálogo e da contínua reconstrução do entendimento acerca dos diversos textos normativos. Ocorre que, ao analisar o regime de precedentes constante do *common law*, parece considerar a fixação da vinculação de precedentes como possível e não como detentora de uma natureza legislativa. Isso por fazer referência à aptidão daquele sistema de caminhar por meio de um equilíbrio “entre a estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da conjugação daquela vinculação com as possibilidades do *distinguishing* e do *overruling*”.³¹

²⁸ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015... cit., p. 383.

²⁹ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais..* cit., p. 613.

³⁰ Idem, ibidem, p. 615.

³¹ Idem, ibidem, p. 669. O mesmo autor destaca essa flexibilidade do *case law* em: NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Vol. LVIII, 1982, p. 207-209.



É preciso que as razões pela inconstitucionalidade parcial dos assentos portugueses sejam compreendidas adequadamente. Quando observado do ponto de vista do Tribunal Constitucional, o efetivo problema era o de que eles funcionavam como “proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente”, atuando como fonte autônoma do direito. Consta do próprio acórdão que reconheceu a sua inconstitucionalidade a afirmação de que esta não existiria caso a vinculação ocorresse dentro da própria estrutura do Poder Judiciário, obrigando tão somente os tribunais submetidos hierarquicamente ao Supremo Tribunal de Justiça e desde que existam mecanismos para que o precedente fosse debatido pelas partes a eles sujeitas.

Do ponto de vista de Castanheira Neves, o problema seria a forma de atuação dos assentos, que fugiria à atividade típica dos tribunais, que seria a de decidir casos concretos para ter uma natureza de eficácia geral, mas atuando tão somente com natureza prescritiva.

O problema existente na ordem jurídica portuguesa não era a existência de fixação de vinculação por meio de legislação infraconstitucional, mas a forma com a qual essa vinculação fora realizada, que tornava os assentos uma fonte autônoma do direito, impedindo sequer a discussão pelas partes, além do seu caráter de imutabilidade.

3.2.2. De volta ao processo brasileiro

Trazendo todo o raciocínio desenvolvido no direito português para o direito brasileiro, parece possível comparar, em partes, o posicionamento desenvolvido pela doutrina pátria na defesa da inconstitucionalidade da fixação de precedentes obrigatórios com a conclusão alcançada pelo Tribunal Constitucional português, como será demonstrado.

3.2.2.1. Os precedentes transformam os juízes em bocas dos tribunais?



Um primeiro argumento a ser combatido é o de que, de forma alguma, inserir precedentes obrigatórios em uma cultura jurídica implica o seu engessamento e a transformação dos juízes em “bocas dos tribunais”. Os precedentes são *textos* e, tal qual a lei, precisarão ser interpretados dentro da sua facticidade, sempre havendo a possibilidade de superação pelo tribunal competente e da realização da distinção pelos demais tribunais.

Ao que parece, a crítica é dirigida a uma forma *errônea* de aplicação de precedentes. Por exemplo, na elaboração da súmula vinculante n. 14, que permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso, houve o voto contrário da Ministra Ellen Gracie sob o fundamento de que uma súmula sobre o tema dependeria da interpretação de autoridades policiais. Isso seria um problema, pois “A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”.³²

Não se pode, de forma alguma, defender que os precedentes e as súmulas impedem ou dispensam a interpretação e nem isso é defendido pela doutrina, seja ela estrangeira ou brasileira.³³ Afinal, mesmo a súmula é um texto que requer a interpretação, que

³² Plenário edita 14ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>. Acesso às 12h, do dia 30 de julho de 2016.

³³ Dentre muitos outros: BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 98-100; FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 76; NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais...* cit., p. 208-209. No direito brasileiro, ver, por exemplo afirmações como “A interpretação do precedente aproxima-se da interpretação da lei, porque sempre haverá um contexto de justificação a legitimar a decisão pleiteada”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acesso às 15h, do dia 24 de setembro de 2016). Com afirmação praticamente idêntica, no sentido de que “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259). Também demonstrando preocupação com a interpretação dos precedentes: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 317-322; PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16... cit., p. 501-502; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 177-182; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 506. Como aponta Goodhart, “Se fosse possível desenvolver um método em que todos os precedentes fossem determinados, as dificuldades da interpretação desapareceriam, mas eu acredito que isso é uma vã esperança”. Tradução livre do original: “If it were possible to devise a method by which all precedents would become determinate, then the difficulties of



deve estar relacionada também aos precedentes que a formaram e os que vieram a aplicá-la posteriormente.³⁴ Portanto, é evidente que o precedente é um texto normativo como qualquer outro.³⁵

A mesma coisa ocorre com os precedentes. Eles são vinculantes - goste ou não o magistrado do posicionamento tomado - mas isso obviamente não impede que ele seja interpretado.

O art. 489, §1º, V do CPC exige que, para uma decisão ser considerada fundamentada na aplicação de precedentes, haja uma adequada identificação dos seus fundamentos determinantes e a demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Um sistema de precedentes depende de um equilíbrio entre permanência e mudança constantes, cabendo sempre a interpretação do precedente invocado ou da súmula para verificar a sua adequação ao caso concreto, sendo possível, por exemplo, a alegação de distinção no caso concreto.

A inserção dos precedentes obrigatórios na dinâmica do direito brasileiro requer o desenvolvimento de toda uma técnica apta a interpretá-los adequadamente.³⁶ Para que se possa verificar a incidência de uma determinada *ratio decidendi* a um outro caso concreto, pressupõe-se uma análise comparativa entre as duas situações fáticas alegadas pelas partes

interpretation would disappear, but I believe that this is a vain hope". (GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, v. 22, 1959, p. 124).

³⁴ Nesse sentido, embora com uma perspectiva diversa, defendendo que as súmulas teriam natureza legislativa, cf.: ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 59.

³⁵ Pode-se discutir a forma de interpretar a lei e o precedente. No primeiro, tem-se um texto que não é diretamente conectado a nenhum caso concreto específico, escrito de forma abstrata, em que discute-se termo por termo etc. No precedente, tem-se a necessidade de uma observação do caso como um todo, dos fatos, da argumentação, da verificação da (in)existência de uma *ratio decidendi* compartilhada por uma maioria. Enfim, podem existir diferenças quantos aos limites do intérprete em cada um dos casos e mesmo à sua forma, mas parece-me inegável que há, em ambos os casos, uma atividade de interpretação. MacCormick, por exemplo, destaca que ambos possuem força devido à autoridade que os produz, mas, que no caso da legislação, cada um dos textos deve ser levado em conta, o que não ocorreria no precedente (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 143).

³⁶ Destacando os vários desafios provocados pela necessidade de se levar os precedentes a sério no CPC/2015: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.



para verificar a (im)possibilidade de incidência da norma do precedente invocado. As partes podem ainda requerer a necessidade de utilização da técnica da distinção, por meio da alegação de que o seu caso, em tese, seria abrangido pelo precedente invocado, mas que detém alguma particularidade fática relevante. Além de tudo isso, ainda é imprescindível compreender que a norma do precedente não é construída de forma unilateral pelos tribunais superiores, havendo uma construção dialética constante, que depende da participação contínua das partes e dos demais órgãos jurisdicionais.³⁷ A aplicação do precedente, portanto, exigirá tanto a interpretação dos fatos de ambos os casos, quanto da própria *ratio decidendi* para ser possível identificar o seu âmbito de incidência.³⁸

A bem da verdade, se por um lado o precedente tenta reduzir a amplitude das possíveis interpretações de um determinado texto normativo, por outro, ele impõe que o operador do direito lide com mais uma espécie de dado normativo. O precedente, neste sentido, não implica, de forma alguma, em uma nova exegese, sempre exigindo interpretação, tal qual ocorreria com qualquer outra espécie de texto normativo, ora enriquecida pela participação ainda mais próxima dos fatos concretos.

Mais ainda, é preciso destacar que há também um aspecto material no *stare decisis*. Neil Maccormick aponta que os próprios juízes no *common law* consideram possuir maior liberdade para interpretar os precedentes considerados infundados.³⁹ Há também quem fale em redefinição do precedente nos mesmos casos.⁴⁰ Mas isso não retira a vinculação/obrigatoriedade do precedente.

O art. 927 do CPC gera uma vinculação formal de certas decisões. No entanto, um precedente vinculante frágil “tenderá a não ser respeitado, justamente por não ostentar a

³⁷ Nesse sentido: MOURÃO FILHO, Juraci Mourão. O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 154-155.

³⁸ MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral da personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 256, jun.-2016, p 332.

³⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 291.

⁴⁰ WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés. Trad. de Cristián Banfi del Río. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n.1, 2008, p. 66.



qualidade de se fazer ser aceito pela robustez de seus fundamentos e pelo ambiente sadio em que se formou (p.ex., com ampla publicidade, participação de interessados, qualidade de sua fundamentação, etc.)”.⁴¹ Por mais que o precedente seja formalmente obrigatório, a sua fragilidade acabará gerando distinções inconsistentes, aplicações com ressalva do entendimento, o que eventualmente forçará a revisão do respectivo entendimento. Isso significa dizer que o precedente no direito brasileiro tem uma força vinculante que deriva diretamente da lei – não dependendo da aceitação posterior -, mas a qualidade do precedente é importante para fortalecê-lo ou enfraquecê-lo.

A qualidade da argumentação, de fato, é um elemento a ser considerado na teoria dos precedentes. Mas não parece adequado defender que o precedente depende inexoravelmente do seu conteúdo para ter força obrigatória. Respeitados os requisitos formais (dentre eles o art. 489, §1º e o art. 10, ambos do CPC, exigidos pelo art. 927, §1º, todos do CPC), o precedente é vinculante independentemente de se concordar ou não com o seu conteúdo.

Ainda mais, não sendo o precedente adequadamente fundamentado, ficará sujeito a utilização de uma técnica denominada de *disapprove precedent*, que dentre os possíveis conteúdos, abrange a possibilidade de o juiz de primeira instância, no caso de discordância acerca do conteúdo do precedente, fundamentar com base em seu entendimento, mas apontar que, devido à obrigatoriedade dos precedentes, aplicará a *ratio decidendi* dos tribunais superiores.⁴² A utilização dessa técnica é também adotada no enunciado n. 172 do FPPC, afirmando que “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”. Enfim, os precedentes não impedem a interpretação, seja do próprio precedente, seja dos textos normativos que o embasam, que podem ser utilizados como uma crítica por meio da ressalva de entendimento do julgador.

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado....* cit., p. 1.315.

⁴² Nesse sentido: CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 743-748.



O que se quer afirmar é que a referida crítica não é dirigida a uma sistemática de precedentes – especialmente a criada pelo CPC/2015 -, mas a uma deturpação desse sistema. É como dizer, por exemplo, que são inconstitucionais os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais porque o juiz pode decidir de forma arbitrária. É uma situação que pode ocorrer, mas que é uma aberração do sistema e não um objetivo dessas espécies de conceitos que os tornariam inconstitucionais.

3.2.2.2. Os precedentes obrigatórios violam a independência judicial e a separação entre os poderes?

3.2.2.2.1. O problema da violação de cláusulas pétreas e a alegação da necessidade de emenda constitucional para a fixação da obrigatoriedade dos precedentes

Um primeiro apontamento sobre esse argumento deve ser realizado, antes mesmo de passar à análise do seu conteúdo e à relação com os precedentes obrigatórios revelando uma estranha situação.

O art. 95 da Constituição, traz como garantias expressas da magistratura, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio. Muito embora a independência judicial não esteja expressamente prevista na Constituição brasileira, ela é o embasamento de todas essas garantias, sendo um aspecto essencial para garantir a adequada atuação do Poder Judiciário como promotor de diversos direitos fundamentais.⁴³ Ela tem por função atuar como

⁴³ Fazendo referência à conexão entre as três garantias expressas na constituição e a independência judicial: TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital, capítulo VI, tópicos I e II.



uma espécie de garantia institucional de um regime democrático,⁴⁴ de forma a permitir o adequado exercício da jurisdição pelos magistrados.

A independência judicial pode ser observada sob três aspectos diferentes: a) independência pessoal, relacionada com a inamovibilidade e com a autonomia no exercício da jurisdição; b) a independência coletiva, que confere autonomia à judicatura como uma ordem ou corporação e c) a independência funcional, que seria o núcleo duro da independência, segundo a qual o juiz apenas estaria submetido ao direito no exercício de sua função jurisdicional.

Essa independência ainda teria um aspecto interno e outro externo. O primeiro relacionado com a independência perante órgãos ou entidades pertencentes ao Poder Judiciário e o segundo em relação aos outros poderes.⁴⁵ Sob a perspectiva dos precedentes, haveria uma suposta violação do ponto de vista funcional e interno, eis que os juízes estariam submetidos a uma fonte do direito além da lei, fora das hipóteses constitucionais.

O problema maior é o seguinte: sendo a independência judicial uma garantia constitucional, esta poderia ser considerada como uma garantia individual de cada magistrado, tornando-a apta a ser tutelada pelo art. 60, §4º, IV, da CF. Em outros termos, a independência judicial seria uma cláusula pétrea. Isso significa que, nem mesmo por meio de reforma constitucional poderia haver a vinculação de precedentes, caso adotada a forma de raciocínio daqueles que defendem a inconstitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes.

⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estudos Avançados, v.18, n..51, mai./ago.-2004, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>. Acesso às 22h, do dia 02 de agosto de 2016, p. 152.

⁴⁵ A classificação foi retirada da obra de Canotilho, que, no caso da independência funcional, faz menção à “lei – ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas”, mas parecer ser mais adequado fazer menção ao termo direito, por ser mais abrangente e mais adequado para conferir uma maior unidade ao funcionamento do exercício do Poder Judiciário. (CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 663-664). Destaque-se que, para Canotilho, não seria adequada a vinculação dos juízes mesmo no caso dos precedentes constitucionais, afirmando que estes tornar-se-iam imutáveis, só as admitindo nos casos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 281, n. 2, da Constituição Portuguesa) (p. 864), parecendo confundir vinculação de precedentes com eficácia *erga omnes* da coisa julgada existente no controle concentrado de constitucionalidade.



O raciocínio é ainda mais evidente, sendo desnecessária qualquer digressão quando analisado o argumento de que haveria uma violação à separação funcional entre os poderes. Caso o raciocínio fosse aceito, haveria violação à separação de poderes, que é, igualmente, uma cláusula pétrea, nos termos do 60, §4º, III, da CF. Ou seja, mesmo que houvesse previsão da vinculação de precedentes por meio de reforma constitucional, ainda assim seria inconstitucional por violar cláusula pétrea.

Em outros termos, acolhido o raciocínio dos autores que defendem a inconstitucionalidade dos precedentes porque não fora feito por meio de reforma constitucional, já que viola a separação de poderes e a independência judicial, cria-se um outro problema. E esse problema seria tão somente uma nova inconstitucionalidade, qual seja, a violação de duas cláusulas pétreas: a independência judicial e a separação funcional entre poderes. Portanto, seria o caso de uma emenda constitucional inconstitucional, situação plenamente cabível em nosso ordenamento jurídico.⁴⁶

3.2.2.2.2. Há violação a independência judicial e a separação entre poderes?

Passada essa constatação da problemática em admitir o raciocínio da mencionada doutrina, é possível passar à seguinte constatação: a fixação de precedentes obrigatórios efetivamente viola a independência judicial e a separação entre poderes?

3.2.2.2.2.1. A independência judicial e a atuação do Poder Judiciário enquanto instituição

⁴⁶ Com a mesma crítica: ZANETI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 368.



Acerca da independência judicial, não há qualquer vinculação entre o seu conteúdo e a garantia – individual – a cada juiz de julgar da forma com a qual julgue mais adequada, independentemente do posicionamento das Cortes Supremas. O Poder Judiciário não pode ser observado como um conjunto de salvadores da pátria, cada um tendo o poder de encontrar a melhor interpretação do direito, de acordo com o seu próprio entendimento. Em outros termos, a existência de precedentes obrigatórios não implica em qualquer violação da independência judicial.⁴⁷⁻⁴⁸

Isso significaria ignorar o papel do Poder Judiciário, enquanto instituição, de garantir a igualdade entre os jurisdicionados e a sua atuação enquanto promotor da segurança jurídica.⁴⁹ Há muito tempo já se constatou o fato de que o texto normativo, por si só, é incapaz de garantir a segurança jurídica por sua potencial ambiguidade,⁵⁰ precisando sempre da

⁴⁷ No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional português: “o facto de aos juizes dos tribunais integrados na ordem do tribunal emitente do assento, (até mesmo os deste tribunal enquanto não se operar a sua reversibilidade), ser imposta a aplicação da doutrina nele contida, não representará violação da sua independência decisória? Tem-se por seguro que não. Uma tal definição jurisprudencial, provinda do mais alto tribunal da hierarquia dos tribunais judiciais (no presente processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, apenas importa considerar os assentos do Supremo Tribunal de Justiça) sem eficácia externa erga omnes, e susceptível, em princípio, de impugnação processual pelas partes interessadas na causa, há-de ter-se como adequado elemento integrativo da própria estrutura jurisdicional de que promana. A subordinação devida pelos tribunais àquela jurisprudência, tem algo de comum com a generalidade das decisões proferidas em via de recurso às quais é devido acatamento mesmo quando delas dissintam os juizes dos tribunais de instância. (...) Este afloramento constitucional do valor da uniformização jurisprudencial há-de ser entendido em termos de, numa perspectiva global do funcionamento do sistema judiciário, justificar a subordinação de todos os tribunais judiciais à “jurisprudência qualificada” do Supremo Tribunal de Justiça sem que, de tal subordinação, resulte comprometida a sua independência decisória”. (Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz).

⁴⁸ Este questionamento não existe apenas no Brasil, mas também em outros países do *civil law*, como a Espanha. Fazendo menção a este problema e indicando que não parece haver adequação em afirmar que a obrigatoriedade dos precedentes implicaria na violação da independência judicial: COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 60-66. Sobre o tema, Laporta faz interessante consideração também aplicável ao Brasil, no sentido de que “Este razonamiento que vincula la existencia del precedente obligatorio con la amenaza a la independencia judicial es realmente sorprendente. Sólo imaginar que nos lleva al solemníssimo disparate de suponer que todo juez que ejerza em un orden jurídico que establezca el principio *stare decisis*, todo juez inglés o americano, digamos, carece sólo por ello de independencia, sería razón bastante para reconsiderarlo”. (LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 30).

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 148-152.

⁵⁰ Tratando da vagueza potencial dos textos normativos: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 35-37, 49-54; ÁVILA, Humberto. *Função da ciência do direito tributário*: do



atuação do intérprete para a construção. E, de uma forma ou de outra, a palavra final incumbe ao Poder Judiciário, embora não se possa dizer que ele pode decidir de forma arbitrária, estando sujeito ao ordenamento jurídico.

O que faz o CPC/2015, ao instituir os precedentes obrigatórios, é tentar iniciar a construção de uma unidade na aplicação do direito pelo Poder Judiciário brasileiro. Não se pode negar que o ideal seria uma construção paulatina de consciência de que o Poder Judiciário é uno e que assim, deve manter um entendimento coerente sobre os diversos textos normativos. Mas isso não ocorreu no Brasil, sendo necessária a intervenção legislativa, como forma de densificar os princípios da igualdade e da segurança jurídica, forçando o primeiro passo na construção dessa cultura. Ao contrário de uma inconstitucionalidade, o que se tem é tão somente uma densificação de princípios constitucionais.

Não se pode ignorar o fato de que, no Brasil, existem vários órgãos com aptidão para julgar casos oriundos de todo o território nacional, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, fixando o entendimento a ser adotado pelos demais órgãos jurisdicionais acerca da Carta Magna. Ao STJ, compete a fixação da “interpretação do direito federal, evitando que cada estado da federação trate da lei federal a seu gosto”, entendimento que pode ser extraído do art. 105, III, da Constituição.⁵¹ Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais tribunais com competência para julgar casos originário de todo o território nacional, em relação às suas respectivas áreas de atuação.⁵²

Apenas um ponto de vista estritamente individual do exercício da função jurisdicional poderia permitir o exercício da jurisdição por cada juiz desconsiderando os

formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, v. 29, 2013, p. 191.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 97-98.

⁵² De forma semelhante: NERY JR., Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Apresentação. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009, p. 91; BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014, p. 348-349.



precedentes anteriores e ignorando “o dever de tutelar os casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade”.⁵³ *Afinal, é preciso passar de um modelo individualista para um institucionalista.*

Consoante destaca Luiz Guilherme Marinoni:

É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdente, se digladiam.⁵⁴

A independência judicial, do ponto de vista individual e interno tem como conteúdo apenas a garantia de que o juiz apenas esteja submetido ao direito, mas por outro lado, também cria o dever de que ele apenas decida conforme o direito. O direito ora mencionado não pode ser entendido como o *texto normativo*, pois de há muito é evidente que aquele não se confunde com a norma jurídica. O que é devidamente aplicado nos casos concretos é a *norma jurídica*, que é reconstruída continuamente pelo Poder Judiciário, com destaque para a atuação dos tribunais superiores, com a função justamente de uniformizar o entendimento nacional.

A própria Constituição brasileira afirma caber ao STF a função de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CFRB) e caber recurso especial para o STJ em caso de interpretação divergente entre tribunais (art. 105, III, c, CFRB),⁵⁵ ressaltando seu papel na

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014, p. 91. Também criticando fortemente o individualismo nas decisões que ignoram os precedentes, cf.: JARAMILLO, Javier Tamayo; JARAMILLO J. Carlos Ignacio. *El precedente judicial en Colombia*: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibañez, 2012, p. 219-220; TAVARES, André Ramos. *Judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital, capítulo IV, tópico 4.4. Também não vislumbrando ser uma suposta liberdade na formação do convencimento como fundamento para a não aplicação de um precedente: LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 778.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 149.

⁵⁵ Destacando a importância do STF e do STJ na uniformização do direito: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Common law e civil law*. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil.



uniformização da aplicação do direito no território nacional, sendo irracional defender que a independência judicial permite a cada juiz interpretar o direito como considerar melhor. É defender a manutenção da chamada jurisprudência lotérica sob a defesa de uma suposta independência de entendimento dos juízes individualmente considerados. Por isso, foi feliz o art. 8º do CPC ao mencionar que o juiz deve aplicar o *ordenamento jurídico* e não apenas a menção à lei, devendo ser incluído no conceito de ordenamento jurídico os precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC/2015.⁵⁶ Em outros termos, “o ato de julgar não deve estar tão-somente adstrito à lei, mas a todo o Direito” e, na medida em que o precedente judicial também atual como fonte do direito, ele passa a ser de observância obrigatória pelos magistrados.⁵⁷

3.2.2.2.2. A separação entre os poderes e o problema da vinculação dos demais poderes

Acerca da violação à separação funcional de poderes, a argumentação é no sentido de que a fixação de precedentes obrigatórios por lei infraconstitucional violaria a independência judicial e de que os precedentes seriam equivalentes a preceitos abstratos, gerais, com característica de lei, concedendo poder legislativo ao Poder Judiciário sem autorização constitucional.

Demandas repetitivas. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 461.

⁵⁶ Nesse sentido v. E. 380 do FPPC: A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes. Na doutrina: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 481; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 8º. CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 240. No mesmo sentido: MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 94.



Os problemas desse posicionamento são diversos, para além de que a sua admissão implicaria a inconstitucionalidade da emenda constitucional eventualmente utilizada pela violação de cláusula pétrea.

Consoante já apontou Castanheira Neves, a característica de generalidade não é o que torna uma determinada atuação como detentora de natureza legislativa. Os precedentes, ao se afirmarem obrigatórios, tornam possível a extração de uma norma jurídica – *ratio decidendi* -, com natureza geral, mas voltada ao concreto. Mesmo com o desenvolvimento da *ratio decidendi*, ela sempre está pautada no caso concreto.

O objetivo do Poder Judiciário continua sendo o de emitir juízos, e não o de prescrever condutas, embora esta segunda característica seja mais destacada com a obrigatoriedade dos precedentes. Mas isso não significa, de forma alguma, a concessão de poder legislativo às decisões judiciais.

É preciso relembrar toda a construção desenvolvida no direito português, no sentido de que o problema (inconstitucionalidade) não é propriamente a concessão de eficácia obrigatória às decisões judiciais. A inconstitucionalidade surge a partir do regime proposto, que, naquele país, tornava o assento como uma fonte do direito autônoma, com força obrigatória geral, para além do Poder Judiciário e, especialmente, pela sua impossibilidade de revisão.

Esse não é o regime proposto pelo CPC/2015.

Mesmo no caso das súmulas, que seriam os enunciados com características semelhantes aos assentos portugueses, o §2º, do art. 926 afirma que os tribunais, ao editarem as súmulas, “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Em outros termos, as súmulas não podem autonomizar-se dos precedentes que a geraram e mesmos dos posteriores, que podem adaptar o seu âmbito de aplicação. O que, inclusive, já ocorreu em alguns momentos na história brasileira.

É preciso que se perceba que o precedente não pode ir além da lei – ele é, sim, um complemento do texto normativo -. Seu objetivo não é criar a partir do nada, mas sim o de



densificar o texto normativo, cabendo aos tribunais que têm aptidão para uniformizar o entendimento sobre aquele tema produzirem precedentes obrigatórios.⁵⁸

Não há qualquer violação ao princípio da legalidade, eis que ele não pode ser compreendido como referente apenas à lei em sentido estrito, mas sim como o dever de decidir em conformidade com o ordenamento jurídico. Afinal, a atividade jurisprudencial *necessariamente deve partir da lei e nela deve estar contida*. O precedente visa apenas densificar as diversas hipóteses normativas que podem ser extraídas de um mesmo texto normativo, e não ir além delas. Assim, a lei “é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes”.⁵⁹

Além disso, é preciso destacar que os precedentes, na forma como estão previstos no CPC/2015, mais especificamente os que se alegam ser inconstitucionais (art. 927, III a V) têm uma função de obrigatoriedade apenas *interna*.⁶⁰ Como destacado por Eduardo da Fonseca Costa, eles atuam como *normas de estrutura*, orientando a forma de edição de normas pelo próprio Poder Judiciário.⁶¹ No caso dos precedentes que têm eficácia vinculante interna, a atuação seria apenas a título de integração ao direito de normas de estrutura – normas que indicam como produzir outras normas -. A principal fonte de comportamento continua sendo a lei; a atuação do Judiciário visa apenas densificar os textos normativos, atuando indiretamente,

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 274. Com argumento semelhante: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3, p. 306.

⁵⁹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftnref6. Acesso às 17h, do dia 30 de julho de 2016. Com a mesma construção: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 148. ZANETI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2ª ed... cit., p. 369.

⁶¹ COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927. CÂMARA, Helder Moroni (coord). *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.126.



pré-definindo “qual possibilidade é a correta, sem permitir margem de discricionariedade ao juiz – ainda que racionalmente motivada – para escolhê-la”.⁶²

Apenas haveria a necessidade de emenda constitucional nas hipóteses em que a vinculação atingisse outros poderes, como é exemplo da súmula vinculante, cuja obrigatoriedade atinge *diretamente a Administração Pública direta e indireta* (art. 103-A, *caput*).⁶³ Isso significa que, na própria estrutura administrativa do Poder Executivo, no exercício da autotutela, incide a obrigatoriedade de respeito ao conteúdo da súmula vinculante. É nesse sentido que o art. 7º, da Lei 11.417/2007 permite que “do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal”. É porque, em tais casos, como o é a situação da súmula vinculante, tem-se uma alteração na forma de distribuição dos poderes, mediante o estabelecimento de um novo mecanismo no sistema de freios e contrapesos.

A própria doutrina que desenvolve o argumento da inconstitucionalidade pela violação à separação funcional de poderes tenta superar essa argumentação sob a justificativa de que, se o precedente tratar de matéria relativa à Administração Pública, ela estaria automaticamente vinculada a esse entendimento. Supostamente, esse raciocínio seria “evidente”, pois, “Do contrário, teríamos que sustentar que nas lides em que figurar o poder público, a decisão paradigmática do incidente vincularia pela metade, isto é, vincularia tão somente o particular”.⁶⁴

O problema é que os autores parecem não ter entendido a lógica diversa de vinculação de uma súmula vinculante e de um precedente constante exclusivamente do art. 927 do CPC/2015. Os precedentes mencionados no art. 927 não têm aptidão de vincular

⁶² COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.125-1.131.

⁶³ Esse é também o posicionamento de Eduardo Fonseca da Costa, segundo o qual, nesses casos, o STF exerceria, de forma anômala, função legislativa: COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.125. Não se concorda com o raciocínio de que o STF exerceria anormalmente a função legislativa nesses casos. Como apontado, a necessidade de emenda constitucional deriva da consequência trazida pela vinculação de um poder pelo outro, que altera o balanço da repartição entre os poderes, criando um novo mecanismo de freios e contrapesos.

⁶⁴ ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.201; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* cit., p. 371-372.



diretamente o Poder Público no exercício de sua autotutela – com a exceção de ele próprio editar ato normativo acolhendo esse posicionamento -⁶⁵. A vinculação direta ocorre tão somente em relação do Poder Judiciário, que estará sujeito a seguir a orientação firmada pelos tribunais superiores – norma de estrutura -.

Um argumento interessante está relacionado a afirmação de que o art. 985, §2º do CPC exigiria que, nos casos em que o IRDR seja relacionado a prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação. Ou seja, haveria uma vinculação de outro poder sem a devida reforma constitucional. Seguindo a lógica proposta por esse texto, uma interpretação conforme a constituição desse texto normativo deve ser focada no aspecto da publicidade, não da obrigatoriedade de um outro poder sem a devida reforma constitucional. O respectivo ente público não estaria obrigado pela decisão no IRDR, não sendo, por exemplo, obrigado a multar uma empresa que não esteja aplicando o precedente caso discorde da decisão. A fiscalização teria apenas por objetivo densificar o princípio da publicidade, permitindo aos cidadãos e igualmente ao Poder Judiciário identificarem se os seus precedentes estão sem obedecidos. De toda forma, seria uma forma de incentivar o diálogo institucional, permitindo (e não obrigando) a eventual alteração nas rotinas de fiscalização ou mesmo das normas administrativas dos agentes responsáveis pela fiscalização dessas atividades.⁶⁶ Assim, a decisão no IRDR tem apenas eficácia persuasiva em relação ao poder publicar, não o vinculando diretamente e nem se podendo cogitar do cabimento de reclamação caso o precedente não seja respeitado.⁶⁷

Em outros termos, é evidente que inexistente qualquer vício de inconstitucionalidade na fixação de precedentes obrigatórios em relação à separação funcional entre poderes.

⁶⁵ V., por exemplo, a portaria 488/2016, da AGU, que versa, dentre outros temas, sobre a possibilidade de reconhecimento do pedido quando a pretensão da parte contrária estiver fundada em “acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência, processado nos termos do artigo 947 do CPC” (art. 2º, VI).

⁶⁶ Fazendo menção ao diálogo institucional gerado pela previsão normativa: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 602-603; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 985. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2015, versão digital, tópico d.

⁶⁷ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* cit., p. 220-222.



Simplesmente não há relação entre a edição de uma lei e a fixação de um precedente obrigatório, especialmente nos moldes do CPC/2015, em que a vinculação atua somente perante o próprio Poder Judiciário e permite a revisibilidade do posicionamento mediante o contraditório exercido pelas partes.⁶⁸

3.2.2.3. O posicionamento dos tribunais superiores acerca da (in)constitucionalidade dos precedentes

Um último argumento é baseado em um suposto entendimento dos tribunais superiores, que já recusaram, em outros momentos da histórica institucional brasileira (um julgado datado de 1977 e outro de 1992). Para além de tudo quanto foi afirmado no decorrer deste texto, na defesa da constitucionalidade dos precedentes obrigatórios contidos no CPC/2015, não parece haver qualquer tendência dos tribunais superiores no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade dos precedentes constantes do art. 927 do CPC/2015.

Mesmo na sistemática do CPC/1973, o STF já havia afirmado que as suas decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculariam os

⁶⁸ Não se desconhece o problema criado pela Lei 13.256/2016, eis que houve uma restrição indevida de acesso aos tribunais superiores, nos casos em que o presidente do tribunal negue seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral ou a a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos será cabível tão somente o agravo interno (art. 1.030, I e §2º, CPC). Como se parte do pressuposto de que apenas o tribunal que formou o precedente pode superá-lo, ter-se-ia uma trava inconstitucional na evolução do direito, que deve ser superada. Como a busca dessa solução não é o objetivo específico deste texto, remete-se ao leitor a outros textos com suas respectivas propostas de acesso aos tribunais superiores: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016; CÂMARA, Alexandre Freita. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso às 11h, do dia 24 de setembro de 2016; MACÊDO, Lucas Buril de. A análise dos recursos excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, no prelo.



demais órgãos do Poder Judiciário, porém não seria possível a utilização da reclamação, caso o precedente não fosse aplicado.⁶⁹

Há ainda uma passagem do voto do Ministro Teori Zavascki, em que destacou “ a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores”. Após realizar uma análise da evolução histórica da legislação sobre os precedentes, destacou o “perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática (...) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes”.⁷⁰

Há de se mencionar que, no referido julgado houve discussão se os julgamentos do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de uma determinada lei no controle difuso ainda precisariam de resolução do Senado (art. 52, X, CR) para terem eficácia *erga omnes* ou se esta resolução teria apenas efeito de dar publicidade ao julgamento. Muito embora esta argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes tenha sido – felizmente – rejeitada, ela demonstra que não parece haver qualquer tendência recente dos tribunais superiores no sentido de recusar a concessão de eficácia obrigatória aos seus precedentes.

Recentemente, o STF voltou a abordar a temática do *stare decisis* em que o Ministro Fachin apontou a sua adoção pelo direito brasileiro e a sua forte conexão com os princípios da segurança jurídica e da igualdade.⁷¹ Chegou-se a afirmar que “O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes”.

Em outros termos, não parece haver qualquer tendência de o STF reconhecer qualquer vício de inconstitucionalidade na previsão de precedentes obrigatórios por meio da legislação infraconstitucional.

⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe-107 06/06/2011.

⁷⁰ STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739.

⁷¹ STF, Tribunal Pleno, RE 655.265, Rel. Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, j. 13/04/2016, DJe 05/08/2016.



4. Conclusão

Consoante se argumentou amplamente, não há vício de inconstitucionalidade na sistemática de precedentes prevista pelo CPC/2015. O seu objetivo, pelo contrário, é tão somente o de densificar princípios constitucionais que vinham sendo ignorados pela prática de uma jurisprudência lotérica pelo Poder Judiciário brasileiro.

Claro que o fato de ser constitucional não significa, de forma alguma, que essa sistemática funcionará e que o Brasil automaticamente irá ter, nos operadores do direito, uma cultura de respeito aos precedentes. Inúmeros desafios ainda precisam ser enfrentados, pois os próprios tribunais superiores, que são aqueles que tem o dever de uniformizar os entendimentos, por vezes eles próprios atuam de forma desordenada e caótica.

No entanto, a fixação da premissa da constitucionalidade da possibilidade da obrigatoriedade dos precedentes por meio da legislação infraconstitucional é imprescindível para que essa cultura seja desenvolvida paulatinamente. Espera-se que os tribunais e os demais operadores do direito possam auxiliar no desenvolvimento dessa nova cultura que teve um importante passo iniciado com o CPC/2015.

Referências

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927. STRECK, Lenio; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (coords). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; _____. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



_____; _____. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?* MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, v. 29, 2013.

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 985. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em:



<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso às 11h, do dia 24 de setembro de 2016.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estudos Avançados, v.18, n.51, mai./ago.-2004, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>. Acesso às 22h, do dia 02 de agosto de 2016.



COSTA, Eduardo Fonseca da. Comentários ao art. 927. CÂMARA, Helder Moroni (coord). *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. Disponível em:

http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acesso às 15h, do dia 24 de setembro de 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 8º. CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, v. 22, 1959.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.



HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases, and precedente. HERSHOVITZ, Scott (ed). *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006, versão kindle.

JARAMILLO, Javier Tamayo; JARAMILLO J. Carlos Ignacio. *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibañez, 2012.

LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. A análise dos recursos excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, no prelo.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.



_____. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. Consequências da equivocada aproximação do “IRDR” ao sistema de precedentes. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedentes*. São Paulo: RT, 2016.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 249, 2015.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>. Acesso às 14h, do dia 16 de julho de 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral da personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 256, jun.-2016.



NERY JR., Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Apresentação. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Vol. LVIII, 1982.

_____. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios*. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamacao-e-precedentes-obrigatorios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016

_____. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. *Processo em jornadas* (coord). Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 208, jun.-2012, versão digital.

TAVARES, André Ramos. *Judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital

_____. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Common law e civil law*. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés. Trad. de Cristián Banfi del Río. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n.1, 2008.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *O valor vinculante dos precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftnref6. Acesso às 17h, do dia 30 de julho de 2016.

_____; _____. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere*: interpretative change in a codified system. CANE, Peter; STAPLETON, Jane. (orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998.



Tiers et procédure : le procès civil italien¹

(Third-party intervention in Italian Civil Procedure)

Giovanni Bonato

Associate Professor at the University of Paris Nanterre La Défense, France.

Visiting Professor at the Federal University of Maranhão, Brazil

Mots-clés : Procès civil. Italie. Droit comparé. Intervention des tiers. Tierce opposition. Chose jugée. Arbitrage. Procédures civiles d'exécution.

Résumé : Il s'agit du rapport italien élaboré pour les Journées internationales 2015 de l'Association Henri Capitant (Panama City et Chitré, 18-22 mai 2015) sur « Les tiers » : « Tiers et procédures ». L'auteur aborde différents aspects: la notion de tiers ; l'autorité de la chose jugée et l'opposabilité du jugement ; l'intervention des tiers ; la tierce opposition ; les tiers et l'arbitrage ; les tiers dans les procédures civiles d'exécution.

Parole-chiave : Processo civile. Italia. Diritto comparato. Intervento di terzi. Opposizione di terzo. Cosa giudicata. Arbitrato. Processo esecutivo.

Riassunto : Si tratta del rapporto italiano elaborato per le Giornate internazionali 2015 dell'Associazione Henri Capitant (Panama City e Chitré, 18-22 maggio 2015) su « I terzi » :

¹ Rapport national présenté lors des Journées Internationales Henri Capitant sur "Les tiers" à Panama le 21 mai 2015. L'auteur remercie Paolo Biavati et Michele Graziadei pour l'invitation à élaborer ce rapport.



« Terzi e processo ». L'autore tratta di differenti aspetti : la nozione di terzo ; l'autorità della cosa giudicata e gli effetti nei confronti dei terzi; l'intervento di terzo; l'opposizione di terzo ; i terzi e l'arbitrato ; i terzi nel processo esecutivo.

Sommaire: 1. Introduction. – 2. La notion de tiers dans le procès. – 3. Les tiers et l'autorité de la chose jugée. – 4. La substitution processuelle. – 5. L'intervention des tiers dans le procès contentieux contradictoire de droit commun. – 6. La tierce opposition. – 7. L'action de groupe. – 8. Les tiers et l'instruction de l'instance. – 9. L'intervention des tiers dans le contentieux constitutionnel. – 10. Les tiers et l'arbitrage. – 11. Les tiers et les procédures civiles d'exécution. – 12. Conclusions.

1. Introduction

Les relations entre les tiers et le procès constituent un sujet à la fois classique et névralgique puisqu'il touche à des institutions fondamentales du droit processuel, telles que l'action, l'intérêt et la qualité pour agir, l'autorité de la chose jugée et l'opposabilité des jugements².

Bien qu'il ne soit pas intégré au lien juridique d'instance, la solution d'un procès peut, de manière différente, atteindre les droits d'un tiers qui est, donc, intéressé par le résultat de la décision juridictionnelle. En outre, un tiers peut être sollicité à collaborer à l'œuvre de la justice³. Ce sont les raisons pour lesquelles dans le système juridique italien on trouve plusieurs dispositions consacrées aux tiers qui, notamment, régissent: la substitution processuelle ; la demande en intervention volontaire ou forcée dans le procès contentieux de droit commun et dans la procédure arbitrale; la tierce opposition à l'encontre des jugements; le témoignage et

² Dans ce sens, avec des réflexions liées à l'intervention des tiers, voir A. Chizzini, *Intervento in causa*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, Utet, 1993, vol. X, p. 112 ss., § 1.

³ Un auteur français (C. Lefort, *Le tiers dans le Nouveau Code de Procédure Civile*, in *Mélanges R. Martin*, Bruylant/LGDJ, 2004, p. 153 ss.) propose de distinguer entre deux sortes de tiers: les tiers intéressés par le résultat du procès, appelés « tiers agissants »; les « tiers dont le concours à l'oeuvre de justice est sollicité », qualifiés de « tiers requis ».



l'obtention de pièces détenues par un tiers ; l'intervention dans le contentieux constitutionnel ; les tiers et les procédures civiles d'exécution.

2. La notion de tiers dans le procès

Pour bien cerner la catégorie des « tiers » il est indispensable de se pencher, au préalable, sur la qualité de « partie » à l'instance. En effet, il a été souligné, à plusieurs reprises, que la notion de tiers n'est rien d'autre que le reflet spéculaire de la notion de partie⁴.

Ceci dit, le Code de procédure civile italien ne donne pas une définition de partie à l'instance⁵, encore que cette dernière soit l'objet du titre III du premier livre du Code et que le vocable « partie » soit contenu dans maints articles du texte⁶. Étant donné que nous ne pouvons pas approfondir ici ce concept, il suffit de rappeler qu'on adopte volontiers une définition de nature processuelle, étant partie celui qui forme une demande au juge (demandeur) et celui à l'égard duquel cette demande est élevée (défendeur). Par conséquent, ces deux personnes sont assujetties aux effets du jugement⁷.

Le lien d'instance qui unit les parties fait, au contraire, défaut à l'égard des tiers⁸. On en déduit que le tiers dans un sens processuel est celui qui demeure étranger au procès, n'étant pas ni demandeur ni défendeur. Il convient de rappeler que le juge n'a jamais la qualité de partie; il n'est pas tiers pour autant⁹.

⁴ E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 6^e ed., I, 2007, Milano, Giuffrè, p. 76. Dans la même direction, voir la doctrine brésilienne: C. R. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, 6^e ed., Sao Paulo, Malheiros, 2009, p. 380; J. R. Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 34-35; H. V. Mendonça Sica, *Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro*, § 2 (no prelo).

⁵ Nous rappelons que le Code de Procédure Civile français ne donne pas non plus la définition de partie à l'instance (S. Guichard – C. Chainais – F. Ferrand, *Procédure civile*, 31^e ed., Paris, Dalloz, 2012, p. 323).

⁶ C. Punzi, *Il processo civile. Sistemi e problematiche*, 2^e éd., Torino, Giappichelli, 2010, I, p. 313.

⁷ Dans ce sens voir G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, Jovene, 1936, p. 214; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, 23^e ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 334.

⁸ Dans la procédure ordinaire contentieuse le lien d'instance est constitué à partir de la notification de la demande au défendeur, alors que dans les procédures spéciales c'est le dépôt de la demande au greffe de la juridiction saisie qui marque le début du procès (article 39, al. 3, CPC).

⁹ Dans le même sens en droit français, voir: L. Cadiet – E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^e ed., Paris, 2013, p. 375 ss.



Si le tiers reste en dehors du lien d'instance, l'autorité de la chose jugée ne devrait pas, en principe, l'affecter. Toutefois, la loi prévoit plusieurs exceptions à la règle de la relativité de la chose jugée qui seront analysées par la suite.

3. Les tiers et l'autorité de la chose jugée

La loi italienne, à l'instar d'autres lois nationales, établit que l'autorité de la chose jugée ne regarde que les "parties, héritiers et ayants cause" (art. 2909, CC)¹⁰. Cette relativité de la chose jugée à l'égard des parties découle de principes constitutionnels du procès équitable et, notamment, du principe du contradictoire (articles 24 et 111 de la Constitution italienne).

Cependant, l'entrecroisement des rapports juridiques conduit à constater que certains tiers peuvent subir, d'une manière plus ou moins directe, les effets d'un jugement rendu entre deux parties. C'est ainsi qu'on retrouve, par exemple, des dispositions qui prévoient l'extension de la chose jugée aux personnes qui n'ont pas été parties à l'instance. De la même manière, l'article 111, alinéa 4, CPC, retient que le jugement produit ses effets envers l'ayant cause-acquéreur du droit litigieux, bien que ce dernier n'ait pas été partie à l'instance¹¹; l'article 1595, alinéa 3, CC, qui dispose que le jugement rendu entre bailleur et locataire produit ses effets à l'égard du sous-locataire; l'article 1306 CC, qui prévoit que dans les obligations solidaires la décision favorable s'étend aux co-créanciers et co-débiteurs; l'article 2377 CC, qui dispose que le jugement qui prononce l'annulation d'une délibération de l'assemblée d'une société par action est doté d'effets envers tous les associés. Enfin, les jugements portant sur les statuts des personnes (filialité, nationalité, etc.) sont dotés d'une autorité absolue, *erga omnes* (par rapport à tous).

En ce qui concerne les rapports entre tiers et jugement, il convient de relever que, d'après l'avis de la doctrine dominante, toutes les dispositions qui étendent l'autorité de chose

¹⁰ La doctrine a précisé que les héritiers et les ayants cause, qui figurent à l'article 2909, CC, sont seulement ceux qui ont succédé aux parties une fois que la décision est devenue irrévocable. Dans ce sens: S. Menchini, *Regiudicata civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, UTET, 1998, p. 404 ss.

¹¹ Dans ce cas, l'extension de l'autorité de la chose jugée à l'ayant cause est justifiée dans la mesure où la loi considère que le droit d'action de l'autre partie est prééminent.



jugée à des tiers doivent être interprétées de manière stricte, ne pouvant donner lieu à un phénomène d'extension généralisée de la chose jugée¹².

4. La substitution processuelle

Dans certaines hypothèses, expressément prévues par la loi, une personne a le droit d'obtenir, à titre personnel, la sanction judiciaire des intérêts d'autrui. Il s'agit du cas de la substitution processuelle (art. 81, CPC). À cet effet, nous pouvons mentionner, à titre d'exemple: l'action en nullité du mariage, prévue à l'article 117, CC, que peuvent déclencher les parents, le ministère public et les époux; l'action oblique exercée par un créancier (substituant) pour soumettre au juge une prétention de son débiteur (substitué) envers un tiers *debitor debitoris* (art. 2900, CC). La loi italienne établit que le débiteur substitué et négligent doit être appelé à l'instance afin qu'il puisse se défendre et préserver son droit. Il s'ensuit que la décision rendue produit ses effets tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard du créancier. Il convient de rappeler que l'action oblique se distingue de l'intervention du tiers : le créancier agit ici en son nom propre et à la place de son débiteur qui néglige de faire valoir ses droits.

5. L'intervention des tiers dans le procès contentieux contradictoire de droit commun

Les articles 105, 106 e 107, CPC, régissent l'intervention d'un tiers dans une instance préalablement engagée entre d'autres parties, ce qui suppose une connexité objective entre la position juridique du tiers et celles des parties originaires¹³.

¹² En ce sens, voir M. Bove, *Lineamenti di diritto processuale civile*, 3° ed., Torino, Giappichelli, 2009; F.P. Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, Giuffré, 1981; S. Menchini, *Regiudicata civile*, cit. ces auteurs soutiennent que, au-delà des parties, la « réflexion » des effets de chose jugée n'est admise qu'à l'égard des tiers titulaires d'un droit dont l'existence est conditionnée de façon permanente au droit préjudiciel, objet du jugement, ayant acquis l'autorité de la chose jugée. C'était E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffré, 1935, qui pronait l'ancienne conception de l'efficacité générale de la chose jugée à l'égard des tiers.

¹³ Sur l'intervention de tiers, voir: S. Menchini, *Pretendenti (lite tra)*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, XVIII, Torino, UTET, 1995; C. Cavallini, *I poteri dell'interventore principale nel processo di cognizione*, Padova 1998; A. Chizzini, *L'intervento adesivo*, II, *Struttura e funzione*, Padova, Cedam, 1992.



Un tiers peut décider de s’immiscer dans un procès en cours, soit de son propre mouvement (intervention volontaire) ou bien parce qu’il y est appelé par une des parties originaires ou par le juge. C’est ainsi que le tiers acquiert le rôle de partie.

L’intervention volontaire peut être de trois types (art. 105, CPC): principale lorsque le tiers forme une demande (incidente) afin de sauvegarder un droit autonome et incompatible avec celui des parties originaires¹⁴; litisconsortiele, quand l’intervenant n’élève une demande qu’à l’égard d’une des parties au procès et, en même temps se joint à l’autre partie¹⁵; accessoire lorsque l’intervenant se borne à soutenir les prétentions d’une partie, à la condition qu’il possède un intérêt juridique à l’attaque ou à la défense de cette partie¹⁶. Étant donné que aussi bien l’intervenant principal que l’intervenant litisconsortiele élèvent une prétention personnelle, ils jouissent tous deux de la totalité des pouvoirs processuelles, dont disposent les parties originaires. À l’inverse, d’après certains auteurs, l’intervenant à titre accessoire est une partie secondaire et jouit de pouvoirs limités, dans la mesure où il se greffe sur l’instance seulement pour appuyer les prétentions d’une des parties. La jurisprudence italienne exclut, notamment, que l’intervenant à titre accessoire puisse exercer une voie de recours de manière autonome¹⁷; cette limitation a provoqué des critiques de la part de certains auteurs¹⁸.

L’intervention est forcée (dénommé aussi « mise en cause ») lorsque l’une des parties engagées dans un procès y appelle un tiers en raison d’une connexion ou à titre de garantie (art. 106, CPC). L’appel en garantie est une des formes les plus courantes d’intervention forcée. Afin d’éviter que la mise en cause d’un tiers provoque un retard dans la marche du procès, la loi italienne établit des forclusions pour former un intervention forcée: le défendeur doit appeler à l’instance le tiers avec son premier acte de constitution (appelé “*comparsa di risposta*”), tandis

¹⁴ Tel est le cas du tiers, qui se mêle à l’instance engagée entre des parties, en soutenant qu’il est le véritable propriétaire de la chose objet de la demande originaire.

¹⁵ Tel est le cas de l’intervenant associé d’une société anonyme qui se greffe à l’instance dans le but d’attaquer la même délibération de l’assemblée déjà contestée et objet du procès déclenché par un autre associé.

¹⁶ L’intervenant accessoire peut être un sous-locataire qui se mêle à l’instance entre le locataire et le bailleur. Le tiers décide de se joindre au procès afin d’éviter la condamnation du locataire, dont les répercussions pourraient atteindre ses propres intérêts.

¹⁷ Cass., 1 septembre 2004, n. 17595; Cass., 17 avril 2012, n. 5992; C. Cost., 30 décembre 1997, n. 455.

¹⁸ A. Chizzini, *Intervento in causa*, cit., § 22; C. Punzi, *Il processo civile*, I, cit., p. 340-341.



que le demandeur peut mettre en cause un tiers lors de la première audience, mais non pas après celle-ci, pourvu que l'exigence d'appeler l'intervenant découle des moyens défenses présentés par l'adversaire¹⁹.

En outre, il doit être souligné que le système italien permet au juge, en tout état de cause, d'appeler un tiers, dont la présence au procès lui paraît « opportune » pour la solution du litige et pourvu qu'il y ait une connexion entre les prétentions des parties et la position juridique de l'intervenant (art. 107, CPC). Il faut remarquer que le juge n'a pas le pouvoir d'assigner directement le tiers, il peut inviter les parties à mettre en cause le tiers, sous peine de péremption d'instance; ce qui permet de respecter le principe dispositif²⁰.

Enfin, l'article 344, CPC, permet l'intervention en cause d'appel qui est, toutefois, réservée aux personnes qui pourraient former une tierce opposition²¹.

6. La tierce opposition

Si l'exercice d'une voie de recours est, en principe, réservé aux personnes qui ont été parties ou ont été représentées dans l'affaire dès la première instance, le droit italien connaît un type de recours qui peut être formé par le tiers. Il s'agit, notamment, de la tierce opposition (*opposizione di terzo*) qui est classée parmi les voies de recours extraordinaires²², dont l'origine remonte au droit français du XVII^e siècle²³.

¹⁹ Il convient de rappeler que la Cour de cassation, 23 février 2010, n. 4309, a retenu que la recevabilité de l'intervention forcée qui émane du défendeur doit découler des prétentions du demandeur, bien qu'il ne soit pas expressément prévu par l'article 167, CPC. Cette solution de la jurisprudence, qui se fonde sur la règle constitutionnelle de la durée raisonnable du procès, a été fortement critiquée par la doctrine (G. Balena, Sulla pretesa discrezionalità del giudice, in caso di chiamata del terzo ad istanza del convenuto, in *Giusto processo civile*, 2010, n. 4, p. 1139 ss.) dans la mesure où la Cour Suprême italienne introduit une limitation aux pouvoirs processuels du défendeur que le Code ne prévoit pas.

²⁰ N. Trocker, *L'intervento per ordine del giudice*, Milano, Giuffrè, 1984; Balena, Intervento «iussu iudicis» e principio della domanda, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 468.

²¹ S. Vincre, L'intervento del terzo in appello e il requisito del «pregiudizio», in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 959 ss.

²² N'étant ni parties ni tiers à l'instance, mais juges du litige, les arbitres ne peuvent pas former une tierce opposition à l'encontre de la sentence qu'ils ont rendu, voir: Cass., 13 aprile 2005, n. 7702, in *Riv. arb.*, 2006, p. 309.

²³ A. Lecourt, Tierce opposition, in *JurisClasseur Procédure civile*, Paris, 2013, fasc. 738, met en lumière que la naissance de la tierce opposition ressort "d'une ordonnance d'avril 1667, dont certaines dispositions ont ensuite



En exerçant cette voie de recours, le tiers demande la rétractation ou la réformation, à son profit, d'un jugement qui lui fait grief. Cette voie peut être de deux types: une ordinaire (appelée aussi simple) et l'autre révocatoire, prévues respectivement au premier alinéa et au deuxième alinéa de l'article 404, CPC.

L'opposition ordinaire est une voie dont l'exercice est réservé à un tiers qui affirme être lésé par un jugement rendu entre d'autres parties, dans la mesure où ce tiers est titulaire d'un droit autonome et juridiquement incompatible par rapport aux prétentions des parties originaires. À ce propos, l'exemple le plus fréquent est celui du tiers qui forme une opposition en faisant valoir qu'il est le propriétaire du bien objet du litige. Bien que le tiers ne soit pas assujetti à l'autorité de la chose jugée, c'est l'exécution (spontanée ou forcée) de la décision contestée qui peut lui causer un préjudice. D'une part, la partie gagnante du procès pourrait détruire, endommager ou cacher le bien objet du procès. D'autre part, le tiers vise à l'élimination d'une décision qui peut être une source d'incertitude dans les rapports juridiques quant à la titularité de son droit, même si l'autorité de la chose jugée ne se produit pas à son égard²⁴.

La tierce opposition révocatoire peut être exercée par les créanciers et les ayant cause d'une partie²⁵, lorsque le jugement est rendu en fraude de leurs droits, notamment quand il y a eu un accord frauduleux entre les parties ou dol d'une des parties pour léser les droits desdits tiers.

été transportées dans le Code de procédure civile de 1806" français et, enfin, dans le CPC de 1975. Sur la tierce opposition en droit italien voir: A. Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, Jovene, 1965; G. Fabbrini, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, Giuffé, 1968; F.P. Luiso, *Opposizione di terzo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 3 s.; C. Cecchella, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995, p. 31 ss.; G. Olivieri, *Opposizione di terzo*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XIII, Torino, UTET, 1995, p. 109 ss.; G. Della Pietra, *Opposizione di terzo: lo stato dell'arte*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1093 ss.

²⁴ C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 657.

²⁵ D'après la doctrine dominante, les ayants cause, mentionnés à l'article 404, alinéa 2, du CPC, sont les tiers titulaires d'un droit dépendant de celui objet de la décision attaquée, ver: F.P. Luiso, op. ult. cit., p. 5.



En ce qui concerne le délai pour exercer la tierce opposition ordinaire, elle n'est soumise à aucun délai²⁶, alors que l'opposition révocatoire doit être formée avant trente jours à compter de la connaissance de la fraude invoquée que justifie l'exercice de ce recours. En principe, la juridiction compétente pour connaître l'opposition est celle qui a rendu le jugement attaqué (art. 405, CPC).

Le jugement au fond, rendu au terme d'une procédure contentieuse ordinaire, exécutoire (même de façon provisoire²⁷) ou irrévocable est susceptible de tierce opposition. D'autres décisions peuvent être également attaquées par ledit instrument, il s'agit notamment: des arrêts de la Cour de cassation qui statuent sur le fond (art. 391 *ter*, CPC); le jugement portant injonction de payer (art. 656, CPC); la sentence arbitrale (art. 831, CPC). Toutefois, il est douteux qu'un jugement provisoire puisse être contesté par cet instrument²⁸.

7. L'action de groupe

Dans le Code de la Consommation c'est l'art. 140-*bis* (introduit par la loi du 24 décembre 2007, n. 244, ensuite modifié par les lois 23 juillet 2009, n. 99, et 24 mars 2012, n. 27) qui régit l'action de groupe, à savoir une action collective d'indemnisation qui donne lieu à un procès, avec une pluralité de parties, dont l'objet est la déclaration de la responsabilité ou la condamnation aux dommages-intérêts en faveur des utilisateurs et des consommateurs²⁹. Le champ d'application de l'action de groupe est circonscrit aux droits homogènes³⁰.

²⁶ S. Turrato, L'opposizione ordinaria di terzo e l'assenza del termine per proporla, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 342.

²⁷ Suite à la loi n. 353 de 1990 qui a introduit la règle de l'exécution provisoire du jugement de premier degré, celui-ci est susceptible de tierce opposition.

²⁸ Voir C. Cecchella, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, cit., p. 127, qui admet l'exercice de la tierce opposition à l'encontre d'un jugement provisoire rendu en cas d'urgence.

²⁹ Voir: R. Poli, Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 40 ss.; D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, Jovene, 2013; G. Costantino, C. Consolo, Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 985.

³⁰ D'après CA Milan, ord. 3 mars 2014, in *Giur. it.*, 2014, p. 1910 ss., la règle de l'homogénéité de droits, qui peuvent être l'objet de l'action de groupe, est respectée lorsque le même fait produit de manière analogue des effets, bien que les conséquences subies par les membres du groupe soient différentes.



Tout membre du groupe possède la qualité à agir (individuellement ou en donnant mandat à une association à laquelle il participe) contre le responsable du dommage. Les autres membres du groupe peuvent se joindre dans l'action en justice et, par conséquent, renoncer à agir de façon individuelle. En d'autres termes, le législateur italien choisit un système d'*opting in*, c'est-à-dire d'inclusion volontaire³¹: le jugement rendu dans l'instance collective produit ses effets à l'égard de ceux qui s'y sont joints; tandis que ceux qui restent en dehors de l'action du groupe ne tirent ni avantages (en cas de succès de la prétention collective) ni ne subissent aucun préjudice (en cas de rejet). Il convient de souligner que dans l'action collective les interventions volontaires sont irrecevables : un membre du groupe peut se joindre ou non, mais il ne peut pas former une demande individuelle dans le procès collectif. En outre, la loi spécifie qu'il est interdit de proposer d'autres actions de groupe portant sur les mêmes faits qui ont été déjà fait l'objet d'une première action (art. 140-bis, al. 14, C Cons.).

8. Les tiers et l'instruction de l'instance

Quand les tiers rendent une déclaration sur des faits litigieux dont ils ont connaissance, ils acquièrent les rôles de témoins. Dans le droit italien, la preuve testimoniale ne concerne que les déclarations des tiers impartiaux qui ont l'obligation de concourir à la manifestation de la vérité. Les parties à l'instance ne peuvent pas être entendues comme témoins et leurs déclarations font l'objet d'un autre type de preuves, tels que l'aveu ou le serment³².

En principe, la preuve testimoniale est administrée oralement par le juge qui entend les tiers lors de l'audition. L'enquête d'un témoin peut avoir lieu à la demande des parties sur les faits dont elles entendent rapporter la preuve, mais le juge peut, tout de même, ordonner d'office l'enquête dans les cas expressément prévus par la loi (arts. 257 et 281-ter, CPC). En

³¹ Dans ce sens, voir A. Giussani, Il nuovo art. 140 bis c. cons., in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 ss., spec. p. 600.

³² Dans cette optique voir l'avis de la doctrine dominante (C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 286 ss.), mais pour une solution différente voir M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, Giuffrè, 1962; M. Taruffo, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 729.



conformité avec la tradition italienne, les tiers ne peuvent pas être directement interrogés par les avocats des parties, car c'est le juge qui possède uniquement le pouvoir d'adresser des questions aux témoins, selon les indications des parties (art. 253, CPC).

Etant donné que la preuve testimoniale est fréquente mais à la fois peu fiable³³, la loi italienne établit certaines limitations à l'utilisation de cette mesure d'instruction aux articles 2721-2726, CC, quant à la valeur de l'objet de la déclaration, notamment en droit des contrats.

Comme le témoin doit être absolument tiers par rapport au procès, le Code prévoit que certaines personnes ne sont pas capables de témoigner, car le risque de leur partialité est trop élevé. Dans cette direction, l'article 246, CPC, dispose que ne peuvent pas témoigner les personnes qui ont un intérêt concret dans la solution de l'affaire et qui, par ailleurs, pourraient participer au procès en tant qu'intervenant³⁴. En se basant sur l'article 246, CPC, la jurisprudence a statué qu'un conjoint en régime de communauté légale ne peut être témoin dans le procès où l'autre conjoint est partie³⁵.

La Cour Constitutionnelle a déclaré non conforme à la Constitution italienne l'article 247, CPC, (par l'arrêt n. 248 de 1974) et l'article 248, CPC, (par l'arrêt n. 139 de 1975) qui prévoyaient deux limites subjectives d'admissibilité du témoignage. Grâce à ces décisions aujourd'hui le conjoint, un parent d'une partie et un mineur de 14 ans peuvent être entendus comme témoins³⁶.

Enfin, en ce qui concerne les déclarations d'un tiers, il convient de signaler que, par la loi n. 69 de 2009, le législateur italien a introduit une nouvelle forme de preuve testimoniale, appelée « témoignage écrit » (selon la terminologie utilisée par le Code)³⁷. Aux termes de l'article 257 *bis*, CPC, le juge, après avoir obtenu l'accord des parties à l'instance, peut ordonner

³³ P. Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, 2^e ed., Bologna, Bononia, 2013, p. 329.

³⁴ Cass., 16 aprile 2013, n. 9188. Voir: L. Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, Giuffrè; 2000; M. Fornaciari, Questioni controverse in tema di prova testimoniale, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1100.

³⁵ Cass., 21 gennaio 2010, n. 988.

³⁶ Taruffo, M., *Prova testimoniale*, p. 740, exclut que les mineurs puissent être qualifiés de témoins au sens strict. Mais en sens opposé voir L. Dittrich, *I limiti soggettivi*, cit., p. 124.

³⁷ Le témoignage écrit italien est semblable aux attestations des articles 202 et suivants du Code de Procédure Civile français.



que la déclaration du tiers soit donnée par écrit. Cependant le juge, après avoir examiné les réponses et les déclarations, peut ordonner que le tiers soit appelé pour l'interroger oralement³⁸. Il est opportun de souligner que la plupart des auteurs italiens ont critiqué l'introduction du témoignage écrit, dans la mesure où les principes constitutionnels du procès équitable imposent que tout acte du procès soit accompli en présence des parties, dans le respect du principe du contradictoire, devant un juge indépendant et impartial³⁹.

Lorsque une pièce (utile à la solution du litige) se trouve entre les mains d'un tiers, le juge, saisi de l'affaire, peut en ordonner la production forcée (art. 210, CPC). A cet égard, l'article 211, CPC, protège le tiers, dans la mesure où le juge doit tenter de « concilier de la meilleure manière possible » les exigences de l'administration de la justice et les droits du tiers qui détient le document. Par ailleurs, celui-ci peut former un recours à l'encontre de la décision qui ordonne la production forcée du document⁴⁰.

En ce qui concerne l'instruction de l'affaire, le juge peut nommer un expert pour l'éclairer sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. L'expert n'est pas partie au procès mais il n'est pas non plus un tiers au sens strict : il est un auxiliaire du juge.

9. L'intervention des tiers dans le contentieux constitutionnel

Dans le cadre du contrôle, à titre incident, de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi, la Cour constitutionnelle adopte une solution assez restrictive à propos de l'intervention des tiers. En plus d'être partie au procès *a quo*, du Président du Conseil des Ministres (ou du Président d'un Conseil Régional si une loi régionale est contestée), ceux qui peuvent intervenir dans le procès constitutionnel, se déroulant devant la Cour, sont uniquement les « tiers titulaires d'un intérêt qualifié, liés de manière directe et immédiate au

³⁸ Ver Trib. Varese, 9 aprile 2010 in www.ilcaso.it

³⁹ Dans cette direction, voir: C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 301; M. Taruffo, Introduzione, in M. Taruffo (sous la direction de), *Il processo civile riformato*, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 10; E. Picozza, La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 869.

⁴⁰ Voir: S. La China, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1960; A. Graziosi, Riflessioni sull'ordine di esibizione nel processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1313 ss.



rapport juridique substantiel objet de l'instance ». Par ailleurs, l'intérêt du tiers intervenant ne doit pas être « simplement réglementé » par la ou les dispositions contestées (arrêts n. 138 de 2010 et n. 170 de 2014)⁴¹. La Cour a, dès lors, refusé l'intervention dans le contentieux constitutionnel des tiers titulaires d'un intérêt analogue à celui objet du procès principal, tels que les associations et les groupes dont le but était la protection des intérêts collectifs, indirectement touchés par la loi objet du contrôle⁴². En ce qui concerne le contrôle par voie d'action, le procès constitutionnel ne peut se dérouler qu'entre organes titulaires du pouvoir législatif étatique ou régional (arrêt n. 210 de 2014).

10. Les tiers et l'arbitrage

Comme l'essence de l'arbitrage est constituée par son caractère volontaire, on peut acquérir la qualité de partie d'une procédure arbitrale si on a souscrit une convention d'arbitrage ou si l'on est soumis aux effets de celle-ci. Il s'ensuit que l'intervention forcée de tiers non signataire d'une convention d'arbitrage est irrecevable dans une procédure arbitrale. Quant à l'intervention volontaire (principale et litisconsortiale), sa recevabilité dans l'arbitrage est conditionnée à l'accord des parties originaires et au consentement des arbitres (art. 816 quinquies, CPC). Cependant, la loi admet qu'un accord préalable des parties originaires n'est pas nécessaire, l'intervention volontaire accessoire, ainsi que celle du tiers qui a acquis le droit litigieux et celle du tiers dans le cas d'indivisibilité de l'instance⁴³. Pour préserver les droits des tiers, une réforme de 1994 a introduit que la tierce opposition à l'encontre d'une sentence arbitrale produit les mêmes effets qu'un jugement étatique (arts. 824 *bis* e 831, CPC)⁴⁴.

⁴¹ Voir A. Vignola, *L'intervento dei terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Turin, Giappichelli, 2000.

⁴² La Cour a déclaré irrecevable l'intervention de l'*Associazione radicale Certi Diritti nell'ambito* dans le procès portant sur le mariage homosexuel (arrêt n. 138 de 2010). Dans le même sens, la Cour dans un procès relatif à la loi du « divorce imposé » a refusé l'intervention de l'association *LGBTI*, ayant pour but la défense des intérêts des gays.

⁴³ Sur ce point, voir notamment : M. Gradi, *L'intervento e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 291 ss.

⁴⁴ À propos de l'efficacité de la sentence arbitrale voir G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, Jovene, 2012.



11. Les tiers et les procédures civiles d'exécution

Dans le cadre d'une exécution forcée, les personnes visées par le titre sont les parties de la procédure de saisie ; ce sont le créancier (sujet actif) et le débiteur (sujet passif). Dès lors, on peut convenir que le tiers se définit comme celui qui n'est pas mentionné expressément dans le titre.

La notion de tiers, concernés par une procédure civile d'exécution, recouvre des réalités très différentes⁴⁵.

En premier lieu, c'est le cas des titres qui sont assujettis à l'efficacité du titre exécutoire et qui peuvent devenir parties à une exécution forcée. L'article 477, CPC élargit l'efficacité aux héritiers du titre visant le défunt et permet ainsi de les poursuivre, mais dix jours après leur avoir notifié le titre. La jurisprudence et la doctrine soutiennent qu'il est possible de poursuivre aussi les successeurs à titre particulier, conformément à l'article 111, CPC, aux procédures civiles d'exécution⁴⁶. Il est encore douteux de retenir qu'un titre exécutoire contre une société en nom collectif permette de procéder à des mesures d'exécution à l'encontre de ses associés tenus indéfiniment et solidairement du passif⁴⁷. Les ayants cause (à titre) universels et les cessionnaires peuvent se prévaloir du titre pour en obtenir l'exécution, à la condition de prouver leur qualité de titulaires de la créance et qu'ils en informent le débiteurs ; c'est ce qui résulte indirectement de l'article 475, alinéa 2, du CPC⁴⁸.

⁴⁵ Pour un regard d'ensemble, voir: F.P. Luiso, *L'esecuzione « ultra partes »*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁴⁶ C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 48.

⁴⁷ Pour une application extensive du titre aux associés, voir: Cass., 17 janvier 2003, n. 613, in *Foro it.*, 2004, I, p. 846.

⁴⁸ C. Mandrioli, In tema di rapporti tra estensione soggettiva del giudicato ed estensione soggettiva del titolo esecutivo, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 448.



En deuxième lieu, il existe également des tiers étrangers à la procédure engagée qui ont intérêt à y entrer. Il s'agit des créanciers qui peuvent intervenir dans une procédure déclenchée par le premier créancier saisissant, de sorte que les intervenants puissent faire valoir leurs droits pour participer à la distribution du prix de vente (arts. 498 et suivant, CPC). Le droit de se joindre à une saisie diligentée par un premier saisissant repose sur le principe d'égalité des créanciers dans la poursuite et sur le droit de gage commun dont l'objet est constitué par les biens du débiteur. Il va de soi qu'au moment de la distribution du prix, la loi prend en compte la qualité des créanciers privilégiés, gagistes ou hypothécaires ou chirographaires. Il convient de souligner que la loi n. 80 de 2005 a modifié le concours de créanciers. Cette réforme a restreint le droit d'intervention aux créanciers qui possèdent un titre exécutoire, à ceux qui sont titulaires d'un droit de préférence, contenu dans un registre public, à ceux qui ont diligenté une saisie conservatoire et, enfin, aux créanciers dont le droit résulte d'une écriture comptable, réglée par l'art. 2214, CC, à savoir d'une écriture d'un entrepreneur⁴⁹. Avant 2005, le CPC prévoyait, au contraire, que tout créancier pouvait se joindre à une exécution engagée par un autre personne. À cause de cette limitation du droit d'intervention, la réforme de 2005 a suscité les critiques d'une partie de la doctrine qui a mis en exergue la rupture du principe d'égalité entre tiers créanciers⁵⁰.

En troisième lieu, des tiers peuvent être impliqués dans une procédure d'exécution, parce qu'ils seront visés par une saisie en étant détenteurs de biens du débiteur ou redevables d'une créance du débiteur (arts. 543-554, CPC)⁵¹. La saisie sera, par conséquent, pratiquée entre les mains d'un tiers détenteur du bien ou d'un tiers « débiteur du débiteur » : ils ne

⁴⁹ Voir B. Capponi, *L'intervento dei creditori dopo le tre riforme della XIV legislatura*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, p. 22 ss.

⁵⁰ A.A. Romano, *Intervento dei creditori*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile, agg.*, vol. III, 2, Torino, Utet, 2007, § 2.

⁵¹ Sur ce point, voir, notamment: G. Olivieri, *I profili e l'evoluzione del sistema di espropriazione presso terzi*, in F. Auletta, (coord.), *Le espropriazioni presso terzi*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 7 ss.; B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione forzata*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 201.



pourront pas s'opposer aux procédures engagées contre le débiteur (sujet passif de l'exécution). Cette procédure présente l'avantage de la rapidité, car le saisissant obtiendra directement du tiers saisi le paiement de la somme que ce dernier aurait dû payer au débiteur saisi. S'agissant d'une procédure qui se déroule à l'égard de trois sujets, la procédure de saisie est plus complexe car elle prévoit la participation du tiers *debitor debitoris* ou détenteur d'un bien du débiteur. Si le tiers ne rend pas une déclaration sur l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur saisi ou que sa déclaration est contestée, le juge de l'exécution effectuera la vérification des obligations du tiers suivant une nouvelle procédure, rapide et sommaire, telle qu'introduite par la loi du 24 décembre 2012, n. 228⁵². Cette nouvelle procédure a pour but d'accélérer la procédure et garantir les intérêts du créancier, mais sacrifie le droit de la défense du tiers qui devient le « bouc émissaire » de la lenteur de la justice italienne⁵³.

Enfin, il y a des tiers qui sont plus impliqués dans une procédure d'exécution : ce sont les tiers propriétaires de biens (ou titulaire d'un droit réel) visés indûment par une saisie, sans pour autant y être parties. Dans cette hypothèse, le tiers peut former une « tierce opposition à l'exécution » (art. 619 CPC) et attaquer la saisie d'un bien, tant en matière immobilière qu'en matière mobilière. Dans la pratique, le plus souvent, le tiers revendique la propriété d'un bien mobilier saisi. Pour éviter le risque de fraude, très élevé en matière mobilière, l'article 621, CPC, pose des limitations à l'utilisation de la preuve testimoniale au soutien du droit du tiers opposant⁵⁴.

⁵² Voir: A. Carratta, Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo, in *Giur. it.*, 2014, n. 4; P. Farina, L'espropriazione presso terzi dopo la legge n. 228 del 24 dicembre 2012, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 235 ss.; A. Saletti, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 5.

⁵³ A. Saletti, op. ult. cit., § 8. Il convient de rappeler que le décret-loi n. 132 de 2014 (converti et modifié par la loi n. 162 de 2014) et le décret-loi n. 83 de 2015 (converti et modifié par la loi n. 132 de 2015) ont apporté quelques modifications aux arts. 543-554, CPC. Voir B. Capponi, Dieci anni di riforme sull'esecuzione forzata, in www.judicium.it

⁵⁴ B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione forzata*, cit.



12. Conclusions

En conclusion de cette brève analyse effectuée sur le tiers et le procès civil dans le système italien, nous pouvons constater que le législateur italien pourrait introduire des modifications afin d'améliorer la position du tiers. Il est regrettable que le tiers à titre accessoire n'ait pas le droit d'exercer une voie de recours de manière autonome. La même critique peut être adressée à propos de l'exclusion des tiers dans le contrôle de constitutionnalité, compte tenu de l'ouverture aux associations et groupes reconnue dans d'autres systèmes, comme en France par le Conseil Constitutionnel. Les récentes modifications en matière de procédures civiles d'exécution paraissent sacrifier excessivement la position des tiers, notamment des créanciers qui peuvent se joindre à la saisie et du tiers *debitor debitoris* saisi. D'autres innovations pourraient s'avérer bénéfiques, telles que les dispositions qui protègent les tiers dans la procédure arbitrale et l'introduction du témoignage écrit.



Contrat et commande publique : les cas des marchés publics au Cameroun

(Contract and public norm : the case of contracts with the State in Cameroon)

Samuel Théophile Batoum-Ba-Ngoue

Professor of Public Law at the University of Douala, Cameroon

Abstract: This essay discusses how contracts and their theory fit into public negotiation, and how public norms and public interest can match the private autonomy. The article also discusses the role of the judge in controlling this type of contract.

Introduction

Il est des croyances politiques comme des positions doctrinales ou jurisprudentielles, à les croire certaines, on ne se concentre plus que sur la périphérie, on déploie les techniques les plus appropriées pour les étendre, et vient le jour où ce que l'on croyait éternel, s'effondre.¹

En effet, pendant longtemps, la doctrine a opposé d'un côté la procédure unilatérale à celle contractuelle de l'action administrative,² de l'autre côté les actes normateurs et les opérations matérielles et intellectuelles de la personne administrative.³ Bien plus, parmi les actes normateurs, l'on a distingué les contrats privés des contrats administratifs.⁴

¹ SUR (E), « le pouvoir constituant n'existe pas ! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple », in la constitution et les valeurs Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005, p.56.

² Dupuis (G), Guedon (M-J), Chretien (P), droit administratif, Sirey, 11ème édition, 2008, p.435.

³ *Ibidem*, p.434.

⁴ Seube (J-B), « contrats privés? Contrats administratifs : points de convergences? » in Mélanges en l'honneur du Professeur M Guibal, vol1, Université de Montpellier, Coll Mélanges, 2006, p.367.



Comme fondement à ses différentes oppositions et distinctions, on peut relever la « *summa divisio* » droit public-droit privé.⁵ Cette dernière, dans la France du Code Civil et la jurisprudence du Conseil d'Etat, est traduite par le fait que dans le droit privé, l'Etat n'apparaît que comme créateur et gardien de la loi. Il pose la règle du jeu que devront respecter les libres initiatives privées, il arbitre la partie par ses juges mais il ne joue pas. En droit public, la personne publique joue par ses pouvoirs de police, elle prohibe, elle autorise, elle contrôle, elle impose ses décisions.⁶

C'est à ce titre que Renaud Denoix de Saint Marc a pensé qu'on ne pouvait pas gouverner par contrat, car il y a et il doit toujours y avoir une part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement, le cas échéant sous la menace des peines applicables en cas de manquement.⁷ De fait, l'on observe, depuis plusieurs années, un regain de vitalité du procédé contractuel qui laisse augurer une évolution vers un « ordre juridique conventionnel », mieux adapté à la réalisation de l'Etat de droit et tend à remplacer le modèle napoléonien militaire et autoritaire, par des relations égalitaires fondées sur le libre accord des volontés.⁸

L'administration française du XXème siècle tendait à se cantonner dans le domaine des actes normateurs unilatéraux, favorisant ainsi soit le « *laisser faire* » soit « *le faire faire* »⁹ par les opérateurs économiques privés, ce qui paraissait être conforme à l'intérêt général. L'administration contemporaine a pris à son compte des tâches matérielles et intellectuelles très nombreuses.

Dans l'impossibilité de les faire elle-même, elle se tourne vers l'initiative privée qui l'accompagne par la procédure contractuelle, dans la réalisation des projets publics. La commande publique se situe dans cette nouvelle modalité d'action administrative. Terme

⁵ Enseinman, « Droit public-droit privé, en marche d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXème au XXème siècle » RDP, 1952, p.903.

⁶ Brechon-MOULENES ©, « choix des procédures, choix dans les procédures AJDA, 1998, publié dans un dossier intitulé » Liberté contractuelle des personnes publiques », publié en deux parties p.643 et p.647.

⁷ Dupuis (G), Guedon (M-J), Chetien (P), Droit administratif, op. cit, p.466.

⁸ Holleaux (A), cité par Villiers (M) (sous Dir), droit public général, Paris, litec, 2ème édition, 2013, p.660.

⁹ Dupuis (G), Guedon (M-J) Chretien (P), droit administratif, op. cit, p.435



générique relatif à l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins, le vocable commande publique regroupe spécifiquement dans le contexte camerounais, le marché public.¹⁰ Ce dernier se définit, au regard de l'article 5 du code des marchés publics comme un « *contrat écrit passé conformément aux dispositions du présent code, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'Etat, une collectivité territoriale décentralisée, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou, parapublic, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix* »

Avec la création d'un ministère en charge des marchés publics,¹¹ l'Etat du Cameroun a choisi de faire appel aux personnes privées ou publiques pour la réalisation des tâches matérielles ou intellectuelles. Ainsi, l'Etat se contente-t-il d'élaborer l'acte normateur bilatéral qui va le lier à ses collaborateurs en l'occurrence le contrat de la commande publique dénommé marché public. Dans cette nouvelle posture, l'administration semble bénéficier d'importantes prérogatives. En effet, elle peut décider unilatéralement et imposer sa volonté à ses partenaires. En même temps, pour des raisons d'efficacité, elle veut éviter les conflits en consultant les intéressés.¹²

Par la commande publique l'on se trouve à la croisée des chemins de la procédure unilatérale et contractuelle. Dès lors, le problème de l'administration devient double : d'un côté, elle doit « *faire, en faisant faire* » et de l'autre côté, elle doit « *décider en négociant* ». Il ressort de cette situation une volonté pour l'Etat d'unilatéraliser le contrat et de contractualiser l'unilatéralité. Comment l'Etat parvient-il à réaliser cette gymnastique juridique? L'exemple du contrat de la commande publique dans les marchés publics est révélateur de cette nouvelle façon de faire. E toute évidence, à l'examen, l'on peut observer qu'en matière de commande

¹⁰ La commande publique recouvre une notion très large englobant plusieurs formes tels que les marchés publics, les contrats de partenariat. C'est une notion émergente dont la caractéristique est d'étendre la matière par-delà les marchés publics aux nouveaux contrats globaux, voire aux délégations de service public.

¹¹ Voir le Décret N°2012/075 du 08 mars 2012 portant organisation du Ministère des Marchés Publics.

¹² La contractualisation de l'action publique permet de façon générale de renforcer le rôle de l'Etat, tout en faisant mieux accepter celui-ci.



publique au Cameroun, le marché public peut être qualifié de « *faux contrat* », de « *contrat d'adhésion* », « *d'engagements déséquilibrés* ». ¹³

En somme il lui est dénié la qualification de contrat. Aussi, se pose-t-il la question de savoir quelle est finalement la nature juridique de l'acte normateur qui sous-tend la commande publique au Cameroun. L'on peut penser que l'administration camerounaise s'évertue à manier le bâton unilatéral et la carotte contractuelle. Autrement dit, le régime juridique dans lequel baignent les marchés publics montre que si le contrat de la commande publique est un contrat entièrement à part (I), il n'en reste pas moins un contrat à part entière (II).

I. L'entière particularité de l'acte contractuel dans la commande publique

L'observateur lointain de la commande publique au Cameroun peut être tenté de déclarer que : Chassez l'unilatéralité dans les marchés publics, elle revient au Galop. En effet, l'acheteur public qu'est la personne publique sur le plan national, ne semble pas s'accommoder de la camisole contractuelle. Autrement dit, l'Etat et ses démembrements peinent à se « *mettre en civil* » ¹⁴ dans les achats publics. Dans les marchés publics, la procédure contractuelle déchant, pendant que la procédure unilatérale chante. ¹⁵ L'on assiste très souvent à la résurgence de l'unilatéralité en matière contractuelle. Ceci se manifeste d'un côté par l'unilatéralité contractuelle dans la passation de la commande publique (A), mais aussi par la contractualisation de l'unilatéralité dans l'exécution de la commande publique (B).

A. L'unilatéralité contractuelle dans la passation de la commande publique

Théoriquement, il n'est guère difficile de distinguer le contrat de l'acte unilatéral. Traditionnellement, le contrat apparait comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible, ou même le simple

¹³ 13 Dupuis (G), Guedon (J-M), Chretien (P), Droit administratif, op. cit, p.469.

¹⁴ Richer (Laurent), Droit des contrats administratifs, Paris, 8ème, L-G, D-J, 2012, p.8 .

¹⁵ Villier (Michel) sous la Doirection, droit public général, op. cit, p.661.



changement de volonté.¹⁶ Les juristes écrivent fréquemment que l'acte unilatéral correspond à la manifestation de la volonté, d'une seule volonté.¹⁷ Ce dernier statue des droits ou des obligations qui s'imposent à leurs sujets, alors que le contrat statue des droits et obligations à l'égard des seules personnes qui y ont consenti.¹⁸

Cependant sur le plan national, il existe une sorte de brouillage entre le contrat de la commande publique et l'acte unilatéral.¹⁹ On peut penser que le contrat de la commande publique n'est qu'une couche de vernis contractuelle sur un fond d'unilatéralité. C'est du moins ce qui ressort aussi bien de la définition du marché public que donne le Décret N°2012/074 du 08 mars 2012 (1) que des documents contractuels qui sous-tendent la commande publique (2).

1. L'unilatéralité dans la définition du marché public

Au regard de sa définition,²⁰ « *le marché public est un contrat écrit, passé conformément aux dispositions réglementaires, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'Etat, une collectivité territoriale décentralisée, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services, dans un délai déterminé, moyennant un prix* ». La formulation de cette définition du marché public laisse transparaître le primat de l'acte unilatéral sur l'acte plurilatéral.

Tout d'abord le vocable « *contrat* » résulte de la transposition dans le domaine des relations contractuelles des catégories juridiques valables en matière d'actes administratifs

¹⁶ Thibiege-Guelfucci (Catherine) « libres propos sur la transformation des contrats », in revue trimestriel de droit civil 1997, chronique, p.357 .

¹⁷ Dupuis (G), Guedon (M-J), Chretien (P), Droit administratif, op. cit, p.174.

¹⁸ De Villiers (M) sous la direction, Droit public général, op. cit, p.661.

¹⁹ Au regard de la définition que le Décret N°2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics donne du marché public. Voir article 2 dudit décret.

²⁰ Cette définition est donnée par le décret N°2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics donne du marché public.



unilatéraux.²¹ L'on pourrait croire que seul le prestataire « *s'engage envers l'Etat, une collectivité territoriale décentralisée, un établissement public ou une entreprise du secteur public ou parapublic* ». L'on ne perçoit pas en contrepartie l'engagement de la personne publique contractante au paiement du prix. Cette situation présente le risque de sacrifier la dimension contractuelle sur l'autel de la puissance publique et ainsi, porter atteinte au caractère obligatoire du contrat si nécessaire à la confiance du contractant de l'administration.²² Cela se manifeste dans la pratique de la commande publique au Cameroun par le fait que la personne publique ne respecte pas toujours les délais contractuels de paiement des différentes prestations.²³

Ensuite cette définition semble ignorer que les contrats passés par la personne publique ne sont pas nécessairement des contrats administratifs. Certains peuvent être des contrats de droit privé, soumis aux règles du droit civil, du droit commercial ou du droit du travail.²⁴ En précisant que le marché public est un contrat passé conformément aux dispositions réglementaires, l'on écarte la possibilité pour l'administration de passer des contrats publics.²⁵ C'est-à-dire soit des contrats administratifs, soit des contrats privés.²⁶ La terminologie utilisée dans la définition du marché public est révélatrice de l'administrativisation des préalables à une commande publique.²⁷

ourtant, il existe une indétermination quant au rattachement soit au droit public, soit au droit privé des contrats de la commande publique objet du marché public au Cameroun. Cette indétermination a été résolue en France par l'article 2 de la loi 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (loi MURCEF).

²¹ SINKONDO (M-H) « la notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration? », in revue trimestrielle de droit civil 1993, chroniques, p.239 .

²² V. GHESTIN (J), Traité de droit civil. Le contrat : formation, L-G, D-J, 1980, n°166

²³ voir CS/CA, Jugement N°147/04/05/ADD du 31 août 2005 UM NTJAM François c/Etat du Cameroun (MINEP), CS/CA Jugement N°72 du 29 juin 1989 FOU DA ETAMA c/Etat du Cameroun.

²⁴ Morand-Deville (J), Droit administratif, op, cit, p.142.

²⁵ V. Guibal, « à propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante », in Environnements, les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Philippe COLSON, Grenoble, PUG 2004, p.230.

²⁶ V. Péquignot (G), « les deux sortes de contrats et leurs critères », J-Cl. Adm, FASC 500, 4, 1952, n° 5 et 17.

²⁷ V. Moderne (F), « Faut-il vraiment « administrativer » l'ensemble des marchés publics ? » AJDA, 2001, p.707.



Cet article énonce en substance que « *les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrat administratif* ». Allant dans le même sens, l'article 1 de l'ordonnance du 14 juin 2004 sur les contrats de partenariat dispose « *les contrats de partenariat sont des contrats administratifs* ». Tel ne semble pas être le cas sur le plan national où le décret N°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics entretient un « *clair-obscur juridique* » quant à la nature juridique du contrat de la commande publique.²⁸ C'est davantage à travers les pièces constitutives du marché prévues par le code que se confirme l'unilatéralisme contractuel dans la commande publique au Cameroun.

2. L'unilatéralisme contractuel dans les pièces constitutives du marché

D'une manière générale, les pièces constitutives du marché permettent de savoir quels sont les documents qui formalisent l'accord de volontés entre la personne publique et le titulaire du marché. Au Cameroun, il est clairement énoncé que le « *marché public est un contrat écrit* ». C'est dire que le marché emprunte la procédure formalisée²⁹ sur le plan national. En effet, lorsque la procédure est formalisée, l'acte d'engagement et les cahiers des charges constituent les principaux documents contractuels de la commande publique.

Le cahier des charges est le document dans lequel l'administration définit les obligations minimales qu'elle met à la charge de l'opérateur économique auquel le marché sera attribué. Les charges que la personne publique contractante impose à son contractant sont généralement déterminées selon une double nature. D'un côté les charges administratives portées par les cahiers des charges administratives, et de l'autre côté les charges techniques incluses dans les cahiers des charges techniques.

Les documents « *préfabriqués* » par la personne publique sont de véritables actes réglementaires porteurs de prérogatives exorbitantes dont se prévaut l'administration en matière contractuelle.³⁰ C'est à ce titre que le juge judiciaire considère que les cahiers des

²⁸ Voir Jugement N°147/04/05/ADD du 31 août 2005 UM NTJAM François c/Etat du Cameroun (MINEP), op. cit.

²⁹ Allaire (F), *l'Essentiel du droit des marchés publics*, LGDJ, Gualino éditeur, p.41

³⁰ Voir CS/CA, 1er février 1985, TAMEGHI Boniface (Amsecom/Amseconcom) c/Etat du Cameroun.



charges constituent la manifestation des prérogatives exorbitantes et par conséquent, leur existence suffit à faire d'un contrat, un contrat administratif.³¹ Dans le contexte camerounais, le juge vérifie la nature des clauses du contrat et, conclut à l'existence d'un contrat de droit privé lorsque des clauses souscrites n'ont aucun élément exorbitant.³²

Ces documents en amont du marché peuvent être généraux ou particuliers. En effet, afin de faciliter la tâche de l'administration, la personne publique a conçu des cahiers des charges administratives générales (CCAG) et des cahiers des clauses techniques générales (CCTG) qui constituent selon l'activité qu'ils couvrent, autant de modèles de contrats.³³

D'un autre côté la personne publique contraint le candidat à un marché public à produire l'acte d'engagement qui est le document par lequel le candidat à l'attribution d'un marché public manifeste son accord pour exécuter les stipulations contractuelles formalisées préalablement dans les cahiers des charges. Ce document qui est signé par le soumissionnaire comporte la mention de la rémunération qu'il exige en contrepartie de l'exécution du marché. Bien plus, l'acte d'engagement renferme un ensemble d'obligations que le soumissionnaire met à sa charge.³⁴ Toute cette liasse documentaire qui précède la conclusion de la commande publique est annonciatrice de la contractualisation de l'unilatéralité dans l'exécution de la commande publique.

B. La contractualisation de l'unilatéralité dans l'exécution de la commande publique

Le contrat de la commande publique au Cameroun baigne, dans son exécution, dans un régime exorbitant caractérisé par la présence d'éléments imposés de l'extérieur par le

³¹ Voir le Jugement civil N°201 TGI Yaoundé du 12 janvier 2004, Sté FIRMA Sarl, c/Programme sectoriel (PSFE/MINEF). Dans cette affaire, le juge dit : « Attendu en effet qu'il ressort de l'énumération de l'article 2 du contrat N°001/07/01/PSFE/MINEF signé le 26 juillet 2001 que les cahiers des clauses administratives générales et particuliers sont considérés comme documents faisant partie intégrante du marché ».

³² Voir OSE/CCA/CS N0127 du 30 décembre 2010, société Transnational Industries Cameroun (TIC- le BUS) c/Communauté Urbaine de Yaoundé.

³³ Allaire (F), *l'Essentiel du droit des marchés publics*, LGDJ, Gualino éditeur, op. cit, p.42.

³⁴ Allaire (F), *l'Essentiel du droit des marchés publics*, LGDJ, Gualino éditeur, op. cit, p.42.



règlement.³⁵ Dans le schéma classique du contrat, les contractants sont censés élaborer ensemble, après discussion, les clauses du contrat qui deviendra la loi commune dans l'exécution de la commande publique.³⁶ L'élaboration unilatérale des clauses contractuelles par la personne publique réduit la liberté du contractant à l'acceptation ou au refus en bloc des conditions proposées par la partie publique. Ces conditions qui sont formulées dans les cahiers des charges établis Par l'administration, approuvés par décret et annexés au contrat, traduisent la contractualisation de l'unilatéralité dans l'exécution de la commande publique. Il s'agit des prérogatives de l'administration qui se déclinent d'une part dans les pouvoirs de direction de contrôle et de sanction (1), et d'autre part à travers les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales de la personne publique (2).

1. Les pouvoirs de direction de contrôle et de sanction du cocontractant

Les règles fondamentales des contrats civils et commerciaux selon lesquelles « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »³⁷ ne sont pas applicables aux contrats de la commande publique. En effet, cette disposition qui s'applique aux contrats de droit privé, implique trois éléments caractéristiques desdits contrats : leur force obligatoire,³⁸ leur immutabilité³⁹ et l'égalité des contractants.⁴⁰ Or ces trois éléments sont écartés par la jurisprudence et la doctrine⁴¹ en matière de commande publique.

³⁵ S'agit du cahier des charges. En tant que tel, le cahier des charges n'entraîne pas en principe d'effet de droit. Il n'a d'autorité à l'égard des contractants qui si le contrat s'y réfère expressément. Cependant une fois le contrat conclu les normes contenues dans les cahiers des charges ont valeur contractuelle, tout se passe comme si elles avaient été élaborées conjointement par les parties.

³⁶ V- le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté, sous la direction de Loïc, *Economica*, 1987, p.186.

³⁷ Il s'agit de l'article 1134 du code civil.

³⁸ Ce qui signifie qu'une partie ne peut pas délier à son gré.

³⁹ Il est interdit à quiconque, sinon aux parties agissant d'un accord unanime, de modifier les clauses contractuelles.

⁴⁰ Dans l'exécution du contrat aucun contractant ne possède plus de prérogatives de droit que l'autre .

⁴¹ Voir jugement N°72 du 29 juin 1989 de la CS/CA FOU DA ETAMA c/Etat du Cameroun, CS/CA du 27 juillet 2000 : les Etablissements le Paysan c/Etat du Cameroun.



Le pouvoir de direction de l'administration dans le cadre de l'exécution d'une commande publique est traduit par l'ordre de service.⁴² Le refus de l'obéissance de l'entrepreneur constitue une faute contractuelle qui engage sa responsabilité.⁴³ Dans le cas d'espèce, l'administration peut valablement confier à une autre entreprise, la réalisation des Travaux fautivement refusés, et imputer le coût de ceux-ci sur les sommes dues à l'entrepreneur initial.⁴⁴

En outre, à tout moment, l'administration peut effectuer des contrôles pour vérifier la bonne exécution de la commande publique ou l'état d'avancement des travaux.⁴⁵ A cet effet, les ordres de service peuvent également être utilisés par les services administratifs afin de réparer les travaux défectueux ou rattraper les retards. Ce pouvoir est prévu dans les cahiers des charges de la commande publique.⁴⁶

Enfin, dès lors que le cocontractant refuse d'exécuter ses obligations contractuelles, l'administration peut lui infliger après mise en demeure, divers types de sanctions notamment des sanctions pécuniaires telles que les pénalités de retard, les amendes voire les dommages-intérêts, des sanctions coercitives qui amènent l'administration à se substituer à son partenaire défaillant ou à lui substituer un tiers aux frais et risques du cocontractant.⁴⁷

Les dommages intérêts et les pénalités sont destinés à combattre l'inexécution du contrat. Ils sont calculés en fonction du préjudice effectivement subi par l'administration. Les pénalités sont fixées à l'avance et forfaitairement par le contrat.⁴⁸ D'autres sanctions sont destinées à assurer l'exécution de la commande publique. Elles sont plus contraignantes dans la

⁴² Il s'agit d'un acte écrit numéroté et daté qui émane de la personne publique ou du maître d'œuvre pour son compte. Il est notifié à l'entrepreneur qui doit s'exécuter qu'il ait ou non des réserves.

⁴³ Voir CS/CA, 27 juillet : les Etablissements Le Paysan c/Etat du Cameroun.

⁴⁴ CE, 17 février, 1978 compagnie française d'entreprise: Rec CE, p.88.

⁴⁵ Dans les contrats de droit commun, c'est chaque contractant qui exécute ses prestations sous sa seule responsabilité, chacun se contentant de vérifier chez le vis-à-vis, la qualité des prestations fournies, sans qu'à aucun moment, l'un n'exerce une surveillance permanente sur l'activité de l'autre.

⁴⁶ Morand -Devillier(J), droit administratif, op. cit, p.437.

⁴⁷ cela ressort des articles 97, 98 et 103 du code camerounais des marchés publics, voir à ce sujet, les jugements CS/CA N°72 du 29 juin 1989 FOU DA ETAMA c/Etat du Cameroun, CS/CA N°50/84-85 du 1er février 1985 TAMEGNI Boniface (AMSECOM/AMSECONCOM c/Etat du Cameroun.

⁴⁸ Voir Jugement. FOU DA ETAMA c/Etat du Cameroun, *ibidem*.



mesure où l'administration peut aller jusqu'à la résiliation-sanction résultant d'une faute grave du cocontractant.⁴⁹

2. Les pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales

Bien que très controversé en doctrine,⁵⁰ le pouvoir de modification unilatérale d'un contrat de la commande publique est reconnu à la personne publique contractante. D'une manière générale, l'on met en doute l'utilité et l'existence d'un tel pouvoir. Cependant il est admis que l'administration peut, en cours d'exécution du contrat, demander des modifications portant sur les modalités d'exécution, voire sur l'étendue ou la consistance des prestations qui incombent à son cocontractant. Le juge administratif sensible à la contradiction entre la logique contractuelle et le pouvoir de modification unilatérale, s'est gardé de prendre une position de principe.⁵¹ De nos jours, la controverse sur le pouvoir de modification unilatérale est close. Au regard de la jurisprudence, le pouvoir de modification unilatérale fait partie « *des règles générales applicables aux contrats administratifs* ».⁵²

S'agissant du pouvoir unilatéral de résiliation, il ressort qu'au-delà de la résiliation sanction,⁵³ l'administration peut résilier unilatéralement un contrat de commande publique en dehors de toute faute du cocontractant, voire un ensemble de contrats par une décision à

⁴⁹ C'est à ce titre que le Ministre Délégué à la Présidence chargé de l'informatique et des marchés publics a été amené à résilier par décision N044/PR/85/MINMAP du 02 janvier 1986, le marché N°943/AO/81-82 pour la construction de l'inspection départementale du travail de Sangmélina. Voir Jugement FOU DA ETAMA c/Etat du Cameroun, CS/CA N°59/04-05 du 23 mars 2005, Etablissement LIPA-SPORTS BTP c/Etat du Cameroun (ministère des travaux publics), CS/CA, n°50/84-85, 1er février 1985 TAMEGNI Boniface (AMSECOM/AMSECONCOM c/Etat du Cameroun; (ministère de la défense).

⁵⁰ l'objet de la controverse était plus limité qu'il n'y paraissait. Nul ne contestait que l'administration pût disposer d'un pouvoir de modification unilatérale. Ce qui était contesté portait sur l'existence d'un pouvoir de modification en sa qualité de cocontractant, en vertu de ses prérogatives contractuelles et en l'absence de stipulation du contrat le prévoyant.

⁵¹ V CE, 21 mars 1910, compagnie générale française des Tramway: GAJA.

⁵² CE, 02 février 1983, union des transports publics urbains et régionaux, voir le Jugement N°139/04-05 du 27 juin 2005, société SOTRAME c/Etat du Cameroun (METPS).

⁵³ Voir Jugement N°55/2001-2002 du 19 août 2002, CA/CS, affaire Etablissement le Payasan c/Etat du Cameroun (MINEDUC).



caractère règlementaire.⁵⁴ Cette prérogative qui se présente comme une manifestation du particularisme des contrats administratifs en général et des contrats de la commande publique en particulier, est générale et d'ordre public. Elle existe même en l'absence de clause du contrat en ce sens.⁵⁵ Il faut néanmoins relever que le pouvoir de résiliation unilatérale ne peut être fondé que sur la nécessité d'adapter le marché public à l'intérêt général et dans le souci de supprimer ce qui ne correspond plus aux besoins de l'administration et du public. L'existence d'un « *motif légitime* » doit être vérifiée par le juge administratif.⁵⁶ C'est dire que les droits du cocontractant de l'administration en matière de commande publique ne sont pas méconnus. Si l'administration bénéficie dans l'exécution des contrats publics de diverses prérogatives qui font du contrat de la commande publique, un « *contrat génétiquement déséquilibré* », le cocontractant de l'administration bénéficie en retour de certains droits protecteurs qui rétablissent l'équilibre financier du contrat.⁵⁷ Ceci traduit le fait que la commande publique est susceptible d'être un contrat à part entière.

II. L'entière responsabilité contractuelle de la commande publique

Parlant du critère de différenciation du contrat et de l'acte unilatéral, Georges Dupuis trouve que « *le contrat est un échange de consentement, tandis que l'acte unilatéral vaut sans le consentement de ceux auquel il impose une règle de conduite* ». ⁵⁸ La commande publique qui fait l'objet du contrat des personnes publiques intègre le consentement dans sa conclusion au-delà des prérogatives exorbitantes de l'administration.

En effet, le fait que les contrats publics⁵⁹ regroupent aussi bien les contrats administratifs que les contrats privés de la personne publique semble établir un pont entre les

⁵⁴ Voir Jugement N°55/2001-2002 du 19 août 2002, CA/CS, affaire Etablissement le Payasan c/Etat du Cameroun (MINEDUC).

⁵⁵ CE, 06 mai 1985, Assoc. Eurolat-Crédit Foncier de France.

⁵⁶ Devillier (M), Droit public général, op. cit, p.678.

⁵⁷ Voir CS/CA, Jugement N°139/04 du 27 juillet 2005, Société SOTRAME c/Etat du Cameroun (METPS).

⁵⁸ Cité par Michel De Villier, droit public général, op. cit, p.589.

⁵⁹ Guylain Glanour, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in contrats publics. Melanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, vol II, ed Presses de la Faculté de Montpellier, mars 2006, p.637.



deux types de contrats. Tout d'abord parce que la commande publique demeure liée à la théorie générale des obligations du droit civil⁶⁰ dans ses fondements (A). Ensuite, parce que dans sa finalité la commande publique converge vers l'utilité sociale et la justice contractuelle (B).

A. Les fondements contractuels de la commande publique

Il faut d'emblée dire que les éléments constitutifs d'un contrat se retrouvent dans la commande publique au Cameroun.⁶¹ Il convient d'ailleurs de relever qu'il existe une indétermination quant au rattachement soit au droit public, soit au droit privé du marché public sur le plan national ; alors qu'en France, l'on a clairement opté pour l'administrativisation des marchés publics.⁶² Cette indétermination semble prioriser l'accord de volontés entre la personne publique et son contractant nonobstant la présence des clauses exorbitantes de droit commun qui n'en sont pas moins volontaristes. En incluant ou en acceptant l'inclusion de ces clauses dans le contrat de la commande publique, les parties font montre d'un échange de volontés (1) dans la création des droits et des obligations réciproques (2) qui sous-tendent l'exécution de la commande publique.

1. L'accord de volontés dans la conclusion du contrat de la commande publique

Dans la procédure de conclusion du contrat de la commande publique, il y a échange de consentement entre la personne publique et son cocontractant. Cet échange se manifeste à travers d'un côté le dossier d'appel d'offres qui est publié et mis à la disposition des opérateurs

⁶⁰ M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint-Marc, D. Labetoule, droit administratif, Hachette SUP, 1989, p.178.

⁶¹ M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint-Marc, D. Labetoule, droit administratif, Hachette SUP, 1989, p 178.

⁶² Contrairement à l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (loi Murcef) qui énonce en substance que « les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrat administratif », la définition du marché public issue du décret n° 2012/074 du 08 mars 2012 portant création, organisation et fonctionnement des commissions de passation des marchés publics ne détermine pas la nature juridique du marché au Cameroun.



économiques possiblement soumissionnaires et de l'autre côté les offres présentées par les soumissionnaires et potentiels cocontractants de l'administration.

En publiant à travers un avis, le dossier d'appel d'offres, la personne publique présente les clauses contractuelles dans les cahiers des charges⁶³ et les propose ainsi aux opérateurs économiques. En décidant de soumissionner, ces derniers manifestent leur consentement relativement aux clauses contractuelles proposées par le maître d'ouvrage ou l'autorité contractante.⁶⁴ En attribuant par la décision d'attribution le marché au soumissionnaire sélectionné, la personne publique traduit l'acceptation des clauses contractuelles proposées par le soumissionnaire retenu ; lesquelles portent pour l'essentiel sur le prix et le délai proposé pour l'exécution de la commande publique.⁶⁵ L'on observe à ce niveau qu'il y a effectivement échange de volonté entre la personne publique et l'attributaire du marché, toutes choses qui caractérisent l'acte contractuel.⁶⁶ En revanche la présence des offres non retenues traduit l'absence d'acceptation d'échanges de volontés entre la personne publique et les soumissionnaires dont les offres ont été rejetées.

Le marché issu d'une commande publique qualifiée parfois de « *contrat d'adhésion* » reste formé par un accord de volonté. Dès que l'existence de cet accord de volontés, est établie, elle peut donner naissance à un contrat nonobstant les incitations préalables, voire des modifications ultérieures dont la personne publique se serait réservée le droit.⁶⁷

⁶³ Le cahier des charges est le document dans lequel l'administration définit les obligations minimales qu'elle met à la charge de l'opérateur économique auquel le marché sera attribué. Les charges sont généralement déterminées selon une double nature : les charges administratives et les charges techniques. Suivant cette distinction, les cahiers des charges sont au nombre de deux : le cahier des charges administratives et les cahiers des clauses techniques.

⁶⁴ Voir ABDOULRAHIM OUMAROU, l'autorité contractante dans la passation des marchés publics au Cameroun, Mémoire de Master II Recherche, FSJP, Université de Douala, année académique 2012-2013. Le décret n° 2012/075 du 08 mars 2012 portant organisation du ministère des marchés publics distingue désormais l'autorité contractante du maître d'ouvrage.

⁶⁵ En principe, les soumissionnaires présentent dans leurs offres, pour l'essentiel, le prix et le délai d'exécution du marché ; toutes choses qui déterminent le choix de la personne publique.

⁶⁶ L'accord de volontés est le mode spécifique de création des règles contractuelles quel que soit, le régime du contrat. Conclure un contrat, c'est se mettre d'accord sur quelque chose.

⁶⁷ Marcel H. SINKONDO, « la notion de contrat administratif : acte unilatéral a contenu contractuel ou contrat civil de l'administration », op. cit, p.239.



Il importe de relever que c'est l'accord de volontés qui crée l'acte contractuel. L'absence de négociation ne suffit à écarter la qualification contractuelle, pas plus que l'existence d'une négociation ne suffirait à justifier cette qualification.⁶⁸ C'est cet accord de volontés qui crée des droits et obligations contractuels entre les contractants pendant l'exécution de la commande publique.⁶⁹

2. Les droits et obligations contractuels des parties au contrat

Il convient de relever que l'approche contractuelle de nos jours est de plus en plus marquée par un entremêlement des droits et des obligations des contractants aussi bien dans les contrats administratifs que dans ceux de droit privé.⁷⁰ S'agissant du contrat de la commande publique, les droits et les obligations des parties aux contrats ne s'analysent pas toujours en termes d'intérêts antagonistes, opposés conflictuels ou encore inégalitaires. Ces intérêts se fondent de plus en plus sur la collaboration.⁷¹ Vu sous cet angle, le contrat de la commande publique ne s'éloigne pas forcément de celui de droit privé.

L'accord de volontés des contractants de la commande publique est créateur de droits et d'obligations qui se complètent et convergent vers le même objectif à savoir l'intérêt général dans lequel chaque partie trouve son compte.⁷² C'est sur une « affectio contractus » permettant aussi bien à la personne publique qu'à son cocontractant de parvenir à des rapports équilibrés et égaux, empreints de plus de fraternité et de justice que pourraient être envisagés les droits et les obligations contractuels des parties au contrat de la commande publique.⁷³

⁶⁸ Marcel H. SINKONDO, « la notion de contrat administratif : acte unilatéral a contenu contractuel ou contrat civil de l'administration », op. cit, p.239.

⁶⁹ V.J. Ghestin, la notion de contrat, D, Chron, p.147-156.

⁷⁰ voir à ce sujet François CHENEDE, « les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », in actualité juridique droit administratif 2009, chronique, p.923.

⁷¹ voir Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « libres propos sur la transformation du droit des contrats », in revue trimestrielle de droit civil 1997, chroniques, p.357

⁷² voir Yves-Marie LAITHIER, « à propos de la réception du contrat relationnel en droit français » in recueil Dallaz-2006 chroniques, p.1002.

⁷³ Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « libre propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit.



La perception administrativiste de la commande publique, au regard des prérogatives de l'administration, semble confiner le cocontractant privé à une position fragile.⁷⁴ Cependant il s'agit là d'une vue de l'esprit car dans la réalité, il n'en est rien. En effet, tout comme dans les contrats de droit privé, le cocontractant de la personne publique bénéficie des droits qui limitent le caractère autoritaire des prérogatives de l'administration dans la relation contractuelle.

S'il est reconnu à la personne publique, dans le contrat de la commande publique, le droit d'utiliser le pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution du contrat, par le canal des ordres de service,⁷⁵ ce droit est contrebalancé par celui qui est reconnu au cocontractant d'être indemnisé du préjudice subi du fait des dépenses supplémentaires à lui créées par les injonctions de l'administration.⁷⁶

De même, le droit pour l'administration soit de modifier les clauses contractuelles, soit de résilier de manière unilatérale, sans la faute du cocontractant le contrat, rencontre un autre droit ; celui pour le cocontractant d'exiger l'équilibre financier du contrat.⁷⁷ Le cocontractant n'étant pas fautif a droit à la réparation intégrale du préjudice c'est-à-dire à l'indemnisation des pertes *subies-damnum emergens* comme à celle des gains manqués dont le cocontractant doit déterminer et dont il doit démontrer le caractère *certain-Lucrum cessans*.⁷⁸

Par ailleurs, si la personne publique a le droit de mener à bon port et dans les délais contractuels, la réalisation de ses projets ; toutes choses qui lui confèrent les prérogatives exorbitantes, son cocontractant a le droit d'être payé à temps conformément aux prescriptions contractuelles. Faute de quoi il est de son droit d'exiger des intérêts moratoires.⁷⁹ C'est la raison pour laquelle le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué est tenu de s'assurer

⁷⁴ Marcel H. SINKONDO, « la notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration? », op. cit, p.239.

⁷⁵ l'ordre de service émane de la personne publique ou du maître d'œuvre pour son compte. Il est notifié à l'entrepreneur qui doit l'exécuter qu'il ait ou non fait des réserves. Le refus d'obéissance constitue une faute contractuelle engageant sa responsabilité.

⁷⁶ voir CS/CA, Jugement N°139/04-05 du 27 juillet 2005, société SOTRACOMEC c/Etat du Cameroun (METPS).

⁷⁷ Voir CS/CA, Jugement n° 96-97 du 05 décembre 1996, affaire DZONGANG Albert c/Etat du Cameroun (MTPT).

⁷⁸ Voir Jugements n° 62/94-95 du 29 juin 1995, the Big Brothers Trading Company c/Etat du Cameroun ; n° 59/04-05, du 23 mars 2005 établissements LIPA-SPORT BTP c/Etat du Cameroun (ministère des travaux publics).

⁷⁹ Voir article 87 du code des marchés publics camerounais.



de la mise en place de la disponibilité du financement avant le lancement de la consultation.⁸⁰

Le fait qu'au Cameroun, la définition du marché public ne spécifie pas qu'il est un contrat administratif rapproche le contrat de la commande publique du contrat de droit privé. Ce rapprochement montre que si les deux contrats sont logés dans les chambres à part, ils se retrouvent néanmoins dans une maison contractuelle commune faite d'utilité sociale et de justice contractuelle.⁸¹

B. L'utilité sociale et la justice contractuelle dans le contrat de la commande publique

D'une manière générale, les contrats de l'administration sont de deux sortes : certains sont assimilés à ceux des particuliers au moins pour l'essentiel et sont soumis au droit civil, au Code civil, leur contentieux relève du juge judiciaire. D'autres au contraire sont régis par des règles qui leur sont propres, si un litige survient à leur propos, il doit être tranché par les juridictions administratives.⁸² De ce qui précède, l'on observe que l'administration chapeaute aussi bien les contrats administratifs que les contrats de droit privé, ce qui atténue l'inégalité des parties. En outre, les contrats de l'administration cessent d'être l'affaire des parties⁸³ pour devenir celle de l'intérêt général (1) et des structures chargées de la résolution des litiges contractuels (2).

1. Le contrat de la commande publique et l'intérêt général

Les pouvoirs unilatéraux dont dispose l'administration dans les relations contractuelles au Cameroun sont prévus par des textes réglementaires parmi lesquels le code des marchés publics. Cette réglementation qui encadre la commande publique vise la protection des deniers

⁸⁰ C'est la substance de l'article 7 alinéa 4 du Code des marchés publics.

⁸¹ Voir Marcel H. SINKONDO, « la notion de contrat administratif : Acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration? » op. cit.

⁸² Georges Dupuis, Marie-José GUEDON, Patrice Chretien, Droit administratif, op. cit, p.437.

⁸³ Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit, p.357.



publics.⁸⁴ Tout comme le contrat de droit privé tire sa force obligatoire du législateur,⁸⁵ le contrat de la commande publique au Cameroun est l'expression de l'intérêt général, et vise une utilité sociale.⁸⁶

Pour paraphraser P. Weil, le contrat de la commande publique est administratif en raison de « *l'ambiance de droit public* » dans laquelle il baigne. Les critères actuels deviennent de simples manifestations parmi d'autres de cet unique critère général du contrat de la commande publique. En forçant à peine, on pourrait désormais dire que le marché public est un contrat administratif parce que l'on ne peut pas ne pas avoir l'impression qu'il doit l'être.⁸⁷

C'est dans cette même ambiance publiciste que baigne l'idéologie de l'intérêt général qui entend établir le consensus autour de l'Etat en le présentant comme un pouvoir nécessaire, bienfaisant et neutre vis-à-vis des différents groupes qui composent la société.⁸⁸ En réalité, les objectifs d'un droit de la commande publique sont l'efficacité et la bonne utilisation des deniers publics. L'on pourrait même dire que la protection des deniers publics est devenue l'accessoire d'une finalité plus importante qui consiste à concevoir le droit des marchés publics comme un régime juridique de bonne gestion administrative.⁸⁹

En dotant le contrat de la commande publique de prérogatives exorbitantes du droit commun, on permet à l'administration de protéger le patrimoine commun et par ricochet son cocontractant de tout risque de défaillance de la part de l'Etat.⁹⁰ De ce qui précède, l'on peut affirmer que le contrat de la commande publique porte la qualification de contrat nonobstant ses prérogatives intrinsèquement exorbitantes du droit commun parce qu'il est non seulement utile, mais aussi conforme à la justice contractuelle.⁹¹ Il rejoint ainsi les préoccupations du

⁸⁴ Frédéric Allaire, l'essentiel du droit des marchés publics, op. cit, p.13.

⁸⁵ Marcel H. SINKONDO, « la notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration », op cit, p.239.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ P. Weil cité par Michel de Villiers, Droit public général, op. cit, p.667.

⁸⁸ Marcel H. SINKONDO, « la notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration », op cit, p 239.

⁸⁹ Frédéric Allaire, l'essentiel du droit des marchés publics, op. cit, p.17.

⁹⁰ Marcel H. SINKONDO, « la notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration », op cit, p 239.

⁹¹ Voir J. Ghestin, l'utile et le juste dans le contrat D 1982, chro n°1.



contrat de droit privé dans la mesure où il mobilise tout comme ce dernier aussi bien le juge classique que le règlement par les modes alternatifs de résolution des différends.

2. Le règlement des différends contractuels de la commande publique

Pendant longtemps, le contrat a été envisagé en lui-même, dans un rapport minimum avec l'ordre juridique.⁹² Ainsi la loi tout comme le juge se gardaient de toute intrusion dans la sphère contractuelle.⁹³ De nos jours, le contrat est non seulement encadré par le législateur, mais aussi fréquemment visité tant par l'arbitrage du juge que par celui des modes alternatifs de résolution des conflits.⁹⁴

Le constat peut paraître banal, mais les thématiques contemporaines de la nouvelle gouvernance publique marquée par la mondialisation et l'influence déterminante des préceptes managériaux sur l'action publique ne s'accrochent plus des spécificités du droit administratif en général et du droit de la commande publique en particulier. La recherche de l'efficacité, de l'efficience, de la performance dans un environnement fait de concurrence, remet en cause l'orthodoxie des pratiques de l'administration dans les achats publics.

Dans un tel environnement, la personne publique se trouve quasiment dans l'obligation de faire sienne, les solutions autrefois exclues de ses usages. C'est notamment le cas de l'arbitrage en matière contractuelle.⁹⁵ Le besoin de l'administration de faire appel à des procédés compromisaires ou négociés n'est pas propres au droit des contrats administratifs.

Pour des raisons de célérité et de confidentialité, la régulation des relations contractuelles ne saurait se réduire à un cadre contentieux.⁹⁶ Certes le droit de la commande publique au plan national n'a pas expressément opté pour l'arbitrage.⁹⁷ Néanmoins au regard

⁹² Seuls deux textes du code civil étaient porteurs des exigences de l'époque : l'act 6 et l'act 1133.

⁹³ Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », op cit, p 357.

⁹⁴ Stéphane Braconniers, « arbitrage et contrats publics d'affaires vers la consécration d'un principe d'arbitralité », in contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, vol II op cit, p 320.

⁹⁵ Catherine Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », op. cit, p. 357.

⁹⁶ Stéphane Braconniers, « arbitrage et contrats publics d'affaires vers la consécration d'un principe d'arbitralité », in contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, vol II, op. cit, p. 320.

⁹⁷ C. Jomossion, « l'arbitrage en droit public », AJDA, 1997, p.16.



de l'article 91 du code des marchés publics, « *les litiges résultant des marchés publics peuvent en tant que de besoin, faire l'objet d'une tentative de règlement à l'amiable* ». C'est dire qu'en droit camerounais, la préférence est accordée à un règlement de litiges en dehors du prétoire.⁹⁸

Sous d'autres cieux, les différends contractuels ne se règlent pas toujours devant le juge.⁹⁹ C'est la raison, pour laquelle les modes alternatifs de résolution des différends y trouvent un terrain de prédilection.¹⁰⁰ La présence du juge étatique en matière de commande publique est clairement convoquée par l'alinéa 1 de l'article 91 du code des marchés publics qui, énonce que « *la tentative de règlement à l'amiable reste sans incidence sur la procédure de règlement de droit commun, sauf dérogation découlant des accord ou conventions internationales* ».

Les pouvoirs du juge étatique sur le contrat de la commande publique ne cessent de s'accroître. Le juge peut non seulement permettre la modification du contrat si les impératifs supérieurs à la volonté l'y invitent, mais également le compléter. Et c'est pour rappeler à l'administration que ses prérogatives ne sont pas extérieures ou supérieures au contrat que le juge administratif a formulé la théorie de l'équation financière ou d'équilibre financier du contrat.¹⁰¹

Le juge intervient aussi bien dans la formation du contrat de la commande publique pour rétablir l'égalité entre les précontractants,¹⁰² que dans l'exécution dudit contrat pour faire respecter l'équilibre contractuel entre les contractants.¹⁰³ Il ressort de l'article 2 du code des marchés publics camerounais que ledit code « *repose sur les principes de liberté d'accès à la*

⁹⁸ L'on observe que dans la pratique, les différends contractuels trouvent très souvent des solutions dans le cadre des avenants qui viennent pallier les carences des contrats de base.

⁹⁹ Voir notamment N. Poulet-Gibot, « la contractualisation des rapports entre personnes publiques », RFDA 1999, p.551.

¹⁰⁰ Voir M Audit, « le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », Rev. Arbitrage 2004, p.541.

¹⁰¹ La notion de contrat administratif. Acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? op. cit, p.239.

¹⁰² Voir CS/CA, 27 juillet : les établissements Le Paysan c/Etat du Cameroun.

¹⁰³ Voir CS/CA, Jugement N°50/8485 du 1er février 1985 TAMEGHI Boniface (AMSECOM/AMSECONCOM c/Etat du Cameroun).



commande publique, d'égalité de transparence de procédure ». Le non respect de ces principes fait intervenir le juge précontractuel.¹⁰⁴

Les contrats de la commande publique portent sur des domaines transversaux relatifs au droit de la concurrence, au droit commercial, au droit de la consommation et surtout au droit pénal de l'achat public.¹⁰⁵ Dans l'exécution du contrat de la commande publique, le juge administratif national est intervenu à plusieurs occasions, soit pour condamner le cocontractant de la personne publique,¹⁰⁶ soit pour condamner la personne publique fautive.¹⁰⁷

Conclusion

D'une manière générale, le contrat de la commande publique est confronté à un environnement économique globalisé.¹⁰⁸ Dans ce contexte, il se trouve à la croisée des chemins de l'unilatéralité et de la plurilatéralité. Par ce fait, il est appelé à subir une mue tout comme le droit administratif dont il est l'émanation.¹⁰⁹ Si dans sa formation le contrat de la commande publique, peine à se « *déshabiller* » de son unilatéralité à cause du phénomène de la préfabrication des clauses contractuelles moulées dans les cahiers des charges,¹¹⁰ l'on observe cependant une tendance vers la « *privatisation* » du marché public dans son exécution.¹¹¹

Ce changement dans l'environnement de la commande publique résulte de l'insertion de « *nouveaux référentiels* ». Les normes de la globalisation échappent aux configurations juridiques classiques sous l'angle de leur formation, de leur contenu et de leurs effets.¹¹² L'on

¹⁰⁴ Cass Crim, 08 juin 1999.

¹⁰⁵ Voir arrêt N°002/55/CS du 05 août 2015 OLANGUENA AWONO Urbain c/ministère public et Etat du Cameroun (MINSANTE).

¹⁰⁶ voir CS/CA, Jugement N°72 du 29 juin 1989 FOU DA ETAMA c/Etat du Cameroun ; CS/CA, Jugement N°62/94-95 du 29 juin 1995, the Big Brothers Trading Company c/Etat du Cameroun (MINDIC).

¹⁰⁷ voir CS/CA, Jugement N°139/04-05 du 27 juillet 2005, société SOTRACOM c/Etat du Cameroun (METPS). CS/CA, Jugement N°96-97 du 05 décembre 1996, Affaire DZONGANG Albert c/Etat du Cameroun (MTPT).

¹⁰⁸ voir Daniel MOCKIE, « le droit administratif doit-il être vu autrement ? » Droit et société, 2014/1 (n° 92), p.240.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.241.

¹¹⁰ Le cahier des charges est le document dans lequel l'administration définit les obligations minimales qu'elle met à la charge de l'opérateur économique auquel le marché sera attribué.

¹¹¹ Jean Philippe Colson et Pascale IDOUX, droit public économique, Paris : L.G-D.J. LEXTENSO 6ème édition, 2012, p.22.

¹¹² Jean Bernard AUBY, la globalisation, le droit et l'Etat, Paris Montchrestien, 2003, p.67.



s'achemine vers un droit de la commande publique « *global* », sans finalité particulière, composé de standards et de procédures destinés à accompagner des formes institutionnelles transnationales.¹¹³ Ce contexte est favorable à des approches différentes ou renouvelées. Certes les catégories juridiques contractuelles ne disparaissent pas mais elles deviennent des produits hybrides.

En effet, si l'Etat camerounais tient à se réserver les meilleurs opérateurs économiques susceptibles de l'accompagner vers l'émergence en 2035,¹¹⁴ il serait intéressant que l'on passât d'un code de marchés publics à tendance réglementaire, vers un code de la commande publique issu des fonds baptismaux législatifs et porteur d'une collaboration contractuelle « *gagnant-gagnant* » gage d'une « *fraternité contractuelle* ».¹¹⁵

¹¹³ Frédéric Rolin, « qu'est-ce qu'un droit administratif ? » in Clémentine Bories (dir), *un droit administratif global?*, Paris Pedone, 2012, p.117.

¹¹⁴ Voir à ce sujet, le document de stratégie pour la croissance et l'emploi du Cameroun, p.14.

¹¹⁵ Cette expression de fraternité contractuelle a été utilisée, lors d'une discussion amicale, par M Denis Mazeau ; du même auteur, sur ce point, V. les obs. sous civ, 1er, 11 juin 1996, Défrénois, 1996, act 36 381, N°98, « la jurisprudence exige de la part de chaque contractant, un comportement altruiste minimum qui doit épouser les attentes légitimes de son partenaire et pourfend l'individualisme contractuel exacerbé... En somme, le commandement qu'elle énonce... à leur intention c'est « aidez-vous les uns les autres ».