

Towards a Justice with a human face

The first International Congress
on the Law of Civil Procedure

SPRINGER-SCIENCE+BUSINESS MEDIA, B.V.

TOWARDS A JUSTICE WITH A HUMAN FACE

**TOWARDS A JUSTICE
WITH A HUMAN FACE**

**THE FIRST INTERNATIONAL CONGRESS
ON THE LAW OF CIVIL PROCEDURE**

FACULTY OF LAW – STATE UNIVERSITY OF GHENT

27 AUGUST 1977 – 4 SEPTEMBER 1977

Edited by

MARCEL STORME and HÉLÈNE CASMAN

SPRINGER-SCIENCE+BUSINESS MEDIA, B.V. 1978

D/1978/2664/7

ISBN 978-94-017-4515-4

ISBN 978-94-017-4513-0 (eBook)

DOI 10.1007/978-94-017-4513-0

© 1978 Springer Science+Business Media Dordrecht

Ursprünglich erschienen bei Kluwer Academic Publishers 1978

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the publishers.

VOORWOORD

Het is voor mij een bijzonder voorrecht het verslagboek van het eerste internationaal congres voor vergelijkend privaatrechtelijk procesrecht te Gent te mogen inleiden.

Bij de voorbereiding van deze uitgave werd door het inrichtend comité beslist de algemene rapporten in hun oorspronkelijke taal te publiceren, eventueel met een engelstalige summary.

Hoewel de redevoeringen op de openings- en slotzitting in de vijf congrestaten (Duits, Engels, Frans, Nederlands en Spaans) werden uitgesproken, werd ook beslist de meeste van deze teksten uniform in het Engels op te nemen.

Deze uitgave ware niet mogelijk geweest zonder de vele medewerkers van het congres, die in mijn slotwoord worden genoemd. Speciaal zou ik hierbij nog willen vermelden mevrouw Hélène CASMAN, die mede voor de eindredactie van het verslagboek instond en collega Roger DE CORTE, die voor de vermenigvuldiging van de rapporten ten behoeve van de congressisten zorgde.

Een laatste woord van dank gaat naar de uitgeverij KLUWER die op voortreffelijke wijze deze uitgave voorbereidde en uitvoerde.

16 januari 1978

MARCEL STORME

PREFACE

Dans le texte qui précède il est dit pourquoi les rapports généraux sont publiés dans leur langue originale et pourquoi les allocutions des séances solennelles d'ouverture et de clôture sont publiées en langue anglaise.

Cette solution a paru en effet la plus rationnelle aux organisateurs belges, bien que les allocutions aient été prononcées dans les cinq langues officielles du congrès (le néerlandais, le français, l'allemand, l'anglais et l'espagnol) et que ce congrès ait eu lieu dans un pays où trois autres langues sont usuelles (le néerlandais, le français et l'allemand).

A l'occasion de la parution du présent ouvrage je tiens à remercier Madame H. CASMAN qui a soigné la rédaction définitive de cette publication ainsi que le professeur R. DE CORTE qui a mis les textes des rapports généraux à la disposition des congressistes durant le congrès.

PREFACE

Je tiens également à remercier l'éditeur KLUWER que nous a garanti une publication aisée et attrayante.

Ce n'est pas sans fierté que j'ai l'honneur d'introduire la présente édition des actes du congrès.

PREFACE

In the text mentioned above, it has been stated that the texts of the General Rapports were published in their original language and the texts of the opening and closing speeches, although they were made in the five Congress languages (Dutch, French, English, German and Spanish), were published in English, as the Belgian organisers deemed this to be the most rational solution, even though the Congress took place in a country where three different languages (Dutch, French and German) are spoken there.

As regards the publication of this book, I would like to thank Mrs. CASMAN, who made the texts ready for printing, Professor R. DE CORTE, who saw to the distribution of the texts during the Congress, and the KLUWER publishing company for their excellent and faultless publication.

I cannot stifle a distinct feeling of pride at being privileged enough to introduce this publication of the Reports.

VORWORT

Im vorstehenden Text ist erörtert worden aus welchen Gründen die Gesamtberichte in ihren originellen Sprachen veröffentlicht wurden, und die Texte der feierlichen Eröffnungssitzung und der Schluss-sitzung im Englischen, obwohl diese verfasst wurden in den fünf Kongresssprachen (Deutsch, Englisch, Französisch, Niederländisch und Spanisch) und obgleich der Kongress veranstaltet wurde in einem Land wo es drei Sprachen (Niederländisch, Französisch und Deutsch) gibt.

Hinsichtlich der Erscheinung dieses Buches möchte ich mich bei Frau H. CASMAN bedanken für die endgültige Fassung dieses Buches, bei Professor R. DE CORTE für die Zurverfügungstellung der Gesamtberichte während des Kongresses, und beim KLUWER Verlag für die hervorragende und tadellose Veröffentlichung.

Ich setze meinen Stolz darein die Ehre zu haben diese Veröffentlichung der Gesamtberichte introduzieren zu dürfen.

PROLOGO

PROLOGO

En el texto precedente se senala que los textos de los Ponentes generales estan publicados en su idioma original, mientras que los discursos de las sesiones de apertura y clausura se publican en inglés, aunque fueron pronunciados en los cinco idiomas del congreso (neerlandés, francés, inglés, aleman, y español). En efecto, los organizadores belgas creen que esta solucion es la mas razonable, aunque el congreso se ha celebrado en un pais donde se hablan otros tres idiomas nacionales (neerlandés, francés y aleman).

Al publicarse este libro, quisiera manifestar mi agradecimiento a la Señora CASMAN que ha preparado los textos para la imprenta, al Profesor R. DE CORTE que se ha encargado de su difusion durante el congreso, y a la Editorial KLUWER que ha hecho una edicion muy cuidada.

Para mi constituye un gran motivo de satisfaccion el poder presentar estos informes.

TABLE OF CONTENTS

VOORWOORD – Préface – Vorwort – Preface – Prologo	V
OFFICIAL OPENING SESSION	1
Speech by Prof. Dr. E. Krings, <i>Chairman of the Congress</i>	3
Speech by Prof. Dr. W. Delva, <i>Dean of the Faculty of Law, State University of Ghent</i>	5
Speech by Mr. R. van Elslande, <i>Minister of Justice of Belgium</i>	9
Speech by Prof. Dr. M. Storme, <i>Secretary General of the Congress</i>	13
GENERAL REPORTS	27
Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé, Prof. Dr. W. J. Habscheid (<i>Würzburg-Genève</i>)	29
Internationales Prozessrecht, Prof. Dr. W. Grunsky (<i>Bielefeld</i>)	67
L'administration de la preuve en droit judiciaire, Prof. Dr. G. A. Micheli (<i>Roma</i>) – Prof. Dr. M. Taruffo (<i>Pavia</i>)	105
Appellate proceedings, Prof. Dr. J. A. Jolowicz (<i>Cambridge</i>)	127
Accessibility of legal procedures for the underprivileged: Legal aid and advice, Prof. Dr. Vittorio Denti (<i>Pavia</i>)	167
La Humanización del proceso (I), Prof. Dr. V. Fairén Guillén (<i>Valencia</i>)	185
La Humanización del proceso (II), Prof. Dr. A. Gelsi Bidart (<i>Montevideo</i>)	241
Accelerating the process of law, Prof. Dr. J. Jacob (<i>London</i>)	303
'Small claim courts', Prof. Dr. Hans W. Fasching (<i>Wien</i>)	343
Le rôle et la compétence du juge, Prof. Dr. B. Connen (<i>Paris</i>)	377
Selección y nombramiento de jueces, Prof. Dr. H. Fix Zamudio (<i>Mexico</i>)	405
Tareas del Ministerio Público en el proceso civil, Prof. Dr. E. Vescovi (<i>Montevideo</i>)	459
Jurists and paraprofessionals, Prof. Dr. Yasuhei Taniguchi (<i>Kyoto</i>)	495
SUMMARY REPORT ON THE WORKING DAYS	523
OFFICIAL CLOSING CEREMONY	533
Speech by Prof. Dr. M. Storme, <i>Secretary General of the Congress</i>	535
	IX

TABLE OF CONTENTS

Speech by Mr. A. Devreker, <i>Rector of the University of Ghent</i>	553
Speech by Mr. L. Tindemans, <i>Prime Minister of Belgium</i>	555
Speech by Prof. Dr. E. Krings, <i>President of the Congress</i>	561
LIST OF PARTICIPANTS	565
SUPPORTING INSTITUTIONS	589

OFFICIAL OPENING SESSION

SPEECH BY PROF. DR. E. KRINGS

Chairman of the Congress

Excellency,
Dear Colleagues,
Ladies and Gentlemen,

It is a great honour for me to be able to greet and welcome you at this opening ceremony of the First International Congress on the Law of Civil Procedure.

I would like to say to each participant personally how much we appreciate his or her presence and how pleased we are to be able to become acquainted with each other and to create or renew friendship.

I hope you will fully enjoy your stay in this country and especially in this beautiful town, with its age-old traditions and its rich past, the town of Van Artevelde, who has remained the symbol of the prosperity of its people, its sense of independence, freedom and justice. It is probably no coincidence that these qualities also contribute the cornerstones of our judicial institutions.

I hope that the cooperation which will take place at this congress will be as fruitful as possible for all participants. It will be especially fruitful through the discussions that will be held here, thanks to the richly-documented reports which have been issued and the remarkable summarizing reports which highlight not only the importance of comparative law studies, but also the degree of difficulty, because nothing is more peculiar to a people than its law of procedure.

From our experience we know this law to be to a large extent, founded on deeply-rooted customs.

This makes a comparison more fascinating and indicates the strict academic standards we have to impose on ourselves. The task of our highly-esteemed colleagues, Mr. Jodlowski, Mr. Cappelletti and Mr. Fettweis, is therefore an extremely difficult one. With great willingness they agreed to assume the presidency of our meetings. Thanks to their knowledge and their large experience, our proceedings will be conducted in a most efficient way and this Congress will become a milestone in the study of procedural law. May I already express, in the name of all participants, our very sincere thanks for what they will do in order to ensure the success of this Congress.

Many jurists from all continents and from all academic circles are present here, not only in the subject of this Congress, but also in civil which provides evidence of the interest procedure in general.

To the layman, legal proceedings may seem mysterious, if not useless. Yet

OFFICIAL OPENING SESSION

anybody who is involved in legal practice before the courts and tribunals understands its importance and also acknowledges the use of thorough studies in order to adapt its rules to the requirements of a better administration of justice.

As a rule, there is no action at law without law. Yet a legal system without jurisdiction is dead. Therefore, jurisdiction is inseparably linked with law. This immediately highlights the importance of jurisdiction, as it determines the method on which action at law is based. The judges who have to pronounce judgement in actions brought before them, have to see to it that all persons seeking justice are treated in an equal way. The procedural rules have to be flexible and proceedings before the court must not degenerate in a rigid and purely formal procedural battle which in the end ignores the Law itself. The respect for essential procedural rules is not only based on the respect of the rights of the defence, but it also prevents the judge from being partial and at the same time protects him from accusations of unequal treatment. Indeed, inequality and injustice do not only arise in case of an unequal judgement of the law itself, but also in case of an unequal treatment of the action at law.

Accordingly, the laying down of the indispensable jurisdictional rules, their study and their application are among the main concerns of judicial practice.

Persons seeking justice have to be informed adequately, not only of their rights, but also of the way in which they can exercise these rights.

These were the objectives of the Belgian legislator when he set up the Judicial Code some ten years ago.

It is thanks to the sense of courtesy of my dear friend and colleague Professor Storme, which has moved me deeply, that we celebrate this event at present. The theme he has chosen for this congress is perfectly in tune with what the legislator has wanted to achieve. Yet any human achievement is susceptible of improvement, and the exchanges of views which will take place here will undoubtedly inspire the legislator to adapt, modify and correct the Judicial Code.

The presence of our Minister of Justice is indicative of the importance he himself and the government attach to the good functioning of our legal system.

I hope that this will also be the case in all countries represented here by their most authoritative scholars.

Thus this Congress will have fully achieved its aims.

Ernest Krings

SPEECH BY PROF. DR. W. DELVA

Dean of the Faculty of Law, State University of Ghent

Mr. Chairman,
Excellency,
Dear Colleagues,
Ladies and Gentlemen,

Some eighteen months ago, Professor Storme informed me that he was thinking of organizing an International Congress on Procedural Law, with the backing of the Faculty, to celebrate the anniversary of the introduction of the Judicial Code. I acknowledged this fact and informed the Law Faculty which, in turn, had a 'nihil obstat' recorded. For the Faculty, the rest was a mere formality. The same can be said of myself. Time would tell to what extent this dream could be achieved, because 'laws and objections of a practical nature are the obstacles on the road from dream to reality'.

From the outside however, I was convinced that this was not to remain an empty dream, knowing my colleague as I do. Consequently, arrangements were made by the Deanery of the Faculty so that we might contribute towards the success of this project, without hampering the initiator in his endeavours.

Within the limits of the financial means allocated to him, Professor Storme was given a free hand and as much help as possible. It was, however, up to Professor Storme to see to it that he could realize the objectives of this Congress, with the cooperation of Professor Krings, chairman of the present Congress.

Therefore, I am particularly glad to see that the project has developed smoothly and without any trouble and we may rest assured that this Congress will be a success.

I would like to congratulate with all my heart both yourself, Mr. Krings, as Chairman, and you Mr. Storme, as Secretary-General of the Congress, on what you have achieved.

Yet it is true that, to a large extent, the success of this International Congress on Procedural Law can also be attributed to the cooperation of specialists in procedural law from several universities in this country who have joined forces with my colleagues Krings and Storme to make it a success.

In turn, I would like to thank all my colleagues assembled here, as I know from my own experience how hard it usually is to initiate, stimulate and achieve cooperation between universities.

Apparently, such cooperation can be only achieved in a pragmatic way, by

OFFICIAL OPENING SESSION

organising colloquia, post-graduate courses, national and international congresses, and, at times by arrangements between the deaneries of the various universities; for, so far, little has resulted from the parliamentary and academic endeavours to realize a viable framework for cooperation between the Universities. This is one more reason for praising all our specialists in procedural law: they have made a giant step in the right direction, and I would like to say how much pleasure this has given me.

Finally, there is a third reason for being pleased, viz. the theme of this International Congress on Procedural Law. Indeed, justice with a human face is something which should be of concern to all jurists who are confronted daily with the problem of equitable administration of justice. They seek to give somebody to substantive law when applying the formal rules of Procedural Law to solve conflicts of interest. And that is precisely what it is all about: to find a just solution for substantive law disputes by applying the relevant rules of Procedural Law.

Any practising lawyer, however, can see for himself in his daily work that the rules of Procedural Law require a more human dimension.

These rules must be made more humane if Procedural Law is not to lead to injustice. If it is indeed a fact that

- only the arrogant, querulous person is helped, not the shy person seeking justice,
- only the trained person is in a secure position, not the unskilled person who needs help,
- only a well-informed person can get along, not the desperate wretch for whom the judicial machinery appears as a mysterious sphinx,
there must be something wrong somewhere.

Furthermore, these formal legal laws also need a human application. Because if it is a fact that:

- the judge inspires fear, instead of awe,
- the servants of the law are feared and not regarded as people who can help,
- there exists total distrust, if not hate, in the law, instead of reliance on it,
then something has gone desperately wrong.

Therefore, procedural law is, perhaps more than any other branch of law, susceptible of improvement, both in the field of a more humane phrasing as in the field of human application.

In the first place, this requires a more human mentality amongst those who practise the law. And, although I know that humanity should start with the practitioner, it should be possible by creating the proper bodies and by drawing up better ways for procedural rules to function, to achieve a more humane administration of the law. Interaction between legal institutions, legal behaviour and human decency also constitutes a reality in the field of the law which deserves our full attention.

Thus, a justice with a more human face meets the requirements of substantive law founded on ethics, and contributes towards a more refined human law ensuring greater justice in which everyone gets a fair deal.

Seen in a larger context, I also consider the relationship between substantive and procedural law to be a very close one: both kinds of law cannot exist without each other: on the one hand, substantive law must be conceived in such a way that it can function; this means that, when conflicts of interest arise, substantive law can be enforced; on the other hand, procedural law must not be allowed to become alienated from the aspiration to make justice prevail to a greater extent by means of sound rules of substantive law; therefore, rules may not impede the enforceability of the material norms.

Both extremes must be avoided: on the one hand, Utopian substantive law which cannot be realized, procedural law which is too technical and leads its practitioners towards a kind of procedural narcissism. Let us remember the saying: 'inter utrumque': strike a happy medium...

I hope this congress will keep in mind this motto 'inter utrumque', which also happens to be that of our State University of Ghent.

Mesdames, Messieurs,
Mes Chers Collègues,

Au nom de la Faculté de droit que j'ai l'honneur de présider, je vous souhaite, à mon tour, cordialement la bienvenue. Je le fais d'autant plus volontiers que j'espère avoir des entretiens fructueux avec plusieurs d'entre vous au sujet du thème de ce congrès qui m'enchantent particulièrement. Car, en tant que civiliste, une justice à visage humain me dit quelque chose.

Bien sûr, je n'ignore pas que les civilistes prétendent allègrement que le droit formel qu'est le droit judiciaire doit céder le pas au droit civil matériel. Mais que vaut un droit matériel sans droit formel apte à solutionner les différends et auquel, sans cesse, il faut faire appel pour résoudre les litiges inévitables?

Au contraire, il n'est aucun praticien du droit civil qui ignore l'importance capitale d'une législation formelle bien charpentée afin d'assurer une justice équitable. Le droit judiciaire, souvent, est le dernier rempart aux assauts de demandeurs peu scrupuleux.

Mais dans tout cela il s'agit aussi de ne pas perdre de vue que le droit formel soit conçu de telle façon qu'il puisse être humainement applicable. Ainsi le droit judiciaire rejoint-il le droit civil matériel, dont une des caractéristiques actuelles des plus prononcées est certainement qu'il perd de plus en plus de sa technicité pour devenir un droit de plus en plus imbibé d'éthique.

Dès lors un droit judiciaire à visage humain me semble une nécessité pour une justice plus équitable.

Que ce congrès international s'attache à le souligner me réjouit sincèrement.

OFFICIAL OPENING SESSION

Meine Damen und Herren,
Meine sehr verehrten Herren Kollegen,

Es freut mich sehr Sie im Namen meiner Fakultät zu bewillkommen.

Ich möchte es jedoch kurz machen. Sie wissen ja ganz genau wie schwierig es ist für Kongressisten eine Ansprache zu halten: denn entweder sagt man zu wenig dass man besser nicht gesprochen hätte, oder man sagt zu viel dass keine Zeit für den Redner übrig bleibt und sogar manchmal auch nichts mehr von seinem Thema.

Diesen Fehler möchte ich nicht gern machen. Ausserdem komme ich gut dabei weg, denn, wie die Deutschen sagen, in der Beschränkung zeigt sich der Meister.

Deshalb schliess ich ab, jedoch nicht ohne Sie aufs neue recht herzlichst ein zu laden an den Aktivitäten dieses Kongresses teil zu nehmen.

Ladies and Gentlemen,
Dear Colleagues,

I consider it as a great honour to welcome you on behalf of the Faculty of law of this University.

Of course, it's not the first time that Anglo-Saxons come abroad and that specialists from all over the world meet each other in a congress. But it happens to be the first time in the history of this Faculty.

So that's the reason why I am so proud and so very glad too.

And may my most sincerely wish be that all of you should have a good time in Ghent, and more special that all of you should be satisfied with the themes that will be developed during the next days.

Last but not least, if my Faculty can do something reasonable for you, don't be afraid or ashamed to ask for it. Our people will do their very best to give you entirely satisfaction.

Dames en Heren,
Mesdames, Messieurs,
Meine Damen und Herren,
Ladies and Gentlemen,

I wish the congress the best of luck.

Willy Delva

SPEECH BY MR. R. VAN ELSLANDE

Minister of Justice of Belgium

Mr. Chairman,
Ladies and Gentlemen,

When I was asked to address you at the opening session of the First International Congress on Civil Procedural Law, I have gladly complied with this request, even more so because as Minister of Justice, I am particularly interested in the theme of your Congress.

Your theme, 'For a Justice with a More Human Face', in itself already shows that a long evolution lies between the 'Ordonnance civile touchant la réformation de la Justice' of 1667, on which the former Code of Civil Procedure was based, and the Judicial Code, introduced by law of October 10th, 1967.

Indeed, the time is definitely gone when – as was expressed humoristically by Sir Braas, who was at that time Professor in Procedural Law at the University of Liège and who is the honorary president of this Congress – our country counted only some five originals who were interested in the study of procedural law.

At present, civil procedural law has to play a social role pre-eminently.

Our society needs a simple, fast, accessible and less expensive jurisdiction; in a word, it needs a jurisdiction with a human face.

For the achievement of this purpose we have at our disposal, since October 10th, 1967, a Charter, 'The Judicial Code', which is undoubtedly one of the most important reforms in our country since 1830 in the field of civil procedural law. Today, we celebrate the tenth anniversary of this Code.

Formerly, legislation was diffuse and incoherent, dating from the Ancien Régime, the Revolution, the Empire and the Kingdom of the Netherlands. A number of modifications and adaptations were made, yet these did not always constitute an improvement. Thus legislation was highly complex and a source of innumerable conflicts over competence.

Yet, the importance of a sound judicial organisation had certainly not escaped the attention of the National Congress, because in a complementary article to the Constitution of February 7th, 1831, it charged the Legislator to provide, as soon as possible, in such an organisation and also in a revision of the Judicial Codes.

On July 23rd, 1835, a commission was set up by Royal Decree to carry out the preparatory work for the revision of the Judicial Code civil jurisdiction. However, the only result of this work was the law of March 25th, 1876 on judicial competence.

OFFICIAL OPENING SESSION

Afterwards, numerous limited modifications of the Code were introduced, but none of these led to a genuine reform of civil procedural law.

Yet, numerous study commissions (amongst which the study centre for State reform), a profoundly changed economic and social situation, and a number of reform movements abroad, finally led, on October 17th, 1958, under the then Minister of Justice, Mr. Pierre Harmel, to the creation of a Royal Commissariat for judicial reform.

Its presidency was entrusted to the late dean Charles van Reepinghen, professor at the Catholic University of Louvain. He was assisted in his function as Royal Commissioner by Mr. Ernest Krings, who is at present attorney-general at the Court of Cassation and professor at the Free University of Brussels, and to whom we would once again like to pay homage today.

The judicial reform, which was an enormous undertaking, was elaborated in a record time. This achievement has received due admiration, not only in Belgium but also abroad.

Indeed, four years after the nomination of the Royal Commissioner, the bill for the introduction of the Judicial Code could be sent to the Council of State for advice.

On December 10th, 1963, the bill, accompanied by a comprehensive historical and analytical report, was submitted to the Senate and on June 29th, 1967, the law was definitively approved of.

The detailed reports of Representative Hermans and of Senator De Baeck, two voluminous books, fully illustrate the number of hours devoted by Parliament to this important event and the interest of representatives and senators in civil procedural law.

Introduced by law of October 10th, 1967, the Judicial Code was to take effect gradually, but prior to November 1st, 1970.

Within this lapse of time, the judicial organisation was reconsidered, reconstructed and applied, but at the same time an incoherent, time-consuming and outdated procedure was replaced by a smoother jurisdiction which is adapted to the needs of the twentieth century.

The success of this grand project – this must certainly be stressed – was the result of the harmonious cooperation of the three constitutional powers.

First of all, the initiative for a civil procedural law adapted to the needs of a sound jurisdiction belongs to the executive.

We must therefore pay tribute in the first place to the exceptional merits of Royal Commissioner Charles van Reepinghen and his co-operator Mr. Ernest Krings, who have succeeded, by their never relenting work, their knowledge and their research, in integrating civil procedural law into a comprehensive and balanced whole.

It was a tragic event, then, when Royal Commissioner Charles van Reepinghen deceased on the 8th of February, 1966, in the middle of parliamentary proceedings. Unfortunately, he did not live to see the crowning of his work.

However, his work was continued by Mr. Ernest Krings, who had been his co-

operator from the outset and who succeeded him as Royal Commissioner on June 17th, 1966.

Mr. Attorney-General Ernest Krings, in his address at the academic session of November 25th, 1970 in the Gerechtsgebouw in Brussels, Mr. Vranckx, who was Minister of Justice at that time, said about you, in the presence of H.M. the King, amongst other things: 'On his own he continued this work, with a perfect knowledge of the conceptions of its author and of what had been achieved so far. Drawing on his considerable experience in judicial reality, he accepted to complete this heavy task. It is difficult to assess the value of Mr. Kring's cooperation. This cooperation has indeed been invaluable.'

What greater homage can be paid to you as chairman of this Congress.

In the first place we had to point out the exceptional merits of the framers of the Code. But these merits would have been useless if the Legislator had not put an end to a procedure that was three centuries old.

It was the Chamber and the Senate that have made it possible for our country to have a procedural law adapted to the present day, and this as soon as possible, in spite of the fact that our democratic mill is not always grinding fast.

Accordingly, I would like to pay tribute to Parliament, and particularly to the Commissions of Chamber and Senate, presided over respectively by Mr. Rolin, Mr. Troclet and Mr. De Grijse, who have devoted numerous and thorough discussions to this subject.

If some modifications were introduced in the original draft, the lines of force and the substance have been left unaltered.

Once the Judicial Code had become law, this new Charter of civil procedural law still had to be put into practice.

It was impossible to shift all at once from the existing scheme to the new one, and therefore it was necessary to proceed cautiously. Consequently, the introduction of the new scheme was carried out gradually and according to a strict calendar.

The success this project met with can be attributed to the enormous efforts of the Judiciary, of the lawyers, in short, of all jurists, who have wanted to ensure the achievement of this Code in an open and constructive spirit.

From amongst these jurists I would like to cite Professor-senator Marcel Storme, secretary-general and pivot of this Congress.

It was he who, in his inaugural lesson when he started lecturing on civil procedural law at the State University of Ghent, with his characteristic dynamism, immediately stood up for a procedural law adapted to our time.

It was he who, with the social interest he has in civil procedural law, is trying, at the present Congress, to elaborate on all efforts undertaken in the whole world in order to achieve this project.

To him I would like to extend my special thanks.

OFFICIAL OPENING SESSION

Mister Chairman,

Ten years have passed since the introduction of the Judicial Code. Has the time not come, and is this Congress not the pre-eminent occasion to examine whether the objective, viz. 'procedural law adapted to our time, or, towards a justice with a more human face' has been achieved already?

'Le droit est fait, non pour les besoins de l'esprit, mais pour les réalités sociales' ('The law is made, not for the needs of mind but for social reality'), the French jurist R. Demogue has written.

It is good to be reminded of this, bearing in mind that at times considerable arrears exist in disputes brought before Courts and Tribunals, and that jurisdiction is often too expensive and not accessible enough to the layman.

Even with our excellent charter for civil procedural law, these are problems which are still giving you and me cause for concern.

I dare hope that, through a comparison of what has been done these last years in the different countries in the world, and thanks to the information given by the many eminent specialists in procedural law who are present here, we will be able to improve our system of procedural law.

I hope that this Congress will be a real success and that it will contribute to the removal of all remaining stumblingblocks, contribute to the achievement of a justice with a human face.

Renaat Van Elslande

SPEECH BY PROF. DR. M. STORME

Secretary-General of the Congress

Mr. Chairman,
Excellency,
Ladies and Gentlemen,

After eighteen months of thorough preparation in which a large number of people have associated themselves, it is indeed a great privilege for me to be able to offer you, in my introductory report at this opening session, a word of explanation regarding this Congress on Procedural Law, which has as its theme 'Towards justice with a human face'.

Although our learned chairman, Ernest Krings, has already delivered his welcoming speech, I would be so bold as to make some additional remarks, less as a Secretary-General, than as an inhabitant of Ghent, who is proud to be able to welcome you in his town. In my opinion, the best way to do this is to recall some historical events which are worthwhile mentioning in this context.

Last year, it was exactly four hundred years ago that the Pacification was signed in Ghent on 8 November 1576 by delegates from the Dutch provinces of that time in order to reestablish religious peace. Eminent historians have confirmed that this Pacification put an end, albeit a brief one, to the first of a series of five major revolts against absolutism known in world history.

In my opinion, there can be no better symbol to characterise Procedural Law than that of ideological pacification. Where conflicting interests occur, judicial pacification must also be achieved by means of legal proceedings.

Need I remind our friends from the Netherlands, that the motto inscribed in the court room of the 'Hoge Raad der Nederlanden' (Supreme Court of the Netherlands) in The Hague is:

Ubi iudicia deficiunt incipit bellum.

Furthermore, this congress is being held in the middle of the Festival week commemorating the 150th anniversary of the Terneuzen Canal, constructed under Willem I in order to secure for Ghent such a vital thing as access to the open sea.

A major French dictionary defines the concept of 'capital' as 'town or city of a country where the seat of government of that country is located'; here, no reference is made to the rather exceptional situation where such a town would be situated outside the border of the country involved. Yet such was precisely the situation of Ghent; from April to June 1815 not only the French head of State,

OFFICIAL OPENING SESSION

Louis XVIII, – who was soon called ‘notre père de Gand’ (Our father of Ghent) by the Ghent population – but also all the French ministries stayed at d’Hane-Steenhuysse Hotel, situated not so far from here in the Veldstraat.

Accordingly, it can be said that our town was the capital of France for a hundred days, the only thing it lacked was ‘un pays à gouverner’ (a country to govern).

Ghent has not only been the capital of an important neighbouring country; many centuries earlier, the frontier between those parts of Flanders belonging to the German Empire (Rijksvlaanderen) and those subjected to the French Crown (Kroonvlaanderen) ran straight through its centre. Thus it can be said that from its inception, there has always been strife between the great nations to possess Ghent.

Later, there was intense trading activity between Ghent and the German Hanze Towns. We are proud to remember that Albrecht Dürer, Wolfgang Amadeus Mozart and Rainer Maria Rilke lived and worked here.

On 26 January 1340, Edward III, King of England, who wanted to remove the French King, was proclaimed King of France on the Vrijdagmarkt by Jacob van Artevelde, leader of the town.

This proved the power of Ghent, one of the two largest towns north of the Alps. Afterwards, King Edward III had his residence in Ghent, with his spouse Philippa van Henegouwen, who gave birth to John of Gaunt, the forbear of so many English kings.

But Ghent was not only a town of fighters; as had been the case for the Pacification, it once more became the stage for peace talks when, on 24 December 1814 the ‘Peace of Ghent’ was signed to end the Anglo-American War.

It would undoubtedly be unforgivable not to mention that it was again in Ghent that Charles V (Carlos Quinto) was born in the Prinsenhof, during the harsh winter of 1500. He was to reign not only over the Low Countries, but also over Spain, America and the Holy Roman Empire.

Some years later, in 1522, Pedro de Gante, a son of Ghent (rumour has it that he was a natural brother of Charles V) left his birthplace for Mexico to preach the Gospel to the Aztecs; there, he introduced printing to the New World, which enabled education to be spread all over Mexico. A tablet on one of the walls of the Ghent Palace of Justice commemorates his departure, and in 1975 a statue was erected to his memory in the ‘Calle de Gante’ in Mexico.

It would lead me too far to dwell on all the things Ghent in particular, and Belgium in general, have achieved over the years for many countries and peoples..

I would like to remind you, with a note of pride in my voice, that exactly three weeks ago, the Swiss economic periodical ‘Vision’, after an extensive survey, granted a gold medal to Belgium for being the most open country in the world in terms of freedom of movement of persons, goods and, last but not least, ideas. In this context, it will suffice to recall the remarkable fact the Communist Manifesto was published in Brussels by Friedrich Engels and Karl Marx, who had been staying in our country since 1845; this happened at a time when political

life in our country was dominated by 19th century Liberalism (in the Continental sense).

My sole wish in referring to these events was to make you more familiar with the historical background of Ghent, and thus to make you feel at home, even if you never visited Ghent before.

Mr. Chairman,
Ladies and Gentlemen,

We are obviously not here to examine the historical past of this town, but to start discussing current problems of procedural Law, bearing in mind the Future, legal thinking, and our concern for society. Together we will try to find adequate answers to these questions.

Whereas some years ago – and our Minister of Justice has just referred to it – people still held in derision those few quaint characters who were interested in procedural law, suddenly a tremendous interest has recently arisen in this branch of law.

I can remember how, one evening in July 1976, I was sitting at the Aussenalstersee in Hambrug alongside Michael Zander (London), Jan Hellner (Stockholm), Laurence Friedman (Berkeley), Zhivkov Stalev (Sofia) and Mauro Cappelletti, when the latter suddenly remarked: ‘I may be mistaken, of course, but I do think that procedural law has today become the most important branch of the law.’

It is indeed a fact that there used to be very little interest in this branch of law. Practitioners had no time to reflect on the background, the significance and the efficiency of procedural law.

In 1910 Albert Tissier expressed his regret at the fact that the Chair of Procedural Law at any university was not a very popular one amongst its professors, who strove to change to another chair as soon as possible. Some years later, Japiot regretted ‘the lack of interest in the somewhat outdated procedural science’.

I am aware that it is the oldest thing in the world to level criticism at the law. As far back as the Babylonians, there existed two gods: one for Law and another for Justice. In his ‘Apology’, Plato wrote that Socrates ‘declared’ to the citizens of Athens: ‘It is the first time that I make an appearance in court. Accordingly, I am totally unfamiliar with the manner of speaking in this place. ‘And, when summing up the Middle Ages, the Austrian cultural philosopher Friedrich Heer wrote: “The more injustice were being perpetrated, the more necessary it seemed to pursue the judicial course’.

Yet this was only a feeling that existed amongst the minority. Today the picture is totally different; everyone in our society is confronted either directly or indirectly with the law, and it is possible to discern a distinct feeling of discomfort vis-à-vis our legal system.

OFFICIAL OPENING SESSION

It would be leading us too far to analyse the reasons for this sudden interest, but perhaps these reasons can be summarized in a number of points.

1. Citizens have no doubt reached a higher level of awareness, so that now they are more than before aware of their situation and are conscious of its judicial aspects, without, however being able to grasp their full scope.

2. Our society is becoming increasingly complex because of the process of socialisation, as a result of which administrative, social and financial legislation has become more complicated and many people no longer know where they stand.

3. State intervention being on the increase, it tends to become bogged down in a bureaucracy which can operate anonymously and arbitrarily. Also the strangeness of technology – here we only have to think of the growing influence of television and the threat to privacy inherent in the use of computers – makes the need for adequate legal assistance more and more urgent.

4. Finally it has to be stressed that more than ever before many categories of citizens are becoming aware of their specific rights, but cannot fully understand, let alone exercise them. Here we can think of, amongst others, women, young people, migrant workers, the disabled, the aged and all other minority groups.

Personally – and I made a point of stressing this for the first time during the meeting in Hamburg I mentioned earlier, a meeting which was devoted to the theme ‘Zugang zum Recht’ on the occasion of the 50th anniversary of the Max Planck Institute in Hamburg – all this can be summarized in one sentence: ‘Legal proceedings are an evil’. This is exactly the opposite of what the Dutch cultural philosopher Johan Huizinga wrote when he called proceedings a ‘game’ in his book ‘Homo Ludens’.

Legal proceedings are an evil, because they imply for all concerned, and first and foremost for the contending parties, a financial and psychological strain which is not to be underestimated.

What happens during legal proceedings does belong to the pathology of law, but it is a reality we cannot disregard, just like the reality of diseases and hospitals must not be disregarded. Are we exaggerating then, if we say that legal assistance has become as vital as medical care?

But legal proceedings go further than the individual case. In this respect the terms minor-procedural law and major-procedural law can be used. Minor-procedural law adheres more closely to the more liberal idea that civil proceedings only consist in helping conflicting parties to settle their disputes. Major-procedural law puts a greater stress on the social aspects of proceedings, whose function it is to initiate and achieve a certain judicial order. Indeed, the whole community benefits from the application of the law.

Personally, I share the opinion of one of our national rapporteurs, Gottfried Baumgärtel, who says that civil proceedings serve a double purpose: to serve the individual rights (what I called minor-procedural law) and to proceed (a term etymologically related to ‘procedere’) the Law as a whole. This is major-procedural law.

Summing up, it can be said that procedural law has recently received a new and unexpected 'élan', because it has to contribute both to a bearable and humane solution for individual conflicts and the creation of new and better proceedings.

I deemed it necessary to put forward these personal ideas, because they may help stress the importance of an international congress on procedural law.

Accordingly, the tenth anniversary of the Judicial Code was a welcome opportunity for the organisers to devote a congress to procedural Law problems. We hold the opinion that the first Congress to be organised on such a scale should focus mainly on those questions relating this branch of law which have arisen among jurists in particular, but, and to a far greater extent, among citizens in general.

Amongst many of today's problems concerning procedural law, there is one aspect which, on the assumption that legal proceedings are essentially an evil, deserve to be given priority at this first international congress on procedural law, viz. making proceedings more humane.

It is with this objective in mind that the Organising Committee used the Congress theme to invite us all to give serious consideration to this problem and to seek to make a contribution towards 'justice with a Human Face'.

We were well aware that the way in which the theme of the Congress had been worded might possibly be questioned by some. Such challenge has come from those who are daily practioners of the law and who think that they are thus being wrongfully criticized. There has also been some challenge from those who contend that not all countries should be allowed to participate in this Congress but that some kind of selection should have taken place, prior to the Congress in order to exclude those countries whose inhuman legal system they criticize. On behalf of the Organizing Committee, I would first like to make it clear that we believe that no country in the world may claim to have a monopoly of justice with a human face, the host country of the present Congress being certainly no exception.

As far back as the last century, Bordeaux, Huc and Pigeau drew attention to the fact that every country puts its own particular stamp on its procedural law, the extent to which it reflects the genuine nature of its people, and also the interaction between political habits and philosophy of life on the one hand, procedural law on the other. Not so long ago there was a head of state who declared that the indivisible state authority had been completely transferred to the head of state, and that there existed no other authority, be it executive, military or judicial, which had not been transferred to him.

With such a background in mind, it comes as no surprise to perceive that in many countries procedural law has remained an instrument for maintaining certain privileges or for safeguarding the existing political system, and even that it is being used as a weapon in the class struggle.

This Congress is not the place to expose all these things. I would like to remind all those who would have liked this to be the aim of our Congress of the following

OFFICIAL OPENING SESSION

quotation from the Bible: 'he that is without sin, let him cast the first stone'. This congress was intended as a forum where we will discuss these matters together in order to safeguard in the future and all over the world, irrespective of any political system.

Besides, could it not be that the Congress members from certain countries are precisely those jurists who look to this congress for the necessary incentive to impart a more human face to the administration of justice in their own country?

On the other hand, it would be very unfair on our part, to forget that in most countries of the world, the legislative and executive authorities on the one hand, the magistrates, lawyers and professors in procedural law on the other, have made a tremendous effort to make the law more humane. Some even had to endure a great deal of personal inconvenience as a result of their endeavours, to the extent of being deprived of their liberty or even forfeiting their lives. This moved Cornu and Foyez to write rather cynically: 'A terme, la profession est dangereuse'. (All in all, it is a dangerous profession).

I would like to conclude these reflections by asking all those who seek to make the law more accessible and more humane, to remember the motto of William the Silent: 'It is not necessary to succeed in order to persist'.

After having stressed the importance and scope of this Congress and illuminated the theme, I would like to evolve a few main features in order to keep within certain bounds a topic which could lead to endless discussions.

It is, in fact, impossible to subject every item which has been ably elucidated in the reports to an extensive discussion involving several hundreds of participants. The preliminary work of the national rapporteurs – numbering over a hundred members in all –, and the synthesis elaborated by the general rapporteurs, to whom I would once more like to give thanks and pay tribute, should, in effect, allow us to distill the essential points about which a discussion can be held, and to propose these points for discussion.

As the Congress theme is the centre of interest, the organizers felt that it would be as well to let the discussions emerging from this theme take place in plenary sessions, rather than have the different Working Groups discuss the secondary themes. This last-named procedure would not only be impossible because of the existence of the different Congress languages, but it would also cause us to lose sight of the central Congress theme.

Therefore it has been decided that the 'sub-topics', be spread over three working days and that the different subjects (topics) be re-grouped.

– On the *first day* we will examine a few *general problems concerning procedural law*, e.g. the basic principles of this branch of the law, problems of evidence, the appellate proceedings, and international civil procedure.

– On the *second day* we will consider the *accessibility to the courts of law*: legal aid, humanization and acceleration of legal proceedings, and finally the 'small claims' courts.

– On the *third day* we will specifically examine the *persons involved in legal*

procedure: the judge, the public prosecutor, the lawyers and the paraprofessional staff.

In each case an introduction will be given by the general rapporteur concerned for the duration of *half an hour at the most*, after which the discussion will take place; in principle, national rapporteurs need not intervene any further (at this stage), except in the conditions laid down by the Congress Regulations. After interventions made by participants, each intervention to last *5 minutes at most*, the general rapporteurs will provide answers and draw conclusions (15 minutes at most), after which the Congress President of the day will make a synthesis lasting maximum 30 minutes.

In order to guide the discussion, I would like to submit a few important questions which are to be discussed and answered. In this context, I feel called upon to stress the necessity of keeping in mind the motto of our University which has been mentioned before by the dean of the Law Faculty, Professor Delva, 'Inter utrumque', between theory and practice. Our present task is not to put forward strictly academic theories, nor are we called upon to provide solutions to strictly practical cases; we are at this Congress in order to reconcile theory and practice by means of a wide discussion, with the purpose of making the process more humane. In this connection, the words of Solus and Perrot still ring true:

'Personally, we are absolutely convinced that doctrine and practice should be closely connected, and that reciprocal communication should exist for the greater benefit of both. Of what value is a doctrine which does not consider practical needs and demands, which does not extract a sense of positivity and realism from these considerations? For without this concern for reality, the system which this doctrine upholds and the concepts it puts forward are merely mental acrobatics totally devoid of usefulness and effectiveness. On the other hand, what would a practice be worth if it confined itself solely to empiricism, habit, or even routine, without feeling the need for research, the need to know and to go more deeply into the legal regulations which explain practice, justify it and impart new life to it?'

All this prompts me to put forward a few general questions intended for Rapporteurs-General and Congress participants alike.

I. Day 1 GENERAL QUESTIONS OF PROCEDURAL LAW

1. *Basic principles of Procedural Law*

– Should there not be more emphasis than before on the *autonomy* of procedural law, which would mean establishing particular rules of interpretation for this field of the law?

– If so, should these particular rules of interpretation not be established with the *dual purpose of procedural law* in mind, i.e.:

a. *Minor Procedural Law*, which seeks to *solve* any individual case

b. *Major Procedural Law*, which aims at steering the law towards more peace-

ful justice, a legal order which is more humane, and more clarity in substantive law.

– Should this dual objective not be achieved by emphasizing some *fundamental principles*, the emphasis this time being put on a different place? Could we not turn our attention to the following principles:

a. *Deformalization*: this could take the place of the old adage which says ‘La Forme l’emporte sur le Fond’ (‘Legal proceedings are more important than the subject-matter’)

b. *Economy in Legal Proceedings*: where, however, should this economy take place?

c. Should the magistrate not make his judgement as close as possible to the *substantial truth*, so that the adage saying ‘res judicata pro veritate habetur’ would no longer be a fiction?

This means that everyone concerned, i.e. the conflicting parties, the lawyers and the magistrates, is to cooperate in achieving this objective. In my opinion, Rosenberg had the best way of putting it when he wrote:

‘In this way, the main feature of present day procedural law resides in the close cooperation between the judge and the conflicting parties, by means of lively proceedings, which makes for greater peace for the whole community.’

– It is desirable that in future, rules of procedural law be laid down by case law in the shape of ‘*rules of court*’, rather than by legislation. It is my considered opinion that the establishing of these rules of procedure should, to a greater extent than before, involve the use of data obtained by means of recent scientific methods.

2. *Argumentation in Legal Proceedings*

Here, the following questions may be put:

– What is the exact significance of ‘argumentation’, bearing in mind what I have already said on the subject of *substantial truth*?

– It is not a fact that the law relating to evidence, as it stands, contains too few of the technical or scientific methods which are now available?

– In the context of what has been said of the judge under another topic, serious consideration will have to be given to the question as to whether it is desirable that the judge play a more important part during the argumentation.

– Does there exist any proof, such as evidence by witness or surveyor’s certificate, which is to be conceived in a different way to what used to be the case?

3. *Double instance*

Here also a number of questions can be put. Many of these are concerned with the structure of judicial organisation and the way a case is dealt with during appellate or revision proceedings.

These questions, however, seem to me to be fundamental:

– Is double instance such a postulate in procedural law, that it is not to be tampered with, thus bringing about dire consequences in terms of the duration

and cost of legal proceedings? Or is there evidence to suggest that an appeal provides a chance of improving the judge's assessment, unless it is shown in turn that lawyers and magistrates devote less care to the existence of higher appeal. Could we, in this context, contemplate considering higher appeal as the exception, as is the case in arbitration proceedings?

– Should therefore this contingency not provide for a final revision procedure, in cases which would concern public order, which would confirm the saying: 'Wenn wir keine Richter in Berlin hätten' (Where would we be without our judges in Berlin?)

4. *International Procedural Law*

We are not to lose sight of the fact that, because of the increase in international relations, it is no longer sufficient to improve procedural law in one's own country. There seem to be a few points well worth discussing in this context:

– Is there not evidence to suggest that procedural law is not only a branch of the law with a strong national colour, as I already had the opportunity of mentioning earlier, but also a *nationalistic branch of the law*, which gives an advantage to the subjects of the country concerned over foreigners.

– Taking into account the typical nature of procedural law in each country, would it not be possible to endeavour to achieve unification on some points or at least *viable international cooperation*?

II. The second day will be DEVOTED MAINLY TO IMPROVING ACCESS TO THE COURTS

Here, we will give due consideration to legal aid, humanizing legal proceedings, acceleration proceedings and 'small claim courts'

1. As far as *legal aid* is concerned, this is, of course, one of the most urgent requirements in our society. The question we are confronted with here is whether fair administration of justice is such an important social requirement that it should be made available to everyone free of charge. Is the right to legal aid not to be considered as a *basic right* of a citizen?

If the answer is in the affirmative, we must determinate which recent legal systems are preferable on this point.

2. A lot, however, remains also to be done in the field of *humanizing legal proceedings*.

Legal proceedings constitute an evil, conducted in a way which is wanting in humanity.

In order to fill the breach caused by these shortcomings, many problems will have to be solved concerning the use of the language in the courts (alluding to incomprehensible legal jargon), conflicting parties being absent as to their

OFFICIAL OPENING SESSION

persons during the proceedings (alluding to the problem of having oral or written proceedings), the formal aspects of proceedings, the rituals performed, ect.

Naturally, one may wonder if the court needs its *sacramental formalities and expressions* in order to maintain its authority.

Whatever the case may be, we are to search for ways of making procedural law a less aggressive affair, legal proceedings still being a kind of 'civilised violence'. On this point, the congress will be supplied with a great deal of useful information by representatives from Eastern and African countries, where the idea of *reconciliation has pride* of importance both before and during legal proceedings.

3. *The need to accelerate legal proceedings has become* a popular topic at a number of congresses and 'conventions' held by practising lawyers.

Montesquieu had already commented on the iniquitous slowness with which legal proceedings were conducted ('L'injustice est dans les délais' – 'Injustice comes from limitations in time'). Is this, however, a valid reason to jettison the so-called 'sage lenteur' (slowness conducive to wisdom) in favour of quick service-procedure?

What is the exact meaning of the 'reasonable time' requirement as expressed in the European Convention on Fundamental Rights and Freedoms? What results have been obtained of late in this matter?

4. Finally, there exists in the 'small claims' a severe disproportion between the subject-matter of the case and legal costs.

There, however, we must also make a basic choice: are new types of courts to be established every time a new requirement, such as small claims, arises and has to be met, or is it better to simplify legal proceedings before the existing courts and reduce their cost?

III. On the third and final working day of the Congress, we will be dealing with the PARTIES INVOLVED IN LEGAL PROCEEDINGS

1. Amongst these persons, the *judge* undoubtedly occupies a central position: *what are his tasks and his competency?*

Private law must also make a choice between the rather *passive* and neutral judge and the *active* magistrate, who is able to dominate proceedings. To what extent may the judge intervene?

2. Doubtless this choice will also influence the way judges *are trained, selected and appointed*. It is difficult to evade the delicate problem presented by the *independence of the judiciary*. The judge is to be independent; judging cases must not, however, become an 'art for art's sake' (l'art pour l'art), but remain part of public policy. Hence the important question as to how judges are to be trained, selected and appointed.

Are they to be specialists, or lawyers with an all-round knowledge? Are they to deliver judgement as a board, or on their own, as 'unus iudex'? Is this question not related to what Solus and Perrot termed 'l'esprit national'?

3. There can be no doubt that any new way of conceiving procedural law affects the position of the *public prosecutor in a private lawsuit*. Must the public prosecutor be given the right to intervene more actively than had previously been accepted? If so, does this also apply to cases which concern public order, or is one to go even further?

Should, for instance, the public prosecutor also intervene to safeguard *collective interests*, or the so-called 'diffuse rights'?

What is the best way of achieving this, and have there been any positive results on this point in some countries?

4. Last but not least, the question can be put as to the *lawyer's task when helping the conflicting parties during legal proceedings*.

As far as the legal aid requirement is concerned, it may be questioned whether the lawyer is still to be considered as the only person qualified to provide adequate assistance.

Or is it possible to make a distinction between several aspects of legal aid, and so to confine the lawyer's monopoly to a few of these aspects?

If so, is one to aspire towards a legal system where anyone can get along by himself, or is this a Utopian idea?

Was it not the original intention, when instituting legal assistance, precisely to help the weaker members of society. Which person, other than a lawyer, could be deemed fit to act before the courts, and what qualification should be required to do this?

Ladies and Gentleman,

Forgive me if I have used this introduction as an excuse to put forward a few questions and ideas relevant to what will be discussed during the Congress working days, and trust that this will not be taken as a form of abusing the law of procedure. The Congress Chairman for each day will know best in what direction he is to steer the discussions; in my opinion however, this initial 'brainstorming' is not without its uses.

It was a bold decision indeed to make plans for this Congress as recently as the Spring of 1976. First I consulted some friends of mine, and here I would like to mention particularly our Chairman, Ernest Krings, and my colleague Mauro Cappelletti; although they both warned me that I might be pushed for time, I nevertheless undertook this bold adventure. Allow me to use a French play on

OFFICIAL OPENING SESSION

words, which loses a lot in translation: 'que l'esprit de combat de la ville de Gand m'a incité à ramasser le gant' ('The Fighting spirit of the town of Gaunt (Ghent) has induced me to take up the *gauntlet*). Such a venture would, however, have been impossible without the tireless support I received from those same friends, to whom I would like to pay tribute here and now. I do so because both have made it possible for me to carry my initiative through to its conclusion, which is embodied in the opening session of this the First International Congress on Private Procedural Law.

I would like to make it clear from the outset that this is not, in fact, the First International Congress to be devoted to procedural law in general.

In 1972 the 'International Institute for Procedural Law' (Instituto Internacional de Derecho Procesal) had already been established in Mexico, and under the spirited leadership of its Chairman, Professor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (Mexico) and of its Secretary-General, Professor Vittorio Denti (Italy), (one of the Rapporteurs-General at our Congress), a small contingent of eminent specialists in procedural law met under the auspices of this Institute; before this, five congresses had already been organized, viz. in Florence, Vienna, Venice, Athens and Mexico. This international Institute undertook mainly to study all the various aspects of procedural law, which involves studying not only private procedural law, but also administrative law, social law, criminal law, fiscal law and international law.

In contrast, we have with the aid of the above Institute, aspired towards a Congress with an objective which is more restricted and in another sense more extensive. It has been made more restricted by concentrating on private procedural law and more extensive by inviting any lawyer, in any part of the world, who deals with this branch of the law.

Bearing in mind the difficulties which beset any experiment, the limited time at our disposal for the preparation of this Congress, severe financial restrictions as a result of the present economic crisis in our country and indeed the whole world over, might I request you to exercise some equanimity in respect of some organizational aspects of the Congress which appear less fortunate than others; it is a fact that some national reports were not sent out, some countries, such as the U.S.A. and the U.S.S.R., were inadequately represented owing to circumstances beyond their control; some eminent specialists were, to their eternal regret, unable to play an active part in the proceedings, either before or during the Congress; here, particular mention must be made of my colleagues Roger Perrot (Paris), Santiago Sentis Melendo (Buenos-Aires) and Ekelof (Stockholm).

It can hardly be claimed that there has been an equitable geographical, linguistic and political representation amongst those who have been called upon to prepare this Congress.

If this Congress proves to be a success, in spite of all these shortcomings for which I, in my capacity of organiser, must take the rap, this is due mainly to the academic contributions from both the Rapporteurs-General and the national Rapporteurs, whom I cannot give enough thanks on your behalf, and also to

such individuals and institutions as were generous enough to grant us financial as well as material support.

Without seeking to minimise anyone's contribution, it will be readily understood that I would like to express my gratitude towards my *Alma Mater*, the State University of Ghent, for everything it has put at our disposal, on the other, and also that I make particular mention of two of my many assistants, Philippe Leroy and Ann Gryndonck, who for months have worked tirelessly and conscientiously at preparing this Congress.

Many thanks are also due to a number of Belgian firms, the public authorities, as well as the many permanent and casual assistants; even the person whose task consisted merely in making leaflets into folders was just as indispensable as the person whose contribution appears to be most important one.

At the end of the day, however, this Congress can only be a complete success if, during the next three working days, the reports submitted are used as a basis for serious discussions on how to impart a more human dimension to legal proceedings. This is why presiding over these discussions is such an important task; accordingly, the Organising Committee were extremely gratified at the fact that not only Mauro Cappelletti (Florence – Stanford), but also Jerzy Jodlowski (Warsaw) and Albert Fettweis agreed to be Chairman for a working day each.

I would like to request you earnestly to examine carefully the rules governing the Congress and also to comply with them, in order to have fluent and orderly discussions.

Further items of practical information on how the Congress will be organized and on the social activities will be issued in a moment.

Before ending this introduction, which has, I must confess, already lasted too long, I would like to make a further suggestion, as we are all assembled here on the occasion of this Congress. I propose that the Congress Bureau, consisting of the Belgian Organizing Committee, the Rapporteurs-General, and the three Congress Chairmen for each day, meet on Friday morning in order to discuss whether it is desirable to organize a second International Congress on Procedural Law. For this, it would appear most desirable to act in close cooperation with those members of the 'International Institute for Procedural Law' who are present at this Congress.

Prior to this meeting, I would like to request all those present to put down their own suggestions on the leaflet contained in the Congress Folder which invites suggestions and proposals for the organisation of future International Congresses on Procedural Law. This is an opportunity to put forward proposals with regard to questions such as how to continue holding congresses of this nature, how often this would be done, appointing a permanent Secretariat which would prepare these Congresses, what topics should be dealt with, etc.

These proposals should reach the Secretariat not later than 31 August, so that they can be discussed on Friday morning.

Finally I would like to express the wish that under the guidance of our Chairman, Mr. Krings, of the three Congress Chairmen for each day and of the Rappor-

OFFICIAL OPENING SESSION

teurs-General, the Congress will prove to be a milestone in the development of a field of the law which is near to our hearts, not only out of academic considerations, but, more important still, also for the benefit of citizens all over the world, whose lives touch the courts either directly or indirectly. The final report on the Congress will be published towards the end of this year by Kluwer, for which Mrs. Hélène Casman, assistant lecturer to Prof. Krings, must take all the credit, and will constitute a durable testimony of these endeavours.

Accordingly, I would like to think of the Congress as a useful meeting place and a forum of ideas for lawyers and their escorts from all over the world; in this way, they can meet both professionally and socially and thus contribute towards the so-called 'mondialisation de notre droit' i.e. a universal legal order.

I firmly believe that if every Congress participant takes his or her stay in Ghent in this spirit, our efforts will not have been in vain.

Marcel Storme

GENERAL REPORTS

**LES PRINCIPES FONDAMENTAUX
DU DROIT JUDICIAIRE PRIVE**

**THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES
OF THE LAW OF CIVIL PROCEDURE**

PROF. DR. W. J. HABSCHEID

(Würzburg-Genève)

TABLE DES MATIERES

Introduction	33
1. Droit matériel, droit judiciaire privé et ordre constitutionnel	34
1. La procédure civile en tant qu'institution de l'Etat.	34
2. Rapport entre les règles de fond et le droit judiciaire privé	36
<i>a.</i> Quelques remarques préliminaires	36
<i>b.</i> Orientation du but de la procédure dans le sens matériel ou procédural?	38
<i>c.</i> Orientation matérielle du but de la procédure	40
<i>d.</i> Essai de synthèse.	44
3. Autonomie du droit judiciaire privé.	45
II. Le principe de la justice procédurale ('Verfahrensgerechtigkeit') com- me garant d'un jugement juste et équitable.	48
1. L'indépendance fonctionnelle des juges	48
2. L'indépendance personnelle des juges.	49
3. Contempt of Court.	50
4. Le juge naturel	51
5. La neutralité du juge	52
6. L'accès à la justice	53
<i>a.</i> Notion et substance de la garantie	54
<i>b.</i> Base juridique et limites de la garantie	54
<i>c.</i> Réalité de l'accès aux tribunaux	56
7. Le droit d'être entendu	58
<i>a.</i> Right to notice	58
<i>b.</i> Right to be heard	59
<i>c.</i> Titulaire du droit	60
8. Autorité du juge et liberté des parties	60
<i>a.</i> Principe de libre détermination	61
<i>b.</i> Principe de contradiction	62
<i>c.</i> Maîtrise formelle de la procédure	62
9. Caractère oral et public	63
Conclusion	64

J'espère qu'on pardonnera au rapporteur général qu'il souligne au départ, en sacrifiant à la tradition en même temps qu'à un souci légitime de défense, les difficultés de sa tâche: notre sujet est si vaste qu'il faudrait écrire plusieurs volumes pour l'épuiser dans une étude de droit comparé. Pour cette raison, il était inévitable de faire un choix pour notre rapport de synthèse, choix relatif aux systèmes juridiques pris en considération et aux sujets à traiter.

Dix-sept rapports nationaux (*) ont été rédigés, ainsi – dans l'ordre de leur réception – ceux de:

- MM. Peter Arens (République fédérale d'Allemagne)
- José Carlos Barbosa Moreira (Brésil)
- Per Olof Bolding (Suède)
- A. Kiralfy (Grande-Bretagne)
- Nicoló Trocker (Italie)
- Georges Wiederkehr (France)
- P. Zonderland (Pays-Bas)
- Adam Zielinsky (Pologne)
- H. Kellner (République démocratique d'Allemagne)
- Laszló Nevai (Hongrie)
- D. Zeffert (Afrique du Sud)
- A. Ligertwood (Australie)
- Hideo Nakamura (Japon)
- Georges Rammos et Nikolaos Kan. Klamaris (Grèce)
- C. Ferreira da Silva (Portugal)
- Rainer Sprung (Autriche)
- Miguel Angel Fernandez Lopez (Espagne).

Introduction

Pour élargir notre «horizon comparatif» et pour compenser dans la mesure du possible l'absence d'un rapport national helvétique, je me permettrai d'insérer quelques références au droit suisse.

Les rapports nationaux constituent de véritables «trouvailles» pour une étude comparative des problèmes de base du droit judiciaire privé. Ils révèlent que les questions «brûlantes» relatives à notre sujet ne se posent pas de la même manière et avec la même importance dans tous les pays. En outre, «l'angle visuel» de chaque ordre juridique national est différent, et, naturellement, les intérêts scientifiques de chaque rapporteur ne sont pas identiques. Pour ces raisons et pour assurer un «volume maniable» à ce rapport général, nous étions forcés de faire un choix et nous avons choisi deux grands groupes de problèmes qui sont communs aux droits nationaux étudiés:

* Les références aux rapports nationaux correspondent aux pages des manuscrits envoyés au rapporteur général.

I. Droit matériel, droit judiciaire privé et ordre constitutionnel.

II. Le principe de la justice procédurale («Verfahrensgerechtigkeit») comme garant d'un jugement juste et équitable.

Nous estimons que ces deux grands sujets sont en relation étroite avec le grand thème de notre congrès: l'humanisation du droit judiciaire privé – qui était le but, avec les caractéristiques de leur époque, de toutes les législations de notre histoire dignes de ce nom, à partir du Codex Hammurabi à et qui n'est donc pas une invention contemporaine, ce qu'il faut constater et souligner d'entrée pour éviter une prétention non justifiée.

I. Droit matériel, droit judiciaire privé et ordre constitutionnel

1. LA PROCÉDURE CIVILE EN TANT QU'INSTITUTION DE L'ÉTAT

Pour faire ressortir les bases du droit judiciaire privé, il faut partir du fait que le procès civil est – à notre époque – une institution de l'Etat. L'Etat incarnant l'organisation sociale, le droit procédural reflète les idées éthiques, idéologiques et politiques qui caractérisent une société. Par conséquent, le droit judiciaire privé ne doit pas être considéré de façon isolée, mais plutôt englobé dans ces idées et conceptions qui s'expriment dans l'ordre constitutionnel. Se rapprocher du droit procédural sans prendre en considération ces fondements signifierait fermer les yeux devant le fait qu'il est un des domaines du droit où les bases du «système» se reflètent le plus clairement.

Sous cet aspect, il paraît nécessaire en particulier de mettre en évidence – les rapports nationaux le prouvent – et de distinguer deux groupes de droit judiciaire privé:

d'une part les systèmes de source germano-romaniste et anglo-saxonne, que je dénomme les systèmes libéraux;

d'autre part les systèmes socialistes.

(Il est vrai qu'il se forme un troisième groupe: les pays du «tiers monde». Mais il nous a été impossible, à notre regret, de recevoir des rapports nationaux de ceux-ci).

Dans les Etats socialistes, ce n'est pas l'individu en tant que tel (comme dans les Etats libéraux) qui est le sujet du procès civil, mais le particulier en tant que membre de la société, d'une classe (et ici la classe ouvrière figure au premier plan). Pour cette raison, les devoirs des tribunaux sont conçus tout autrement que dans les Etats libéraux. Il ne s'agit plus là d'imposer un droit *subjectif*, mais plutôt de faire respecter l'ordre de droit *objectif*, à savoir réaliser les concepts socialistes régissant les systèmes politiques et économiques et, dans ce contexte, protéger la propriété socialiste¹ (qui a une autre qualité que la propriété privée).

1. Voir Kellner, Rapp. nat. RDA, p. 1 s., § 2 al. 1 CPC RDA, Art. 2a, Fondements de la procédure civile de l'URSS.

En outre, la justice socialiste doit répondre à une autre préoccupation: éduquer l'individu. En effet, d'après la doctrine du marxisme-léninisme, la politique et le droit pourront modifier la conscience des hommes et les éduquer dans une direction de pensée et d'action socialiste.¹ Ce principe est défini clairement à l'art. 3 des fondements de la procédure civile de l'URSS (dans le même sens, art. 2 al. 1 dernière demiphase CPC RDA).

On voit déjà, à première vue, dans quelle mesure ces buts fondamentaux agissent concrètement sur le développement du procès civil dans les pays socialistes: c'est la règle inquisitoire qui règne²; le Ministère public possède de larges possibilités d'intervention dans un procès; il peut même agir comme demandeur si les intérêts de l'Etat ou de la Société l'exigent.³ On trouve également une participation à la procédure de représentants des organisations sociales et de la collectivité ouvrière qui exposent au tribunal leur avis sur le sujet à trancher.⁴

Ces quelques exemples montrent déjà que, non seulement le but général fixé, mais aussi la structure de la procédure civile dans les Etats socialistes diffèrent de ceux du droit judiciaire privé des Etats libéraux.

Certes, ces ordres juridiques possèdent aussi une idéologie de base. Mais cette idéologie est un pluralisme d'idées éthiques, politiques et sociales. Il n'y a pas de conception directrice, et pour cette raison, la fonction éducative du droit procédural – si l'on admet une telle tâche de la justice – est beaucoup plus étroite, en cela aussi que c'est l'homme adulte et éduqué, porteur de divers droits fondamentaux et de droit subjectifs qui lui sont propres (et *non* attribués par l'Etat ou par la société), qui est le sujet originel du procès.⁵ Il en résulte que le procès civil est gouverné par le principe de contradiction⁶, que les droits du Ministère public, s'ils existent, sont – suivant la loi ou en pratique – beaucoup plus limités⁷, qu'il n'y a pas de participation de représentants de groupements sociaux, etc.

En outre si la terminologie juridique est souvent la même, le sens de termes identiques est différent⁸. C'est pourquoi, la terminologie seule ne peut guère servir de terme de comparaison.

1. Comp. Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung I (1971), p. 379 s.

2. Voir Kellner, Rapp. nat. RDA, p. 6 s.; pour le droit de l'URSS, Habscheid, Introduction à la procédure judiciaire (Barcelone 1968) p. 4 s.' et Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, Genève 1975, p. 62.

3. Art. 7 CPC RDA, Art. 29 al. 1, 44 al. 2, Fondements de la procédure civile de l'URSS.

4. Art. 4 CPC RDA, Art. 147 al. 1 CPC RSFSR, Kellner, Rapp. nat. RDA, p. 7 et 15.

5. Voir p. ex. Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 34 s.

6. Voir Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 36 s.; Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 15; Arens, Rapp. nat. RFA, p. 11; Rammos/Klamaris, Rapp. nat. Grèce, p. 3; voir aussi Kiralfy, Rapp. nat. Angleterre, p. 9 s.

7. Voir le rapport général de Cappelletti et les rapports nationaux du IXème Congrès international de droit comparé, Téhéran 1974, sur le 'Le rôle du Ministère public dans la procédure civile'.

8. Voir p. ex. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, p. 44 s., et Zielinski, Rapp. nat. Pologne, p. 10 s, qui attire notre attention sur le fait que la séparation des pouvoirs, base de la conception libérale n'est pas un principe dans les pays socialistes.

Néanmoins, une conclusion me semble être certaine: les systèmes politiques se reflétant dans la règle constitutionnelle ont un effet direct sur les bases du droit judiciaire privé. Et c'est dans ce contexte que se pose notre deuxième problème.

2. RAPPORT ENTRE LES RÈGLES DE FOND ET LE DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

a. Quelques remarques préliminaires

L'éclaircissement du rapport entre le droit matériel et le droit judiciaire privé est depuis longtemps «le sujet controversé» par excellence en doctrine. En effet, une procédure perd sa raison d'exister sans la présence de règles de fond, d'où on peut conclure qu'une grande partie des règles de procédure reflètent le droit matériel par leur fonction même. Mais il y a un autre aspect qui doit être souligné. En cas de litige, le droit matériel se réalise et se concrétise par le jugement, qui est le résultat d'une procédure civile. A ce point de vue, le Professeur Gustav Walker, collaborateur du «père» du CPO autrichien Franz Klein, avait sans doute raison en disant:

'Materielles Recht und Prozess verhalten sich zu einander wie der Gedanke zu seiner Ausführung, und so gewiss der beste Gedanke durch ungeschickte Ausführung vereitelt werden kann, so nützt auch das beste bürgerliche Gesetzbuch nicht viel, wenn ihm nicht ein gutes Prozessverfahren zur Seite steht'.¹

En effet, la procédure civile est l'institution qui fait valoir, en cas de litige, les règles de fond; elle aura ainsi pour objet ni plus ni moins que la réalisation de ce que l'ordre juridique garantit par le droit matériel. Et il faut un bon droit procédural pour mettre en pratique les règles de fond.

On peut dire que tous les rapports nationaux partent de cette conception de base, qu'ils reconnaissent une interdépendance entre droit matériel et droit procédural et qu'ils soulignent que le droit procédural se trouve «au service» du droit matériel pour le réaliser le cas échéant², «mais sans s'absorber en lui».³

Or, avec la procédure civile, doit être atteint – en dernier ressort – ce que l'ordre juridique poursuit à travers le droit matériel, droit matériel qui constitue un ordre idéal dans les relations entre les sujets de droit. Mais il est évident qu'une telle considération métaphysique n'a qu'une portée limitée. Néanmoins, elle met

1. Juristische Blätter (JBl) 1903, 65; voir aussi Nowak, die Stellung des Zivilprozessrechts in unserer Gesamtrechtsordnung, JBl 1961, p. 64 s.; comp. aussi Sprung, Rapp. nat. Autrich, p. 2 s. et Névai, Rapp. nat. Hongrie, p. 4 s., qui cite Karl Marx: '*... das materielle Recht hat seine notwendige eingeborene Prozessform... Es muss ein Geist sein, der den Prozess und die Gesetze be-seelt, denn der Prozess ist nur die Lebensart des Gesetzes, also die Erscheinung seines inneren Lebens*' (Marx-Engels: Werke I (Berlin 1958) p. 145).

2. P. ex. Arens, Rapp. nat. RFA p. 1 s.; Wiederkehr, Rapp. nat. France, p. 2 s.; Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 2 s.; Kiralfy, Rapp. nat. Grande-Bretagne, p. 3 s. Fernandez Lopez, Rapp. nat. Espagne p. 4 s.

3. Dans le même sens Wiederkehr, Rapp. nat. France, p. 4. Pour Les Pays-Bas comp. Zonderland, Privaatrechtspleging in grondtrekken (Zwolle 1977) p. 6 s.

en évidence que le ou les buts de la procédure civile se trouvent dans les rapports entre les règles de fond et le droit judiciaire privé.

La détermination du ou des buts de la procédure civile présente d'abord une importance pratique. Elle peut contribuer à une meilleure compréhension du droit procédural en soi. Mais elle peut aussi fournir des indices permettant de montrer comment certaines questions fondamentales de procédure peuvent être résolues, comme p. ex. la nature juridique de l'autorité de la chose jugée, l'étendue de la liberté d'action ou la question du choix entre le principe contradictoire, d'une part, et le principe inquisitoire, d'autre part.¹ Mais au-delà, il me semble dangereux d'essayer de tirer des conclusions sur la formation légale de la procédure civile, ou mieux encore sur le but et la valeur des normes procédurales. Dans une telle hypothèse, il serait à craindre que le but de la procédure civile soit évalué dans le sens d'une règle d'interprétation vague donnant lieu à des conclusions différentes et souvent opposées. On observe un tel développement dans la jurisprudence allemande qui s'est forgé, au moyen d'un but défini de la procédure, un critère d'interprétation approprié à chaque cas. Elle écarte ainsi les normes procédurales qu'elle estime trop formelles en déclarant que la réalisation du droit matériel et des droits subjectifs étant le but de la procédure, il faut faire disparaître les obstacles plus ou moins formalistes. Et elle se réfère aussi au but plus élevé du droit judiciaire privé («das höhere Verfahrensziel»), à savoir le maintien de la paix sociale et de la sécurité juridique pour admettre d'autres règles de droit formel.²

Certes, les résultats obtenus par cette argumentation contradictoire ont été jusque-là en grande partie acceptables. Mais cette argumentation basée sur le ou les buts de la procédure adaptée à chaque besoin, ne peut être ni approuvée, ni défendue. Ou, comme le dit le Professeur Gaul, «es erweist sich die vermeintliche Teleologie als eine recht wetterwendige Ideologie»³ («la prétendue téléologie s'avérerait être une idéologie très versatile»). Le grand théoricien de la procédure civile allemande, le Professeur Fritz v. Hippel, lui aussi, nous a mis en garde contre le développement du but de la procédure civile dans le sens de «eine zivilprozessuale Rechtstheorie im Vestentaschenformat, eine Einheitslösung zwecks einfacher und sicherer Orientierung im zivilprozessualen Urwald»⁴ («une philosophie du droit judiciaire privé en format de poche, une solution unitaire dans le but d'une orientation simple et sûre dans la jungle du droit procédural»).

1. Dans le même sens Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, Archiv für die Civilistische Praxis 168 (1968) p. 34 s.; Jauernig, Juristische Schulung (JUS) 1971 p. 329 s.

2. Cf. Gaul, op. cit., p. 37 s.

3. Gaul, op. cit., p. 39.

4. Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess (1939), p. 171 n. 13, et Zur modernen konstruktiven Epoche der deutschen Prozessrechtswissenschaft, Zeitschrift für Zivilprozess 65, p. 424 s.

b. Orientation du but de la procédure dans le sens matériel ou procédural?

Les rapports nationaux des pays libéraux et des pays socialistes¹ révèlent que trois voies principales peuvent être distinguées:

- La première vise à séparer radicalement le droit judiciaire des règles de fond et définit le but de la procédure civile comme étant purement procédural;
- La deuxième souligne la prépondérance nette des règles de fond. Le droit judiciaire privé a pour tâche de réaliser le droit matériel;
- La troisième s'oriente vers une corrélation double entre droit judiciaire privé et droit matériel; le but de la procédure se trouve, selon cette théorie, dans la réalisation des droits subjectifs et/ou dans la confirmation de l'ordre juridique, cet objectif devant principalement permettre le maintien de la paix sociale et la garantie de la sécurité juridique.

On peut dire que la troisième théorie domine aujourd'hui. On reconnaît les mérites scientifiques des autres doctrines, avant tout de la théorie publiciste, mais on reconnaît que seul le but «mixte» défendu par la troisième théorie répond aux besoins de la pratique.

Bien que plusieurs rapports nationaux mentionnent ce problème, seul le rapport de M. Arens (RFA) le traite de manière exhaustive, et cela parce que, dans ce pays, depuis le célèbre livre de James Goldschmidt «Der Prozess als Rechtslage»², cette question reste très discutée. On me permettra donc d'esquisser l'état actuel de la discussion.

James Goldschmidt a défini le procès civil comme «une instance destinée à aboutir à l'autorité de la chose jugée».³ Cette réduction de la fonction du procès civil a l'avantage de permettre de déterminer d'une façon unitaire le but de chaque procès, et non seulement du procès civil. Mais comme le professeur Arens le remarque, cette définition est dépourvue de toute substance dans la mesure où elle n'explique ni les formes ni les développements de la procédure.⁴ De plus, l'autorité de la chose jugée ne peut pas être considérée comme le but final du procès civil. L'autorité de la chose jugée n'est que la fin naturelle d'un procès, mais non son objectif final.

L'autorité de la chose jugée, ainsi que le relèvent quelques rapports nationaux⁵, n'impose que la valeur du dispositif dans tout procès postérieur entre les parties ou vis-à-vis d'autres personnes soumises à cette autorité. Elle ne représente alors

1. Pour la première, voir p. ex. Arens, Rapp. nat. RFA p. 3 s.; pour la deuxième, voir Nakamura, Rapp. nat. Japon, p. 5 s.; voir aussi Arens, Rapp. nat. RFA, p. 5 s.; pour la troisième, voir Sprung, Rapp. nat. Autrich, p. 2 s.; Rammos/Klamaris, Rapport. nat. Grèce, p. 3; Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 5 s.; Wiederkehr, Rapp. nat. France, p. 1; Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 7; Arens, Rapp. nat. RFA, p. 7 s.; Zielinski, Rapp. nat. Pologne, p. 6; Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 2.

2. Paru en 1925 (réimpression 1962).

3. Op. cit., (n. 2 ci-dessus) p. 150 s.

4. Arens, Rapp. nat. RFA, p. 4.

5. Voir p. ex. Rammos/Klamaris, Rapp. nat. Grèce p. 13 s.; autrement, Névai, Rapp. nat. Hongrie p. 5.

que le moyen technique juridique par lequel le droit, ou plutôt la prétention, qu'elle soit établie ou niée, sera respectée dans tout procès futur. Ainsi, aucune relation de cause à effet ne persiste entre l'autorité de la chose jugée et la procédure. C'est pourquoi, la procédure civile ne peut pas conférer finalement cette autorité (procédurale) au dispositif, mais ne vise que la décision sur les droits subjectifs objets du litige. L'autorité de la chose jugée n'est donc que le moyen technique de faire respecter cette décision dans un autre procès. La conception de Goldschmidt apparaît dans une certaine mesure comme parallèle à la conception sociologique de Luhmann. Selon cette dernière, la fonction et le but de la procédure civile sont de garantir l'efficacité d'une décision sur tous les problèmes posés, mais non l'exactitude de cette décision.²

Si je comprends bien Luhmann – dont le langage «sociologique» n'est pas facile à comprendre –, il considère la tâche des juges comme un «entassement des faits», dont les résultats sont accumulés comme des indications dans un ordonnateur imaginaire, programmé d'avance par la loi, qui rend enfin la décision – abstraitement déjà fixée – pour chaque cas concret.³ Cependant, une telle compréhension de la tâche des juges et de la jurisprudence en général n'illustre certainement pas la jurisprudence actuelle. Elle n'est possible – à mon avis – que par la méconnaissance de la pratique. S'il ne fut jamais un automate déductif et analytique, le juge d'aujourd'hui est en tout cas un juge «authentique» qui non seulement exprime les décisions de la loi, mais coopère aussi à leur développement; c'est un fait souligné par plusieurs rapporteurs nationaux⁴: l'activité judiciaire ne se résume plus à une seule application du droit, c'est-à-dire à une simple soumission à une règle juridique des faits constatés, mais en suppose la découverte préalable; avant de pouvoir procéder à la «soumission», à savoir à la qualification juridique des faits, le juge doit essentiellement «trouver» et même former la norme juridique indispensable pour son syllogisme.⁵

Réduire la fonction du procès civil à la «production» de décisions, conformément à l'opinion de Goldschmidt, ne présente certes pas l'avantage de protéger le droit judiciaire privé contre l'invasion des éléments idéologiques, et par là contre les abus politiques.

Nous avons déjà souligné que le droit judiciaire privé ne doit pas être considéré de façon isolée, mais plutôt dans le contexte des idées et des conceptions qui s'expriment dans l'ordre constitutionnel. Les abus politiques du procès civil et du droit judiciaire privé ne pourraient certainement pas à ce point de vue, être évités par une détermination formaliste du but de la procédure civile. L'expé-

1. Arens, Rapp. nat. RFA, p. 3 s.

2. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, p. 21, 130 s.

3. Dans le même sens également Eike Schmidt, *Der Zweck des Zivilprozesses*, 1973, p. 18.

4. Voir pour les systèmes libéraux p. ex. Trocker, Rapp. nat. Italie p. 41; Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 11; autrement, évidemment, les systèmes socialistes, voir p. ex. Zielinski, Rapp. nat. Pologne, p. 19. Voir aussi Habscheid, *Über das Verhältnis Richter und Recht*, in Habscheid-Potter, *Beiträge zum Richterrecht*, Paderborn 1968.

5. Cf. en détail Habscheid, *op. cit.*, (n. 4 ci-dessus), p. 9 s.

rience allemande livre à cet égard de nombreux exemples datant de l'époque national-socialiste. Je me contente ici d'une référence au «Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen» (loi sur la participation du Ministère public aux affaires de droit civil) du 15.7.1941.¹

Peu importe que l'on définisse de manière formelle ou empirique le but d'un procès civil que l'on veut libre de toute idéologie, il n'offre ainsi comprise aucune protection contre les abus politiques du droit judiciaire privé. Les partisans d'une définition formelle de la fonction du procès civil sont donc, à juste titre, restés en minorité, ainsi qu'il résulte par ailleurs clairement des rapports nationaux. *Avec le détachement de la fonction de la procédure civile du droit matériel, on abandonne non seulement l'idée que la procédure civile est l'institution qui fait valoir en cas de litige les règles de fond*², mais il n'est en outre plus possible d'expliquer comment certaines questions fondamentales de procédure peuvent être résolues.

c. Orientation matérielle du but de la procédure

Nous avons déjà souligné qu'il existe entre le droit matériel et le droit judiciaire privé une corrélation bilatérale. En effet, une procédure perd sa raison d'être en l'absence de règles de fond. En outre, le droit matériel se réalise et se concrétise, en cas de litige, par le jugement, qui est le résultat d'une procédure civile. Les efforts fournis pour déterminer dans un sens matériel le but de la procédure civile se sont attachés à l'un ou l'autre aspect de cette corrélation. A cet égard, les opinions de Pawloski (RFA)³ et de Kaneko (Japon)⁴ sont typiques, car elles partent de l'hypothèse selon laquelle le droit matériel à mettre en lumière n'est pas établi de façon définitive avant le procès. Les règles de fond se modifient continuellement, et c'est pourquoi elles sont indéfinissables.⁵ D'après cette conception, il n'y a pas de droit matériel «fixé à l'avance». Le procès civil crée le droit matériel pour chaque cas concret, et le fixe ainsi pour une certaine période.⁶

Cette conception n'est pas facile à rejeter. On peut en refuser peut-être, à juste titre, certains points de détail, mais il reste en tous cas une idée essentielle qui, à mon avis, doit être prise en considération. En effet, en cas de litige, le droit matériel ne peut se réaliser et se concrétiser que par le jugement, comme étant le résultat d'une procédure civile. L'Etat de droit moderne interdit la justice propre, et a, pour cette raison, le devoir de garantir la protection juridique de ses citoyens.⁷ Sans les tribunaux qui doivent fournir cette protection juridique, les réglementations de droit matériel resteraient des formules vides de sens. La

1. RGBl (Journal officiel du Reich) I, p. 383.

2. Arens, Rapp. nat. RFA, p. 4.

3. Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80, p. 363; voir aussi Arens, Rapp. nat. RFA, p. 5 s.

4. Voir Nakamura, Rapp. nat. Japon, p. 6.

5. Pawlowski, op. cit., (n. 3 ci-dessus), p. 365.

6. Voir Nakamura, Rapp. nat. Japon, p. 6.

7. Cf. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, p. 4 s.

norme juridique générale, applicable à de nombreux cas, ne pourrait pas déterminer le «droit» dans chaque cas concret. Au-delà de cet état de fait, si l'on prend en considération que dans la procédure civile, il ne s'agit pas seulement d'une reconnaissance de faits réels et juridiques préexistants et évidents, mais, que dans l'application de droit matériel incombant aux tribunaux, on peut trouver aussi des éléments de formation et de développement de droit¹, il devient alors clair que le procès civil est non seulement une procédure de reconnaissance, *mais plus encore une pure procédure de concrétisation de droit*. En d'autres termes, le juge doit souvent trouver ou découvrir le droit. *Le procès civil est par conséquent une procédure dans laquelle le droit matériel préexistant se concrétise dans chaque cas déterminé, ou peut-être se «fixe»*. On ne veut pas dire pour autant que le procès civil en premier lieu «crée» le droit matériel. Cela ne peut et ne doit être sa fonction. Car la compétence législative est confiée dans chaque Etat de droit au législateur, même si certains Etats refusent la séparation des pouvoirs, comme les Etats des systèmes socialistes.²

En ce qui concerne également le droit anglais, le professeur Kiralfy souligne de la façon suivante le développement du droit traditionnel par les juges:

*«In English law the tradition of an unwritten law means that the judges are more creative and establish case law which is followed by other judges»*³ («dans le droit anglais, la tradition d'un droit non écrit signifie que les juges doivent être plus créatifs et établir, pour chaque cas, le droit qui sera suivi par les autres juges»).

Cette concrétisation du droit matériel, telle que nous l'avons décrite ici, ne doit pas pour autant être considérée, comme étant le but final de la procédure civile. Car ce n'est pas tellement la procédure civile que le procès lui-même qui se révèle être une procédure de concrétisation de droit, tant et si bien qu'au moyen de ce critère, le procès civil ne se distingue pas des autres espèces de procès. C'est pour cette raison donc qu'il est nécessaire d'essayer de trouver un autre critère, qui pourra définir de façon plus concrète et plus sûre le but final de la procédure civile.

La plupart des rapports nationaux considèrent que le procès civil a pour but, soit la réalisation des droits privés subjectifs, soit la confirmation de l'ordre juridique objectif.⁴ D'après la définition la plus courante, *le procès civil permet la réalisation, ou encore l'exercice des droits privés subjectifs*.⁵ Cette définition semble être exacte et correcte. Dans la procédure civile, il s'agit évidemment – et dans la majorité des cas – de la réalisation des droits privés subjectifs, mais seulement dans la majorité des cas.

1. Cf. en détail Habscheid, op. cit., (p. 39, n. 4) p. 9 s.

2. Voir p. ex. Zielinski, Rapp. nat. Pologne, p. 10.

3. Kiralfy, Rapp. nat. Angleterre, p. 10.

4. Cf. supra p. 38, n. 1.

5. Dans le même sens Arens, Rapp. nat. RFA p. 7 s.; Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 2; Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 8.

En effet, la notion de droit privé subjectif est insuffisante, ou inadmissible, dans les cas où le procès civil vise, non la protection des intérêts privés, mais *en premier lieu*, la protection des institutions juridiques¹ ainsi que des intérêts publics. L'action en nullité d'un mariage bigame ou l'action en constatation de la filiation naturelle ne protègent pas seulement les intérêts individuels des parties, mais bien plus encore les institutions elles-mêmes, que ce soit l'institution du mariage ou celle de la filiation. La protection de ces institutions rencontre ainsi celle de l'intérêt public et elle vient au premier plan, quand bien même c'est un droit subjectif que le demandeur fait valoir.² Il y a même des cas où le procès civil ne vise que la protection de l'intérêt public.³

Ce sont ces hypothèses qui ont amené la doctrine et la plupart des rapports nationaux à définir la procédure civile comme tendant, outre à la protection des droits privés subjectifs, à la confirmation de l'ordre juridique objectif (ou à la protection des institutions juridiques).⁴ Même selon cette conception, il reste encore à déterminer si le procès civil poursuit ces deux voies dans le sens d'un «non seulement ... mais encore» ou dans le sens d'un «soit ... soit».⁵ Quoi qu'il en soit, on a tiré les conclusions concrètes suivantes d'après chacun des buts du procès civil, en vue du développement de la procédure: quand le procès civil tend à la protection des droits privés subjectifs, on doit faire valoir le principe de contradiction. Mais si, par contre, ce sont des intérêts publics qui sont mis en cause, l'Etat doit prendre l'initiative dès l'ouverture du procès, ou au cours de celui-ci, en faisant valoir alors le principe de la procédure inquisitoire.⁶ Je crois cependant que cette relation ne vaut pas de manière absolue.

Tout d'abord, l'un et l'autre de ces principes ne correspondent pas nécessairement à chacun des buts de la procédure; ils correspondent plutôt à l'instance. Si cet objet n'est pas, d'après le droit matériel, soustrait à la liberté d'action des parties, on appliquera, en droit de la procédure, le principe de contradiction et on laissera aux parties leur liberté d'action. Si par contre, d'après le droit matériel, cet objet est plus ou moins exclu de la liberté d'action des parties, le principe inquisitoire sera appliqué, et la liberté des parties réduite, sinon exclue. Cette constatation vaut pour les pays libéraux.⁷ Ramener tel ou tel principe à tel ou tel but de procès signifierait préférer la voie indirecte à la voie directe. Car, en effet,

1. Pour cette notion, voir Raiser, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*, in *Summun ius summa iniuria*, 1963, p. 145 s.

2. Cf. Jauernig, *JuS* 1971 p. 331, qui ne voit ici aucun droit subjectif, sinon qu'un 'pouvoir d'action' (*Klagebefugnis*).

3. Voir p. ex. la procédure d'interdiction du droit allemand, en particulier § 641 I CPC RFA.

4. Gaul, *AcP* 168, p. 46 s.; Jauernig, *JuS* 1971 p. 331 s.; Arens, *Rapp. nat. RFA*, p. 7 s.; *Wiederkehr*, *Rapp. nat. France*, p. 1; *Sprung*, *Rapp. nat. Autriche*, p. 2 s.; *Rammos/Klamaris*, *Rapp. nat. Grèce*, p. 3; *Trockner*, *Rapp. nat. Italie*, p. 5 s.; *Barbosa-Moreira*, *Rapp. nat. Brésil*, p. 7; *Zielinski*, *Rapp. nat. Pologne*, p. 6; *Ligertwood*, *Rapp. nat. Australie*, p. 2.

5. Voir d'une part Gaul, *AcP* 168, p. 46 s., et d'autre part Jauernig, *JuS* 1971, p. 331.

6. En ce sens Jauernig, *JuS* 1971, p. 331 s.

7. Voir p. ex. *Trockner*, *Rapp. nat. Italie*, p. 22 s.; *Rammos/Klamaris*, *Rapp. nat. Grèce*, p. 14; *Barbosa-Moreira*, *Rapp. nat. Brésil*, p. 14 s.

le but du procès civil est déterminé selon l'objet de chaque instance, et on peut même dire qu'il résulte de cet objet; si bien que l'on se demande pourquoi on ne tire pas directement des conclusions concrètes pour le développement de la procédure, non à partir de l'objet de l'instance, mais à partir du but de la procédure. De plus, le but de la procédure civile est toujours déterminé d'une manière non concrète, et j'en arrive à douter qu'il puisse être une notion utile pour tirer des conclusions concrètes sur le développement de l'instance.

Si l'on veut pourtant établir la relation citée ci-dessus (protection des droits privés subjectifs = principe de contradiction; protection des intérêts publics = principe inquisitoire), on court aussi le risque d'arriver à des conclusions ne correspondant plus au fond du droit. L'institution de l'action des groupements professionnels ou interprofessionnels concernant la cessation des pratiques de concurrence déloyale vise¹, largement comprise, la protection de la concurrence loyale, et par conséquent la protection de l'intérêt public.² Il en est de même de l'action des associations de consommateurs.³

Cela étant, on ne peut pas expliquer pourquoi ces actions de groupement font l'objet d'une instance soumise à la règle des débats et non à la règle inquisitoire. En effet, lorsque la protection d'un intérêt public est placée au premier rang, et selon la conception citée ci-dessus, on devrait – pour le moins – appliquer le principe inquisitoire.

*En somme, on peut dire que cette notion double de «protection des droits privés subjectifs et/ou des intérêts publics» ne détermine pas de façon suffisante la fonction du procès civil et cela non seulement dans les pays connaissant un système libéral, mais aussi et avant tout dans les pays connaissant un système socialiste selon lequel les parties peuvent – en ce qui concerne le droit matériel – être libres en-dehors du tribunal, mais non dans une instance judiciaire.⁴ Cette distinction dans le but du procès civil, selon le déroulement de la procédure, ne tient pas compte de ce que nous essayons de déterminer la fonction de la procédure civile *in toto*, c'est-à-dire comme institution dans le système juridique global. Elle suppose en outre l'existence de ces deux principes (principe de contradiction et principe inquisitoire) et cela suivant la corrélation d'une part entre la règle des débats pour la procédure ordinaire et d'autre part entre la règle inquisitoire pour les procédures spéciales, surtout celles concernant l'état civil. Mais si l'on considère qu'il existe des Codes de procédure civile qui prévoient le principe des*

1. Comme p. ex. § 13 UWG et § 13 n. 1, 2 et 3 AGBG (loi sur les conditions générales de la RFA); pour le droit français, voir Solus/Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome I, Paris 1961, p. 239 s.

2. Voir surtout Cappelletti, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil*, *Rev. int. dr. comparé* 1975, p. 571 s.; Homburg/Kötz, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*, 1975; et évidemment Arens, *Rapp. nat. RFA*, p. 8; comp. aussi Raiser, *op. cit.*, (42, n. 1) p. 156.

3. Personnellement, je suis toujours d'avis que l'action des syndicats professionnels protège en premier lieu des intérêts individuels et en second lieu seulement l'intérêt public; voir Habscheid, *Zur Problematik der Verbandsklage im deutschen Recht*, prochainement in *Mélanges en l'honneur du Prof. Rammos (Athènes)*.

4. Comp. Jodlowski, *Rev. int. dr. comparé*, 1960, p. 377.

débats (et non le principe inquisitoire) pour ces procédures spéciales¹, on est prêt alors de conclure que la conception discutée ici ne peut pas valoir pour tous les systèmes.

d. Essai de synthèse

Notre esquisse a démontré qu'il y a trois définitions possibles de la fonction de la procédure civile. L'une est adoptée dans les pays de système socialiste et part de l'hypothèse que les rapports de droit particuliers jouissent d'une protection juridique en tant que «partie ou cellule d'un tout».² La seconde est acceptée par quelques rapporteurs nationaux des pays libéraux comme p. ex. par MM. Arens (RFA)³, Barbosa Moreira (Brésil)⁴, Nakamura (Japon)⁵ et aboutit à déterminer la fonction du procès civil – uniquement ou du moins partiellement – comme étant la confirmation de l'ordre juridique objectif. La troisième est adoptée par MM. Trocker (Italie)⁶, Ligertwood (Australie)⁷ et voit dans la réalisation des droits subjectifs le but de la procédure civile. La contradiction entre la première et les deux autres conceptions n'est – à mon avis – guère surmontable dans la mesure où l'accent est mis sur la contribution de la justice à la réalisation d'un système de société, à savoir à la formation du socialisme et à l'éducation de l'individu socialiste.

Les deux autres conceptions cependant restent dans les limites d'une société ouverte, pluraliste, qui ne connaît pas d'idéologie dominante.

Cela nous mène à la question de la possibilité d'une *synthèse* des ces conceptions libérales. Une telle synthèse n'est pas exclue de prime abord, puisque les bases sont plus ou moins homogènes. Et je le répète: le pluralisme est aussi une éthique, une idée. Si l'on part de l'hypothèse selon laquelle la fonction primaire du procès civil est la réalisation des droits privés subjectifs, on peut comprendre le terme «droit privé subjectif» dans un sens aussi large que possible, c'est-à-dire de telle façon qu'il englobe non seulement les droits subjectifs au sens strict, mais également tout pouvoir juridique que le droit privé accorde au particulier d'exercer, ou à un groupe de particuliers ayant des intérêts (individuels) identiques.⁸ Cette détermination du but de la procédure civile a tout d'abord l'avantage

1. Voir p. ex. art. 630 et 635 al. 4 (ancienne version), CPC Grèce, qui prévoyant la maxime inquisitoire, ont été supprimés par la loi 958/1971.

2. Voir § 2 I, IV CPC RDA et Kellner, Rapp. nat. RDA p. 6; Zielinski, Rapp. nat. Pologne, p. 1 s. et supra, n. 1-5. M. Kellner écrit: 'Die Gerichte haben die Aufgabe, die sozialistische Staats- und Gesellschaftsordnung zu schützen, gesetzlich garantierte Rechte und Interessen zu wahren und durchzusetzen sowie durch eine hohe Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens dazu beizutragen sozialistische Beziehungen im gesellschaftlichen Zusammenleben der Bürger zu fördern (§ 2 Abs. 1 ZPO)'.

3. Arens, Rapp. nat. RFA, p. 8.

4. Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 7.

5. Nakamura, Rapp. nat. Japon, p. 7.

6. Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 2.

7. Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 2.

8. En ce sens Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 7.

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT JUDICIAIRE PRIVE

de balancer la corrélation double qui subsiste entre le droit matériel et le droit judiciaire privé. Cette définition du but de la procédure, rétablit l'ordre des buts du procès civil, en confirmant la priorité due à la protection d'un intérêt individuel et ainsi au précepte de justice substantielle et individuelle. La protection d'un intérêt public et la réalisation du droit objectif ne seront pas complètement éliminés des attributions de la procédure civile, mais simplement relégués au deuxième rang. *La protection d'un intérêt public et la réalisation du droit objectif privé sont par conséquent des buts indirects du procès civil, atteints par une action réflexive de la procédure.*

Par la réalisation concrète du droit, le procès civil protège aussi le droit objectif privé dans sa totalité. La confirmation de l'ordre juridique objectif ne doit pas être considérée comme la fonction spécifique du procès civil. Car le droit objectif, comme tel, n'est pas un but en soi qui puisse permettre de penser que sa réalisation soit la fonction primaire d'une institution de l'Etat comme la procédure civile. Le droit objectif est le moyen proprement technique par lequel un pouvoir est accordé à l'individu pour qu'il puisse veiller à ses intérêts. La conception que l'on se fait des catégories de ce «pouvoir», que ce soit un droit subjectif, une capacité ou autre chose, est sans importance. Et la définition proposée du but de la procédure civile a finalement l'avantage de couvrir, par le sens large du terme «droit subjectif», toute institution de droit matériel, comme p. ex. la «Verbandsklage» du droit allemand, l'action du syndicat professionnel du droit français ou la «class action» du droit américain, dont une définition de droit subjectif stricto sensu ne permettrait pas la construction dogmatique.¹

3. AUTONOMIE DU DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

Nous avons déjà souligné qu'entre le droit judiciaire et le droit matériel privé subsiste une double corrélation. En effet, une procédure sans la présence d'un droit matériel perd sa raison d'être, et d'autre part le droit matériel se réalise et se concrétise en cas de litige par le jugement à obtenir, celui-ci étant le résultat d'une procédure civile.

Abstraction faite de cette double corrélation fonctionnelle entre le droit judiciaire et le droit matériel, on doit reconnaître sans équivoque l'existence d'un droit autonome à tous égards.² L'indépendance du droit judiciaire privé par rapport au droit matériel résulte déjà du fait que le premier dispose depuis longtemps d'une *théorie générale* complètement indépendante des conceptions du fond du droit. Et là où le développement de principes communs aurait été possible, l'influence des doctrines matérielles sur le droit de procédure civile

1. Voir en détail Habscheid, op. cit., (p. 43, n. 3) et p. 43, notes 1, 2.

2. Voir la plupart des rapporteurs nationaux: Arens, Rapp. nat. RFA, p. 8 s.; Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 6 s.; Bolding, Rapp. nat. Suède p. 8 s.; Kiralfy, Rapp. nat. Angleterre p. 1 s.; Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 1 s.; Nakamura, Rapp. nat. Japon, p. 2 s.; Névai, Rapp. nat. Hongrie, p. 2 s.; Rammos/Klamaris, Rapp. nat. Grèce, p. 2 s.; Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 1 s.; Wiederkehr, Rapp. nat. France, p. 1 s. et Zielinski, Rapp. nat. Pologne, p. 17.

(et vice versa) est restée minime. La conception procédurale, dont les origines sont à rechercher dans le développement considérable de la doctrine du droit judiciaire privé au tournant du siècle et ceci surtout en Europe continentale, a amené non seulement une terminologie différente pour le droit judiciaire et le droit matériel, mais encore une discordance profonde entre ces deux branches du droit. Ce développement séparé n'est pas seulement justifié, mais il est aussi nécessaire – sans pour autant nier la nécessité d'une influence réciproque des deux branches! –. Il se justifie par le fait que l'union solide et même indissoluble du droit privé et de la procédure civile, qui fut pleinement acceptée en Europe continentale (du moins jusqu'au début de ce siècle) et qui a comme fondement la conception du droit romain, empêcha la doctrine du droit judiciaire privé de développer une théorie générale. Mais cette théorie générale est nécessaire, car le droit judiciaire privé englobe – même pour le 'civiliste' le plus résolu – des branches appartenant au droit public¹, si l'on ne veut pas admettre qu'il ressort uniquement à cette branche du droit.

En outre, la conception matérielle des institutions procédurales, comme p. ex. l'objet du litige ou l'autorité de la chose jugée, avait abouti à des résultats difficiles à accorder avec le but du procès civil d'une part et d'autre part avec le caractère public (ou partiellement public) du droit judiciaire. Ainsi, la thèse qui voit dans l'autorité de la chose jugée la base de l'acquisition ou de la perte du droit litigieux («materielle Rechtskraftlehre») n'était pas conciliable avec la thèse selon laquelle la fonction du procès civil en tant qu'institution est d'aider les parties à défendre leur droit (existant).

Le rapporteur national anglais M. Kiralfy souligne par contre la connexité étroite entre le droit de procédure et le fond du droit, due à des raisons historiques, c'est-à-dire au système des «writs», où chacun est soumis à une procédure particulière, et au formalisme («forms of action») du XIX^e siècle.²

L'indépendance de la théorie générale du droit judiciaire privé par rapport à la conception du droit matériel est cependant nécessaire pour les pays de l'Europe continentale ayant abandonné le système romain des actions. Dans ces pays, la particularité de la procédure civile ne peut pas se concevoir selon des conceptions matérielles. Ainsi, p. ex., l'autorité d'un jugement erroné, c'est-à-dire d'un jugement non conforme à la situation juridique matérielle, s'explique seulement par la tâche attribuée à l'autorité de la chose jugée qui est d'assurer la paix juridique.³ Si l'on veut expliquer cela également (ou cela seulement) d'une façon matérielle, on sera contraint – comme le fait par ailleurs la doctrine matérielle de la chose jugée – de conclure que le jugement erroné donne lieu à un droit matériel qui n'existait pas jusque-là ou bien entraîne une extinction d'un droit déjà existant. On peut ainsi déjà déterminer la portée d'un jugement erroné; mais une telle conception de l'autorité de la chose jugée ne concorde plus avec le but

1. Comp. Wiederkehr, Rapp. nat. France, p. 2 s.; Fernandez Lopez, Rapp. nat. Espagne p. 6.

2. Kiralfy, Rapp. nat. Angleterre, p. 1 s.

3. Voir Habscheid, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem der materiellen Rechtskraft des Zivilurteils, Hommage en l'honneur de Fragistas, tome 1, Salonique 1966, p. 529 s.

de la procédure civile; il ne s'agit en effet pas toujours de former des relations matérielles entre les parties. Dans le procès civil, le juge doit en effet tenir compte des faits invoqués et ensuite rechercher si la conséquence juridique demandée par une partie doit ou non être retenue. Si les faits invoqués ne correspondent pas à la réalité historique, ou si le juge n'a pas pu être convaincu par la preuve comme la loi le prescrit, cela ne veut pas dire pour autant que le juge a décidé de façon «erronée»; le juge a décidé dans ce cas de façon juste, mais les faits qui sont à la base du jugement ne sont pas conformes à la situation matérielle véritable. Considérée sous cet aspect, la phrase employée par la doctrine matérielle de l'autorité de la chose jugée: «*le jugement erroné donne lieu à un droit non existant ou amène un droit déjà présent à extinction*» signifie donc que *par l'autorité de la chose jugée, une conséquence juridique survient même si les éléments constitutifs de la règle de droit respectif ne sont pas donnés, ou bien qu'une conséquence juridique ne survient pas, même si les éléments constitutifs de la règle de droit sont effectivement présents*.¹ Il est évident qu'une telle conséquence ne peut pas être acceptée. De cet exemple, on pourrait donc conclure qu'une théorie générale autonome du droit judiciaire privé est nécessaire dans les pays déjà cités afin de mettre en lumière la particularité de la procédure civile.

Mais même dans ces pays, la théorie du droit judiciaire privé doit éviter d'arriver par des constructions juridiques, à des résultats trop éloignés des conceptions du droit matériel, car cela aurait comme conséquence que les buts visés par la norme juridique ne seraient pas atteints. Il ne faut pas négliger le fait que les institutions du droit judiciaire privé, en règle générale du moins, sont les compléments procéduraux du fond du droit ou du moins, devraient l'être.² Ce n'est qu'ainsi en effet que peut subsister l'équilibre entre le droit matériel et le droit judiciaire privé. Il faut donc que les deux théories s'influencent mutuellement. Certes, la théorie matérielle est la plus ancienne, la plus vénérable. Néanmoins, elle peut «apprendre» beaucoup de la «nouvelle» théorie procédurale. L'influence de la théorie procédurale allemande relative à l'objet du litige sur la conception matérielle de la «Anspruchskonkurrenz», à savoir la concurrence de plusieurs droits subjectifs³, en est un bon exemple.

1. Voir ainsi Michelakis, *Rechtsnorm und Rechtskraft*, Hommage en l'honneur de Schima, Vienne 1969, p. 309 s.

2. Voir en détail Calavros, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter*, § 5 II 3d et § 7, à paraître, Verlag Gieseking, Bielefeld 1977.

3. Voir Habscheid, *Die Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess. Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 75 (1976), p. 210-238.

II. Le principe de la justice procédurale ("Verfahrensgerechtigkeit") comme garant d'un jugement juste et équitable

Le monde où nous vivons est imparfait et il le restera. Pour cette raison, nous n'arriverons jamais à une justice dont les décisions sont toujours conformes à la vérité matérielle. Mais ce que nous pouvons, c'est garantir à chaque citoyen un traitement digne et équitable devant les tribunaux, et l'égalité de traitement à toutes les parties. Il faut qu'elles aient les mêmes possibilités, les mêmes chances, que règne le principe de la «Waffengleichheit», de l'égalité des armes! Une procédure orientée dans ce sens sera à même de garantir, dans la mesure du possible, non seulement une décision juste et équitable, mais aussi un procès «à visage humain».

Dans ce contexte, plusieurs sous-problèmes se posent, qui ont été traités par les rapports nationaux. Je cite avant tout: la question (ancienne et nouvelle) de l'indépendance des tribunaux, le Contempt of Court, l'accès à la justice, le droit d'être entendu, l'autorité du juge et la liberté des parties, les principes de la procédure. Nous nous permettons de brosser, dans les pages suivantes, l'évolution nouvelle concernant ces questions fondamentales.

1. L'INDÉPENDANCE FONCTIONNELLE DES JUGES

La plupart des Constitutions européennes mentionnent expressément l'indépendance du juge; p. ex. Const. allemande (RFA), art. 97; Const. danoise, art. 64 phr. 1; Const. française, art. 64; Const. grecque, art. 87 § 2; Const. italienne, art. 101 al. 2; Const. irlandaise, art. 35 al. 2; et – en exemple pour les pays socialistes –, art. 112 Const. URSS, pour n'en citer que quelques-unes. Cette situation est mentionnée dans les rapports nationaux de MM. Kellner¹, Zielinski², Trocker³, Ligertwood⁴, Rammos/Klamaris⁵, Wiederkehr⁶ et Fernandez Lopez.⁸

«L'indépendance du juge» est un terme à vrai dire insuffisamment défini. L'indépendance fonctionnelle, à la différence de l'indépendance personnelle, est la liberté d'intervention de la juridiction et l'indépendance à l'égard d'instructions du pouvoir exécutif. Les textes constitutionnels formulent, souvent aussi clairement, que le juge n'est soumis qu'à la loi.⁹ L'indépendance du juge ne le protège donc pas contre les «interventions» du pouvoir législatif.

1. Rapp. nat. RDA, p. 18.

2. Rapp. nat. Pologne, p. 3.

3. Rapp. nat. Italie, p. 9 s.

4. Rapp. nat. Australie, p. 20.

5. Rapp. nat. Grèce, p. 9 s.

6. Rapp. nat. France, p. 4.

7. Pour la Suisse, voir Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, p. 38 s.

8. Rapp. nat. Espagne, p. 6 s.

9. Voir p. ex. art. 97 Cst RFA et art. 35 al. 2 de la République d'Irlande.

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT JUDICIAIRE PRIVE

En effet, le législateur demeure – en principe – libre de remplacer ou de modifier la loi à appliquer, de sorte que le juge devra rejeter l'action comme non fondée; peut-être l'Etat sera-t-il tenté de recourir à une telle modification, s'il est lui-même défendeur. C'était le cas dans l'affaire *Burmah Oil Co. Ltd v. Lord Advocate*¹, où le législateur anglais supprima par une loi avec effet rétroactif le fondement de la demande, et cela après que la House of Lords ait rendu un jugement interlocutoire en faveur du demandeur. Selon le droit constitutionnel d'Europe continentale, cette attitude du législateur anglais ne pourrait pas être qualifiée de lésion de l'indépendance fonctionnelle d'un juge, qui n'est pas protégé contre les lois, mais qui doit seulement les appliquer. Il en serait autrement si une telle intervention législative n'était pas en accord avec d'autres principes constitutionnels, comme p. ex. le principe de confiance.²

2. L'INDÉPENDANCE PERSONNELLE DES JUGES

L'indépendance personnelle, c'est-à-dire la certitude pour le juge de ne pas avoir à craindre, en principe, la perte de ses fonctions – le principe de l'inamovibilité – est usuellement reconnue comme un corrélatif nécessaire de l'indépendance fonctionnelle.³ Certainement, on ne peut parler que d'un principe, qui n'a pas, même en France, cette vigueur absolue qu'on pourrait déduire de la formule apodictique de l'art. 64 al. 4 Const. française, selon laquelle les juges sont «inamovibles».

Une déchéance des fonctions est toujours possible, pour des raisons matérielles, après une procédure formelle, exceptionnellement même sans celle-ci.⁴ On peut citer comme un exemple typique la clause de «good behaviour» du droit anglo-saxon, qu'on trouve inscrite pour la première fois dans l'«Act of Settlement» de 1700, lequel garantit aux juges leurs fonctions «quandium se bene gesserint».⁵

Bien que l'«Act of Settlement» lui-même soit dépassé par de nouvelles lois⁶, la clause s'est perpétuée en droit canadien⁷ et dans la Constitution des USA.⁸

1. Comp. Jolowicz, *Foundamental Guarantees in civil litigation: England* in Cappelletti/Tallon, *Foundamental Guarantees of the parties in civil litigation*, Milano 1973, p. 132 s.

2. En ce sens Habscheid, *Urteilswirkungen und Gesetzesänderungen*, ZZZ 78 (1965) p. 401 s. et Habscheid, *Effetti della sentenza e cambiamento della legge*, in: *Studi in onore die Antonio Segni*, Milano 1967, p. 535 s.

3. P. ex. art. 64 al. 4 Cst française, art. 87 al. 1 et 2 Cst allemande (RFA), art. 64 Cst danoise.

4. Voir § 24 DRiG (Loi fédérale allemande sur le statut de la magistrature), qui prévoit la déchéance des fonctions automatiquement en cas d'un grand délit criminel; pour le droit comparé, voir Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, p. 44 s.; pour la Suisse, *ibid.*, p. 38 s.

5. Jolowicz, *op. cit.*, note 1 ci-dessus, p. 125.

6. *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925; Appellate Jurisdiction Act 1876*; voir Jolowicz, *op. cit.* n. 74, p. 126; voir aussi *Courts Act 1971 Part III, Sect. 17 (4), Sect. 21 (6)*.

7. P. 99 (1) *British North America Act*, Watson, *Foundamental Guarantees of litigents in civil proceedings in Canada*, Cappelletti/Tallon, *Foundamental Guarantees of the parties in civil litigation*, Milano 1973, p. 195.

8. Art. III Const. américaine, Smit, *Constitutional Guarantees in civil litigation in USA*, in

La déchéance des fonctions dans les pays libéraux est en principe (voy., pour l'exception, la note 77) liée à une instance spécifiquement formelle: l'Angleterre et le Canada exigent l'accord des deux Chambres législatives pour les juges des tribunaux supérieurs¹; pour les juges de Country Courts et les «Recorders» (juges à temps partiel) anglais, la décision du Lord Chancellor suffit.² Les USA garantissent l'indépendance de leurs juges fédéraux en l'Art. II § 4 Const. américaine en exigeant l'intervention d'une instance d'accusation particulière (impeachment), qui se prononce à la majorité pour l'accusation par la Chambre des Représentants, et à la majorité des 2/3 pour la condamnation au Sénat.

La procédure (Art. II § 4 Const. américaine) concernant le Président, le vice-président et tous les «fonctionnaires civils» (y compris les juges fédéraux) peut être mise en marche pour cause de haute trahison, corruption et autres délits et infractions majeurs. La signification de la dernière cause générale – «other high crimes and misdemeanors» – est très discutée en doctrine et dans la pratique constitutionnelle.³

On discute surtout le point de savoir si un délit pénal doit avoir été commis, ou si tout outrage suffit en général («any offence against society»), et même de savoir si la Chambre des Représentants peut seule en juger librement.⁴

Les constitutions continentales exigent en général une décision judiciaire⁵ ou émanant d'un organe judiciaire particulier.⁶

3. CONTEMPT OF COURT

Si l'intervention de l'Etat représente la forme traditionnellement la plus dangereuse d'influence illégitime portant sur les motifs et les décisions du juge, elle n'est pourtant pas la seule. Les parties elles-mêmes peuvent tenter d'influencer le juge de manière illégale. Ainsi, on sanctionne par des mesures pénales, dans tous les systèmes légaux, les tentatives de corruption.

Mais l'indépendance du juge est quelquefois soumise à une bien plus dure épreuve que celle d'une grossière tentative de corruption. Je parle du pouvoir des «massmedia», dont la tâche informative ne s'arrête pas devant la porte du

Cappelletti/Tallon, *Foundamental Guarantees of the parties in civil litigation*, Milano 1973, p. 446.

1. Comp. p. 49, n. 6, et p. 99 *British North America Act* (Watson, op. cit., p. 49, n. 7, p. 195) concernant les tribunaux supérieurs de province.

2. Raisons matérielles: incapacité ou 'misbehaviour' (Courts Act, Part III, Sect. 17 (4), Sect. 21 (6)).

3. Voir Abraham, *The judicial process*, New York-Oxford-London 1975, p. 40.

4. Une interprétation très mestréinte a été soutenue jadis, pour des raisons bien compréhensibles, par l'assistance juridique du Président Nixon; voir Abraham, op. cit., n. 3 ci-dessus, p. 40 s.

5. Art. 97 I GG; Art. 88 II BVG autrichien.

6. Allemagne (RFA): art. 97 al. 2; France: Conseil supérieur de la magistrature; Italie: art. 107 I Const. italienne, Conseil supérieur de la magistrature; Pays-Bas: art. 180 al. 4 Cst hollandaise, Hoge Raad (Cour suprême). Pour la Suisse, voir Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, p. 55: la solution varie selon les cantons. Pour les juges fédéraux, c'est l'Assemblée fédérale qui exerce la surveillance disciplinaire (art. 85 al. 11 Cst fédérale).

prétoire. «Trial by press» est devenu la phrase-clé. Pour l'éviter, le juge anglo-saxon dispose d'une arme puissante et unique qui, malgré certaines modifications de détails en 1960, n'a rien perdu de son acuité en Angleterre. Contempt of Court n'est pas seulement un moyen de se défendre contre des articles de journaux polémiqueurs, mais c'est également un instrument de défense contre toute forme de résistance à l'autorité du juge lorsqu'elle paraît illicite et remplit certaines conditions.¹ Certains aspects du Contempt of Court se manifestent p.ex. par le pouvoir du juge de prendre des sanctions immédiates pour maintenir la dignité de la Cour et par les normes du droit pénal protégeant contre des actes de contrainte les pouvoirs constitutionnellement établis.² Mais le pouvoir de sanction du juge dans le domaine du Contempt of Court va beaucoup plus loin.

Il me semble qu'il faut souligner une particularité à ce propos: c'est que l'indépendance du juge ne doit pas céder devant les droits fondamentaux, tels que la liberté de la presse, la liberté d'expression et de parole; elle doit même rester prioritaire en cas de conflit.³ Lord Justice Salmon constate avec raison: «*Take away that right, and the freedom of speech and all the other freedoms will wither and die*» («*Enlevez ce droit, et la liberté de la parole ainsi que toutes les autres libertés finiront par se faner et mourir*»).

4. LE JUGE NATUREL

La garantie du juge naturel se trouve inscrit pour la première fois dans l'art. 4 Const. française de 1791. Les constitutions des Etats indépendants latino-américains, suivant de près la Constitution française, adoptèrent ce principe, qui est maintenant reconnu presque partout dans les systèmes libéraux.⁴

Le droit anglais – et cela me paraît intéressant – ne contient ni implicitement, ni par écrit, un principe d'après lequel le tribunal compétent doit être déterminé à l'avance (que ce soit une certaine Chambre, ou même la personne du juge). On peut s'écarter des projets de répartition d'affaires – en supposant qu'il en existe – et on estime légitime que le pouvoir exécutif indique un certain juge. On estime que la soumission intentionnelle à un certain juge – disons particulièrement sévère – n'est pas moins juste que le hasard aveugle. Et ce il n'en serait pas autrement, finalement, si les affaires étaient réparties d'après les initiales des personnes concernées. On considère que la récusation pour raison de suspicion légitime suffit à assurer la protection contre au juge partial.

Ce peu de souci est la conséquence de l'estime particulière et de la confiance que le citoyen anglais porte à ses juges.⁵

1. Voir Schweizer, *Der Schutz der Rechtsverwirklichung im angelsächsischen Rechtskreis – Die Lehre von Contempt of Court*, Zürich 1974, p. 2.

2. Les §§ 105, 106 CPC allemand (RFA) limitent la protection aux Cours constitutionnelles.

3. Dans *Morris and Others v. The Crown Office* 1970 p. 1806; voir Schweizer, op. cit., n. 1 ci-dessus, p. 2.

4. Voir Arens, *Rapp. nat. RFA*, p. 12; Rammos/Klamaris, *Rapp. nat. Grèce*, p. 9; pour la Suisse, art. 58 Cst fédérale; voir Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, p. 124.

5. Voir Henkel, *England Rechtsstaat ohne 'gesetzlichen Richter'*, Frankfurt 1971.

Quant aux pays socialistes, il faut souligner qu'il y existe une règle particulière: le droit d'évocation, qui donne au tribunal supérieur le pouvoir de dessaisir le Tribunal de première instance pour juger à sa place.¹ A nos yeux, un tel droit n'est guère compatible avec le principe du juge naturel.

5. LA NEUTRALITÉ DU JUGE

Il pourrait surprendre que, dans les Etats ayant une constitution écrite, ce ne soit pas dans les textes constitutionnels, mais dans les Codes de procédure respectifs² que nous trouvons le postulat réellement dominant de la justice procédurale (*Verfahrensgerechtigkeit*)^{3,4}, à savoir le principe *nemo iudex in re sua*.

Quoique le principe soit reconnu de manière générale, les techniques de récusation dénotent des particularités remarquables:

Selon un des systèmes il existe une différence dogmatique entre le *iudex inhabilis*, le juge exclu par la loi, et le *iudex suspectus*, suspecté par les parties, et décrit par une règle générale. Son exclusion dépend de leur initiative. La rigueur dogmatique peut être assouplie par la possibilité des parties de récuser aussi le *iudex inhabilis*.⁵

Les droits français et italiens⁶ par contre, imposent au juge dans certains cas, qui sont généralement graves, de s'abstenir, et donnent en outre aux parties la possibilité d'exiger son exclusion.⁷ Ces systèmes renoncent à l'idée au *iudex suspectus*, mais permettent au juge d'aller au-devant de la récusation pour des raisons de convenance importantes.⁸

Le CPC grec offre en son art. 52 (art. 53 ancien) une solution simple, mais juste néanmoins, elle abandonne la notion de *iudex inhabilis*, ainsi que le devoir d'abstention, mais accorde au juge et aux parties un droit de récusation, lorsqu'une des causes de rejet énumérées se présente. Sous la notation f) de cette loi est inscrite une clause générale se rapportant au *iudex suspectus*. La décision portant sur cette demande est toujours prise à l'issue d'une procédure particulière.⁹

Les parties à une procédure civile anglaise se voient épargnées une procédure complexe de récusation, mais le juge risquant de voir son jugement annulé¹⁰ est plutôt enclin à se retirer volontairement; ceci d'autant plus que le droit judiciaire

1. Voir Habscheid, Introduction à la procédure judiciaire, p. 21.

2. Constitution USA qui contient le précepte du juge neutre dans la 'due process' clause.

3. Voir p. ex. §§ 41 s. CPC RFA, Art. 51 s. CPC Italie, § 19 s. JN = Loi sur l'organisation judiciaire (*Jurisdiktionsnorm*) autrichienne.

4. Arens, Rapp. nat. RFA, p. 16; pour la Suisse, Habscheid, op. cit., p. 154 s.

5. Comp. § 20 JN autrichien et § 42 CPC RFA.

6. Art. 339 CPC français et art. 515 CPC italien.

7. Art. 341 CPC français et art. 52 CPC italien.

8. Art 339 al. 2 CPC français; art. 51 al. 2 CPC italien.

9. Pour le droit espagnol voir Fernandez Lopez, p. 8 (pas de *iudex inhabilis!*).

10. Comp. Jolowicz, op. cit., p. 49, n. 1, p. 137.

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT JUDICIAIRE PRIVE

anglais ne prévoit pas de déchéance (comme p. ex. l'art. 342 al. 2 CPC français¹; une telle disposition rend le jugement prononcé par le juge «suspect» mais non récusé presque inattaquable). Au contraire, les parties ne sont pas déchues de leur droit de récusation, même si elles connaissaient les causes de suspiscion, à moins qu'elles n'aient manifesté expressément leur consentement.²

Le juge anglais renoncera volontiers également aux catalogues continentaux des causes de récusation et, suivant la célèbre parole «Justice should not only be done, but should be seen to be done», se retirera quand un «homme raisonnable» pourrait croire qu'une suspiscion légitime subsiste. Cette solution souple évite en droit anglais les conséquences pénibles des réglementations rigides du CPC allemand où un juge doit participer, qu'il le veuille ou non, à une réouverture de la procédure lorsqu'une action en nullité ou en «restitution» (Wiederaufnahmeverfahren) est intentée, même s'il avait participé au jugement attaqué. Il s'agit certainement ici aussi d'une conséquence stricte du principe du juge naturel.

Plusieurs législations prévoient des solutions afin d'éviter que la demande en récusation ne devienne un moyen d'obstruction entre les mains des parties ou de leurs avocats. Le CPC italien inflige au demandeur les frais d'une requête en récusation³ infructueuse et prévoit nécessairement une sanction pécuniaire; le Code de procédure civile français⁴ la prévoit facultativement, mais théoriquement jusqu'à un montant de F. 10.000.-.

Un avocat anglais ne fera qu'un usage précautionneux des demandes en récusation comme moyen dilatoire. Un tribunal canadien infligera à une telle demande non fondée une amende de \$ 2'000 pour cause de Contempt of Court.⁵

6. L'ACCÈS A LA JUSTICE

Si nous examinons maintenant les garanties procédurales qui portent sur la situation et la protection des parties dans le procès, la garantie de l'accès libre aux tribunaux se situe en quelque sorte «au commencement» des droits procédurales du citoyen⁶: le procès civil n'aura pas lieu avant que cet accès ne soit accordé. L'interdiction de se faire justice soi-même, que prononce un Etat, entraîne pour ce dernier l'obligation de garantir à l'individu qu'il peut obtenir justice auprès des institutions d'Etat: un système social et légal qui empêche ses

1. Pas de récusation, c'est-à-dire pas de valorisation de la suspiscion une fois la procédure terminée; également p. ex. § 43 et 44 al. 4 CPC RFA.

2. Jolowicz, op cit., p. 49, n. 1, p. 137.

3. Art. 54 CPC italien.

4. Art. 535 CPC français.

5. Schweizer, op. cit., (p. 51, n. 1), p. 23.

6. Cappelletti/Vigoriti, *Foundamental Guarantees of the Litigants in civil Proceedings: Italy*, in: Cappelletti/Tallon, *Foundamental Guarantees of the parties in civil litigation Milano 1973*, p. 534, l'appellent 'le plus important'.

citoyens de réaliser eux-mêmes leurs droits est tenu de mettre «un moyen de substitution» à leur disposition^{1,2}.

a. Notion et substance de la garantie

Cette garantie comprend en détail³: l'acceptation de la demande par le Tribunal, la fixation de l'audience par le juge, la conduite d'un débat, l'examen des faits et des arguments juridiques de la demande, enfin la promulgation d'une décision. Exprimé de manière concrète, c'est le pouvoir de mettre en œuvre l'appareil judiciaire.⁴ Depuis quelques années déjà, s'est ranimée en Allemagne et en Suisse la discussion que l'on croyait close, de savoir s'il existe un «Rechtsschutzanspruch»⁵, c'est-à-dire le droit d'obtenir une décision favorable du tribunal, quand les conditions préalables sont remplies. La théorie dominante⁶ refuse ce droit. Cela veut dire concrètement que – selon la doctrine dominante – le droit de justice couvre seulement le droit à une décision de tribunal, mais non celui à un jugement particulier ni avantageux.⁷

En effet, interpréter l'accès du demandeur au tribunal comme un droit à exercer contre l'Etat n'est pas l'expression d'un dogmatisme poussé, mais plutôt d'une conception qui condamne chaque déni de justice, qu'il soit formel ou réel, ouvert ou caché, comme une déloyauté de l'Etat. Et il apparaît que certaines pratiques dilatoires de la procédure ainsi qu'une durée extrême d'un procès, qui peuvent aboutir à un déni de justice⁸ constituent une violation de ce droit fondamental.

b. Base juridique et limites de la garantie

Le droit constitutionnel à l'accès à la justice est accordé *expressis verbis* par la Constitution italienne (art. 24), la Constitution japonaise (art. 32) et la Constitution grecque de 1975 (art. 20 al. 1). En Allemagne fédérale, il y a désaccord à propos du fondement de ce droit.

1. Comp. Mess, *Der Rechtsschutzanspruch*, Köln 1970, p. 40

2. Les rapporteurs nationaux discutent presque tous l'accès à la justice; comp. Arens, *Rapp. nat. RFA*, p. 12; Zielinski, *Rapp. nat. Pologne*, p. 7 s.; Barbosa Moreira, *Rapp. nat. Brésil*, p. 20; Trocker *Rapp. nat. Italie*, p. 9 et 12 s.; Rammos/Klamaris, *Rapp. nat. Grèce*, p. 9; Wiederkehr, *Rapp. nat. France*, p. 20., Fernandez Lopez, *Rapp. nat. Espagne*, p. 8.

3. Rosenberg/Schwab, *Zivilprozessrecht*, 11ème éd., 1974, § 3 I (p. 11) et Nakano, *Das Prozessrechtsverhältnis ZZP* 79, 108.

4. Oppetit, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français*, Cappelletti/Tallon, *Foundamental Guarantees of the parties in civil litigation*, Milano 1973, p. 487.

5. Quant à cette notion, voir Mes, *op. cit.*, n. 1 ci-dessus, et Stein-Jonas-Pohle, *ZPO-Kommentar*, 19ème éd., introduction, I 3.

6. Voir Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, p. 2 s., *FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht)* 1964, 489 s. et 1967, p. 61 s.

7. Habscheid, *op. cit.*, 6 ci-dessus.

8. Voir BVerfGE 3, 359 (364); Trocker, *Rapp. nat. Italie*, p. 15 s., et surtout p. 19 s. nous donne un excellent exposé du problème et de la discussion dans son pays.

La doctrine majoritaire accorde rang constitutionnel au droit à l'accès à la justice¹, sur base des art. 101 al. 1 (juge naturel), 103 (droit d'être entendu) et enfin du principe du «Rechtsstaat», de l'Etat de droit (art. 20 al. 1 Const. RFA).² Le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale de la RFA) n'a pas encore eu l'occasion de trancher cette question, mais toutefois, dans une décision de 1954³, la Cour a déclaré que le déni de justice formel est incompatible avec l'art. 101 al. 1 Const.

Dans les autres pays dont nous parlons, la juridiction constitutionnelle a confirmé à maintes reprises le droit au libre accès à la justice et n'y a pas toléré d'exceptions.⁴ Ces pays ayant l'expérience commune d'une période d'injustice et de dictature, les rédacteurs de ces constitutions ont été amené à renforcer la compétence du tiers pouvoir dans l'Etat et à accorder un libre accès vers celui-ci.

Par contre, dans le domaine de la Common Law, en Scandinavie et dans les pays socialistes, il ne subsiste en principe aucun obstacle constitutionnel pour refuser aux parties l'accès aux tribunaux.^{5,6} Ces pays ont fait usage de telles possibilités, en particulier dans le domaine des assurances sociales et en matière administrative, mais aussi en droit du travail: le pouvoir de conciliation mais aussi celui de décision en matière contentieuse a été transféré à des commissions dont les membres ne sont pas couverts par les garanties d'indépendance dont disposent les juges.

Cependant, un litige coûte de l'argent et du temps, consomme de l'énergie et de la patience et produit donc de l'insatisfaction.⁷ En outre, le contrôle des décisions par une instance supérieure prend aussi du temps. Une instance administrative peut travailler plus vite. Ces raisons et, certes, l'intérêt moins grand que porte l'Etat au règlement des litiges privés expliquent une certaine restriction au droit à l'accès à la justice.

Malgré le point de départ différent des Constitutions, on peut déceler, avec beaucoup de bienveillance, un certain rapprochement:

Ainsi, il existe en Italie, dans le domaine de l'assurance automobile et des assurances sociales⁸ une procédure préliminaire non judiciaire. On parle de «giurisdizione condizionata» (accès conditionnel aux tribunaux d'Etat). Mais la décision préliminaire est soumise à une révision judiciaire complète tant quant

1. Autre avis: Düring, in Maunz-Dürig-Herzog, GG-Kommentar, art. 103 Ann. 88: seulement paranti par le § 13 GVG (Loi sur l'organisation judiciaire).

2. Baur, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en RFA, in Cappelletti/Tallon, *Foundamental Guarantees of the parties in civil litigation*, Milano 1973, p. 13, et Calavros, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter*, § 2 II 1b (à paraître, Giesecking, Bielefeld).

3. BVerfGE 3, 359 (364).

4. Voir Cappelletti, *Foundamental Guarantees of the parties in civil proceedings*, in Cappelletti/Tallon, *Foundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano 1973, p. 711.

5. Exception: 7ème amendement de la Cst USA.

6. Cappelletti, op. cit., n. 4 ci-dessus; voir l'exposé sur ce sujet de M. Zielinski dans le Rapp. nat. Pologne, p. 7 s., qui traite aussi la question de l'arbitrage.

7. Comp. Sprung, Rapp. nat. Autrich, p. 3 s.

8. Loi No 990 du 24.12.1969; Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 14 s.

aux faits que quant au droit.¹ Le rapporteur japonais, M. Nakamura, nous signale l'existence d'une institution comparable dans son pays, le Chotei-tetsuzuki, une procédure de conciliation avec la participation d'un juge professionnel.²

D'autre part, les commissions «quasi-judiciaires» des pays anglo-saxons ou les institutions d'arbitrage public des pays socialistes adoptant un *habitus* de justice^{3,4} s'évertuent à certains exercices procéduraux.⁵ Cela amènera-t-il la formation de tribunaux administratifs d'après le modèle français, allemand ou italien? La question reste ouverte! Mais la «giurisdizione condizionata» du droit italien ou l'existence des tribunaux spécialisés⁶ ne doivent pas donner à penser que la base constitutionnelle soit atteinte ou puisse l'être. Dans cette mesure, il ne peut certes être question d'un rapprochement.

c. Réalité de l'accès aux tribunaux

On a attribué la justice anglaise l'étiquette sarcastique «Justice is open to all, like the Ritz Hotel» (la justice est ouverte à tout le monde, comme l'Hôtel Ritz).⁷ Cela ne devrait pas être loin d'une vérité internationale.⁸ On a calculé qu'en Italie, pour une valeur litigieuse d'un million de lires, les frais de procès pour la première instance devaient se situer à peine au-dessous⁹, et en Allemagne fédérale, un procès «normal» s'élevant à DM 2000 devrait revenir à environ DM 2400 après deux instances. L'obligation du demandeur de payer une provision pour les frais judiciaires et l'avocat ne l'incite pas davantage à tenter d'obtenir la reconnaissance judiciaire de ses droits.

L'assistance et l'aide judiciaire sont deux solutions instaurées en vue d'éviter que la protection judiciaire soit le privilège des riches.¹⁰ La Constitution italienne définit expressément à l'art. 24 III: «*Les non-aisés seront assurés de moyens de requête et de défense devant tous les tribunaux, par des institutions appropriées*». On a déjà dit de ces «institutions» qu'elles sont issues d'une nouvelle de Kafka.¹¹ En Allemagne fédérale, on déduit l'existence du droit à l'aide judiciaire de l'art. 3 al. 1 Const. (principe d'égalité) d'une part, et de l'art. 103 Const. (droit d'être entendu) d'autre part.¹² Il me semble juste de fonder le droit à l'aide

1. Trocker, Rapp. nat. cité.

2. Nakamura, Rapp. nat. Japon, p. 11 s.

3. Ils possèdent p. ex. certaines garanties d'indépendance; voir Cappelletti, op. cit., p. 55, n. 6, p. 717.

4. Zielinski, Rapp. nat. Pologne p. 7 s.

5. P. ex. le droit d'être entendu, Cappelletti, op. cit., p. 55, n. 6.

6. En RFA, il y a cinq juridictions; chacune avec une instance de 'révision' (art. 95 Cst).

7. L'auteur de cette réflexion est inconnu.

8. Fechner, Kostenrisiko und Rechtswegsperre – Steht der Rechtsweg offen?, JZ 1969, 349;

Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 15 s.; Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 20.

9. Trocker, Rapp. nat., Italie, p. 17.

10. Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, § 90 I 1. p. 442.

11. Cappelletti, Stanf. Law Rev. 1972, 365.

12. BVerGE 2, 339; Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog, art. 103, annot. 77.

judiciaire sur l'art. 3 (principe d'égalité devant la loi) également, afin de faire ressortir «l'égalité des armes» des parties («Waffengleichheit») dans le procès.¹

La mise en œuvre de l'aide judiciaire présente en détail des différences considérables et des particularités, dont je ne veux choisir ici que les marquantes.²

La garantie de réciprocité, posée en condition pour l'obtention par les étrangers de l'aide judiciaire³ a perdu considérablement de son importance depuis la Convention de la Haye relative à la procédure civile de 1954 (art. 20). La réglementation pour les sociétés commerciales et les personnes morales⁴ est très différente; les règles facultatives des CPC allemand et autrichien⁵ concernant les apatrides qui ont particulièrement besoin de protection (p. ex. en cas d'expatriement) sont peu satisfaisantes.

Partout, il est nécessaire d'examiner au préalable s'il existe une certaine chance que la demande aboutisse. Le droit allemand connaît sur ce point une règle peu louable: la décision quant à la demande d'une aide judiciaire est prononcée à l'issue d'une procédure «quasi-contradictoire» au cours de laquelle, d'après le § 118a al. 1 CPC, la «partie adverse» doit être entendue⁶; le CPC allemand, dans la procédure relative à la demande d'assistance judiciaire va même jusqu'à considérer la partie demanderesse comme l'adversaire de l'autre. D'autres différences considérables se situent p. ex. au niveau des limites de revenus⁷ et à l'égard de la fortune⁸, à propos aussi du devoir professionnel (vivement critiqué) des avocats – quant aux mandats non rémunérés, et au droit d'immunité vis-à-vis du fisc⁹ –, la partie de revenu à déduire du revenu net pour calculer le revenu déterminant (charges de famille, etc.)¹⁰, le rôle de la partie non soutenue¹¹, et l'autorité compétente.¹²

On doit en outre considérer qu'est insatisfaisante la position de celui qui, non point pauvre au sens technique de la loi, ni même dans le sens général du mot, mais pour lequel la charge des frais d'un procès perdu, dont la valeur est pour lui considérable, a des effets aussi effrayants que menaçants pour son existence.¹³

1. Voir aussi Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 20. Pour la Suisse, voir Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Nos 1813–1821; Habscheid, *op. cit.*, p. 276/277.

2. En détail, Gottwald, *Armenrecht in Westeuropa und die Reform des deutschen Rechts*, ZJP 89 (1976) p. 136.

3. P. ex. § 114 al. 2 CPC allemand.

4. Voir Gottwald, ZJP 89 (1976) p. 145.

5. § 114 II 2 CPC RFA, art. 195 II (jusqu'à 197 II) CPC grec.

6. BVerfG, JZ 1967, p. 26.

7. Système absolu ou relatif.

8. Danemark, jusqu'à 200'000 dkr., Gottwald, ZJP 89 (1976) p. 155.

9. Actuellement encore en Italie, Belgique, Luxembourg, Genève et Valais (Suisse); Habscheid, *Bemerkungen zur französischen Zivilprozessreform im Vergleich zum deutschen und österreichischen Zivilprozessrecht*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 1976, p. 11.

10. M. Gottwald, ZJP 89, p. 155: proposition des règles analogues au *Bundessozialhilfegesetz* (loi sur la prévoyance sociale).

11. Particularité allemande: § 115 I n. 1 CPC.

12. Habscheid, *ZfRV* 1976, p. 11.

13. Voir sur ce problème: Trocker, Rapp. nat. Italie p. 17 s.; Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 20, Bolding, Rapp. nat. Suède, p. 3.

Ce sont les problèmes les plus usuels. Cet effet menaçant fait apparaître combien est ébranlée la confiance en l'Etat de droit (Rechtsstaat). L'accès aux tribunaux devient souvent une «garantie de papier», son refus factice est, surtout à l'égard de l'interdiction de se faire justice à soi-même, injuste et absurde. En effet, la réalisation de l'Etat de droit social (sozialer Rechtsstaat) n'a pas encore fait de grands progrès en matière de frais de procès.¹

7. LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU

Le droit d'être entendu est un principe procédural de valeur éternelle: à ce propos, on doit faire allusion à quelques aspects plus nouveaux de cette maxime, qui incarne peut-être comme nulle autre 2'000 années d'histoire judiciaire et qui n'est pas liée à un certain système légal, ainsi que le démontrent les rapports nationaux des professeurs Arens (RFA), Kellner (RDA), Zonderland (Pays-Bas) et Fernandez Lopez (Espagne).

Le système de la doctrine anglo-saxonne me paraît très convaincant en ce qu'il scinde le droit d'être entendu en un «right to notice» et un «right to be heard», ces deux éléments étant également nécessaires au fair trial – et qu'on traduit de façon imparfaite en parlant du droit de chacune des parties de connaître de façon adéquate les actes de procédure entrepris contre lui et le droit de faire connaître ses propres actes.²

a. *Right to notice*

Si l'on veut défendre ses droits efficacement, on doit savoir comment et pourquoi ils sont mis en question. Si l'on est attaqué dans un procès civil, on doit pouvoir prendre connaissance au préalable de l'ouverture d'un procès.

Quoique les règlements relatifs à l'introduction d'une demande soient différents, il subsiste un point commun essentiel: c'est l'exigence d'une signification réglementaire du mémoire contenant la demande. Les règles de signification doivent d'une part assurer que le litige soit porté à la connaissance du défendeur; d'autre part, éviter que le défendeur fasse obstruction à une signification ordinaire, et empêche ainsi que le litige soit porté devant le juge. C'est pourquoi il faut qu'il y ait une espèce de signification ou de communication subsidiaire (Ersatzzustellung), qui entraîne une fiction de connaissance du document. Par cette «signification subsidiaire» – le terme peut couvrir plusieurs types d'une telle «signification» – on ne comprendra ici que la signification publique. En effet, le défendeur au procès anglais, fait l'objet d'un traitement plein d'égards et remarquable, tandis que certains Codes de procédure sous-estiment la relation étroite entre les règles de signification et le droit d'être entendu.³ Le juge anglais

1. Habscheid, op. cit., p. 57, n. 12.

2. Jolowicz, op. cit., p. 49, n. 1, p. 156 s.; Watson, op. cit., p. 49, n. 7, p. 221 s.

3. Voir p. ex. §§ 203 s. CPC RFA.

permet une signification «publique» mais en général uniquement lorsque ce moyen rend probable le fait que le destinataire en prenne connaissance, c'est-à-dire quand on constate, pour le moins, qu'il se trouve dans le ressort de la High Court.¹

A la suite d'une décision du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale)², le droit d'être entendu a pu être défini comme suit: le tribunal ne peut fonder sa décision que sur les faits et les preuves sur lesquels les parties ont pu prendre position auparavant, à savoir, dans notre contexte, dont ils ont pu prendre connaissance. Cela a donné lieu à une discussion extrêmement surprenante pour un juriste anglo-saxon – savoir s'il existe un droit de prendre connaissance des réflexions juridiques de tribunal, et si le juge doit avoir un «entretien juridique» avec les parties.³ Jusqu'à présent, la doctrine quasi unanime estime que la protection contre des décisions prises à l'improviste peut entraîner le droit d'être informé des délibérations juridiques du tribunal. Le juge peut donc très bien fonder sa décision sur une opinion juridique qui ne soit pas annoncée d'avance aux parties, et qui soit donc surprenante.⁴

b. Right to be heard

Tandis que le «right to notice» (voir plus haut) ne suppose aucune activité de la partie en cause, celle-ci doit exercer un rôle actif pour faire valoir son droit «to be heard». Quant au tribunal, il a – en principe – satisfait à ses obligations quand il a donné aux parties l'occasion de s'exprimer.⁵

Le droit d'être entendu, à l'encontre du droit d'être informé, s'applique non seulement aux faits et aux résultats des preuves, mais aussi aux plaidoyers juridiques. La Court of Appeal anglaise a considéré que constituait une infraction aux règles de droit naturel, la conduite d'un tribunal d'instance⁶ qui n'avait attendu que le résultat des preuves, et avait ensuite cru pouvoir se passer de la plaidoirie de l'avocat. Elle aurait peut-être considéré de la même façon un juge pénal allemand pressé, qui aurait commencé à rédiger le dispositif du jugement pendant la plaidoirie de l'avocat défenseur.⁷

Le droit d'être entendu exige davantage qu'un simple «laisser-parler». Le tribunal doit plutôt écouter et être disposé à tenir compte, dans sa décision, des exposés faits.

D'autres questions actuelles concernant le contenu de ce droit méritent d'être étudiées sur quelques points importants: le principe permet-il des exceptions, p. ex. dans une procédure provisoire ou en exécution forcée; sous quelle forme doit-

1. Jolowicz, op. cit., p. 49, n. 1, p. 158; Bunge, Das englische Zivilprozessrecht, Berlin 1974, p. 82.

2. BVerfGE 5, 24.

3. Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, p. 6 s.

4. Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 ann. 38.

5. Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 ann. 48, 49.

6. Jolowicz, op. cit., p. 49, n. 1, p. 162.

7. Contra, BGHSt. 11, 74.

il être accordé (par écrit, verbalement)? peut-on remédier à une infraction dans l'ordre des juridictions? implique-t-il le droit à un interprète et à une assistance judiciaire¹?

c. *Titulaire du droit*

Le problème de savoir qui est détenteur du droit n'a pas été suffisamment discuté jusqu'ici. La doctrine allemande majoritaire étend ce droit au-delà des parties et des autres intéressés à tous ceux dont la position juridique est directement concernée par la procédure.² D'après une autre conception, toute personne ayant un intérêt matériel doit être entendue, donc même celle dont les intérêts ne sont qu'indirectement mis en cause.³

8. AUTORITÉ DU JUGE ET LIBERTÉ DES PARTIES

Nous en arrivons maintenant aux principes de procédure dans le sens strict du terme, ces principes qui ont pour objet la marche de la procédure, le «procédere». On hésite évidemment à parler d'un principe de justice sur ce point. Personne ne redouterait de qualifier d'irrégularité un procès mené devant un juge partial – qu'on ne peut récuser –. Pourrait-on en dire autant d'une violation, du principe contradictoire p. ex.? Ne s'agit-il pas ici plutôt d'une pure décision d'opportunité du législateur, que d'une exigence de justice?

Même si l'on ne veut pas répondre définitivement à cette question, il reste du moins à constater que nous avons affaire à des principes instables, qui plus que d'autres, se placent sous la dépendance du temps, de l'espace et de l'idéologie de l'Etat. Et, en outre, Leo Rosenberg a écrit à juste titre: «*Jede Reform hat noch stets nach kürzerer oder längerer Zeit eine Hinneigung oder gar Rückkehr zu den eben verlassenen Grundsätzen zur Folge gehabt*»⁴ (chaque réforme a toujours eu pour conséquence, après une période plus ou moins longue, un penchant pour ou même un retour vers les principes abandonnés).

La doctrine continentale du droit judiciaire a toujours séparé strictement deux principes de procédure: le principe de libre détermination et le principe des débats. Le premier signifie que c'est aux seules parties à décider si un procès aura lieu quant à tel litige; c'est d'elles que dépendent l'ouverture, l'objet et la fin du litige.⁵ Le second concerne l'allégation et la preuve des faits et est en fait un devoir des parties (et s'oppose donc au principe inquisitoire). Bien que la distinction entre ces deux principes ne soit pas abandonnée, on doit tout de même

1. Comp. Düriz, in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 ann. 78; R. Schneider, *Verfassungsrechtliche Grundlagen des Anwaltsberufes*, NJW 1977, p. 873.

2. Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht* § 85 II, p. 415; BVerfG JZ 1967, p. 442.

3. A paraître, Calavros, op. cit., (p. 55, n. 2) § 2 III; Schlosser, *Urteilswirkungen und rechtliches Gehör*, JZ 1967, p. 432 s.

4. Rosenberg, *Zivilprozessrecht*, 9^{ème} éd., 1961 p. 11.

5. Habscheid, op. cit., p. 315 s.

garder à l'esprit combien leur rapport est étroit. On peut les concevoir quasiment comme les deux faces d'une médaille, comme deux cas d'application des pouvoirs des parties, et l'on doit considérer qu'il s'agit ici d'abord d'un substrat matériel, et non de pouvoirs formels.

a. Principe de libre détermination

Dès le début de ce rapport, on a fait allusion à la dépendance du droit judiciaire par rapport aux données politiques sociales, bref, par rapport au système politique. Celle-ci est évidente si l'on considère le champ d'application du principe «*Ne procedat iudex sine actore*». Les réglementations des procès dans les pays libéraux, qui complètent l'autonomie du droit matériel, laissent l'individu libre de faire valoir ou non ses droits par la voie judiciaire.

Il en est autrement dans les droits socialistes. Partant de la conception que le procès civil est destiné en premier lieu à servir la réalisation du système légal socialiste, le Ministère public possède en conséquence un droit propre d'action en justice, si les intérêts de l'Etat ou de la Société exigent une telle activité.^{1,2} Le Code de procédure civile de la République démocratique allemande, entré en vigueur le 1.1.1976 a amené un certain relâchement. A l'encontre du projet CPC de 1970, aucun droit général d'ester en justice du Ministère public n'y est prévu, si ce n'est dans les affaires relatives au droit du travail.³ Dans un procès civil «normal», le Ministère public a un certain pouvoir de participation, p. ex. un droit général d'interjeter appel.⁴

Mais dans les systèmes libéraux également, le bloc monolithique du principe de libre détermination laisse apparaître des phénomènes d'érosion: le § 308a al. 1 CPC RFA reconnaît au tribunal, dans les litiges relatifs aux baux à loyer, lorsque le bailleur échoue dans une demande d'expulsion, la possibilité de fixer «sans demande», c'est-à-dire d'office, les nouvelles conditions de location; bref, *iudex it extra petita partium* (l'objet du litige étant l'expulsion du logement). Or, ce pouvoir paraissait être jusque-là un privilège du juge socialiste.^{5,6} Selon le CPC grec, dans la procédure tendant à l'obtention de mesures provisionnelles, le tribunal ordonne la mesure provisionnelle adéquate de façon discrétionnaire, sans être lié par la demande.⁷

Il existe en Grèce et en RFA une autre exception au principe, concernant l'ouverture de la procédure: le § 24 EheG (loi sur le mariage) RFA et art. 1378

1. Habscheid, Introduction à la procédure civile, Barcelone 1968, p. 41; Wengerek, Aktuelle Fragen der polnischen Zivilprozessrechtswissenschaft, ZZP 85 (1972), 191.

2. Kellner, Rapp. nat. RDA, p. 6.

3. § 154 GBA (Code du travail) RDA.

4. Voir Brunner, Das neue Zivilprozessrecht der DDR, Neue Juristische Wochenschrift, p. 177 s.

5. Zielinski, Rapp. nat. Pologne, p. 13.

6. Principes de la procédure civile en URSS, 37 II.

7. Art. 737 CPC grec (art. 736 ancien).

No 1 CPC grec: l'action en nullité d'un mariage peut être introduite par le ministère public. Et en droit suisse, «l'autorité publique» peut intenter certaines actions en matière d'Etat civil.¹ La réduction du principe de libre détermination se manifeste en ce que l'aveu judiciaire et le jugement de reconnaissance dans les affaires familiales est exclu de la transaction judiciaire (§ 617 CPC RFA).

b. Principe de contradiction

Le principe de contradiction semble s'engager dans une voie identique: tandis que le système de la Common Law lui reste strictement attaché², les pays socialistes – comme nous en informent MM. Zielinski³, Kellner⁴ et Névai⁵ – la repoussent par principe! Dans les autres systèmes, on peut percevoir une certaine tendance au relâchement et à l'assouplissement, comme nous l'exposent MM. Barbosa Moreira⁶ et Trocker⁷ pour le Brésil et l'Italie. D'après les art. 6 et 9 du nouveau CPC français, c'est aux parties à produire les faits et les preuves nécessaires pour soutenir leur demande. Mais les art. 7 al. 2 et 10 CPC 1976 donnent des pouvoirs étendus au juge et limitent ainsi le principe contradictoire. Pour le droit allemand, il faut citer le § 139 CPC RFA qui impose au juge de poser des questions pour éclaircir l'affaire («richterliche Frage- und Hinweispflicht»). Dans ce contexte, il faut souligner que les art. 7 al. 2 et 9 CPC français fixent ce que le juge *peut* faire, tandis que le § 139 CPC stipule ce qu'il *doit* faire. La «limite supérieure» est déterminée seulement par le devoir d'impartialité du juge. Malgré ces tendances, ce serait aller trop loin que de qualifier la procédure en Europe continentale d'«inquisitoire».⁸

c. Maîtrise formelle de la procédure

On pourrait dire de façon logique, et en considérant l'aspect formel de la maîtrise du procès, que l'on retrouve le courant actuel retracé à propos de la détermination du substrat matériel du procès. Tandis que le juge anglo-saxon s'en remet ici à l'initiative et aux intérêts des parties⁹, lorsqu'il s'agit p. ex. de convoquer des témoins, le juge «continental» devient plus actif que jadis. La responsabilité du déroulement du procès lui est confiée de plus en plus, sans qu'il soit pour autant un «Sozialingenieur» (ingénieur en affaires sociales).¹⁰ Enfin, la doctrine socialiste

1. Voir Habscheid, op. cit., p. 63.

2. Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 4 s.

3. Rapp. nat. Pologne, p. 13.

4. Rapp. nat. RDA, p. 12 s.

5. Rapp. nat. Hongrie, p. 18 s.

6. Rapp. nat. Brésil, p. 14 s.; pour l'Espagne voir Fernandez Lopez, Rapp. nat. p. 14 s.

7. Rapp. nat. Italie, p. 36 s.

8. Voir Cappelletti/Perillo, Civil Procedure in Italy, La Haye 1967, p. 182 s.

9. Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 5 s. et 15 s.

10. Trocker, Rapp. nat. Italie, p. 7 et 34 s.; Barbosa Moreira, Rapp. nat. Brésil, p. 14; Rammos/Klamaris Rapp. nat. Grèce, p. 10; Wiederkehr, Rapp. nat. France, p. 5 et 23 s.; Sprung, Rapp. nat. Autriche p. 4; Arens, Rapp. nat. RFA, p. 17.

rejette expressément l'idée d'un juge passif qui serait dans l'expectative, et rien de plus qu'un arbitre à l'écoute. On adopte – et je me réfère à MM. Névai¹ et Kellner² – le principe de l'«initiativreichen Prozessgestaltung» (déroulement de la procédure à l'initiative du juge).³

9. CARACTÈRE ORAL ET PUBLIC

Même si l'on proclame le caractère nécessairement public et oral de la procédure civile dans un grand nombre de Constitutions, de codifications et de conventions (règles nationales et internationales)⁴, ce principe n'en a pas pour autant une portée absolue, c'est-à-dire obligatoire à chaque stade et pour chaque forme de procédure. Autrefois, le caractère oral allait le plus souvent de pair avec le caractère public, comme la procédure écrite avec la procédure secrète⁵; cependant, le caractère public ne découle pas nécessairement du caractère oral. Ne peut-on pas imaginer qu'une procédure écrite soit publique? Le but de la publicité de la procédure judiciaire est le contrôle de la justice par le public et elle est considérée comme une des grandes conquêtes libérales de la Révolution française.⁶ En ce qui concerne le caractère oral, on la considère comme le moyen de réaliser une meilleure compréhension entre l'appareil judiciaire et les citoyens.^{7,8}

Les rares procès à huis clos concernent habituellement la protection de la sphère intime des intéressés, les affaires secrètes de l'Etat ou les affaires commerciales. Par contre, les exceptions au principe du caractère oral ne résultent pas du «thème», mais de la phase du procès. La question ne se pose pas de savoir si la procédure complète se déroule soit seulement par écrit, ou bien oralement, mais quelle phase de la procédure est orale et quelle phase ne l'est pas. L'argument en faveur du caractère oral est naturellement son effet d'«accélérateur»⁹, mais – souligne M. Ligertwood¹⁰ – il constitue aussi un moyen de réaliser l'égalité des armes dans le procès («adversary in nature») et, liée au «cross-examination», elle devient une excellente méthode de recherche de la vérité.

En ce qui concerne la concentration et l'effet accélérateur de la procédure orale, n'oublions pas que le caractère oral est strictement respecté dans les procès

1. Rapp. nat. Hongrie, p. 19.

2. Rapp. nat. RDA, p. 6 s.

3. Habscheid, Richterrecht oder Parteifreiheit, ZZP 81 (1968), p. 175.

4. Art. 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU, art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voir art. 93 al. 2 Cst grecque 1975 et § 128 I CPC RFA, § 169 p. 1 GVG (loi sur l'organisation judiciaire) RFA.

5. Jauernig, Zivilprozessrecht, 18ème éd., München 1977 p. 84

6. Loi du 7 Fructidor an III (1795), mais aussi l'abolition de la Star Chamber en Grande-Bretagne.

7. Ligertwood, Rapp. nat. Australie, p. 18.

8. Wiederkehr, Rapp. nat. France, p. 17.

9. Sprung, Rapp. nat. Autriche, p. 5.

10. Rapp. nat. Australie, p. 8 s.

danois, suédois ou anglais mais nécessite une préparation rigoureuse (écrite) de l'audience orale.^{1,2} Il faut attendre de voir si la dernière réforme du CPC RFA (Vereinfachungsnovelle)³ qui introduit une procédure préliminaire écrite et la concentration de l'audience publique (qui devra se tenir oralement) atteignent ce but d'accélération du procès. De toute façon, le législateur allemand a reconnu qu'une concentration de la procédure ne peut être obtenue que grâce à un retour renforcé à une pratique réelle d'une procédure orale.

Conclusion

Notre rapport général, loin d'être complet, me semble avoir révélé que, dans tous les pays – libéraux ou socialistes – nous vivons une période de discussions doctrinales et de réformes législatives dont le but est d'adapter la procédure civile aux besoins de notre temps. Nous avons constaté partout les mêmes problèmes de base ou des problèmes analogues à résoudre; nous avons constaté également que les solutions aboutissent parfois à un rapprochement des différents systèmes juridiques. Le droit procédural comparé peut ainsi renforcer des tendances dont le but est de rendre le procès civil encore plus juste, plus équitable et plus humain, le tout dans la grande tradition de la science juridique qui s'exprime dans la définition vraiment humaine qu'Ulpian donne de la notion du droit (Dig. 1,1,1): «ius est ars aequi et boni»!

1. Cohn, Die Lehre vom Schriftsatz nach englischem Recht, ZZZP 73, 394.
2. Rehfeldt, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Vorbereitung in der Praxis des schwedischen Zivilprozesses in ZZZP 82, p. 173 s.
3. Loi du 13.12.1976 (BGBI I 3281).

THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE LAW OF CIVIL PROCEDURE

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. W. J. HABSCHEID

(Würzburg – Genève)

This general report cannot by far reflect the mass of problems and ideas communicated on our subject by the national reports. But the national reports and the scientific interests of their authors seem to have the following key questions in common, on which I will focus my report: the relationship between substantive and procedural law within the constitutional frame, and the principles who are necessary to grant a fair trial.

Civil procedure rules depend on the political and constitutional system of the State. Consequently a strict distinction must be made between socialist and western legal systems: in socialist countries legal protection by the civil Courts does not aim primarily at the interest of the individual as far as his subjective rights are concerned but at his interest as a member of a class or at the interest of the (working) class itself.

About the relation between substantive and procedural law it can certainly be said that the civil procedure is the very institution to make the rules of substantive law to be brought in effect in case of litigation. Civil procedure finally realizes, what substantive law aims at: a good arrangement for the citizens' juridical relations.

But this explains neither the correspondence of substantive and procedural law in general neither explains it sufficiently the aim of civil procedure. The aim of civil procedure is not only that a decision not open to appeal comes into being but the aim must be sought in the interdependance of substantive and procedural law. It is even more than the mere concretisation of the substantive law. The task of civil procedure is the realization of subjective private rights, not only of private rights in the strict meaning of the term, but encompassing any legal position given by the private law to individuals or groups of individuals that is enforceable with the assistance of the Courts. Thus public interests and the verification of the objective legal system of the private law is not excluded, but it is put back on the second rank. These are indirect aims of civil procedure that are realized by any single lawsuit in a reflex action.

Law Courts 'with a human face' are run by human beings. So they cannot guarantee the finding of the truth in each singular case. What they must guarantee in each case is a fair and just, and by all means an equal treatment of the parties. To make sure this due process of law, the observance of only a few more than a handful of principles is indispensable. These principles concern the judge, the parties and the procedure. The judge must be independent; this independence makes him safe against State interference in the concrete litigation which means, safe from influence of the executive power, not of the legislative power. It furthermore grants him in principle tenure of office, on condition of good behaviour. While a special anglo-saxon technique to make the judge independent from undue influence from third persons, the so-called 'Contempt of Court' has not been 'exported', the almost universal system of the 'legal judge' is unknown in English law.

The demand for a neutral judge, or the freedom from bias, is adopted by any legal system, whereas the methods to keep off a prejudiced judge differ quite considerably.

Access to Court is in a certain sense the first of the parties' rights in a civil procedure. This 'ability of the citizen to set the judicial machinery into motion' can be granted with exceptions and under conditions. Only a few countries give it unconditionally and without exception. The effectivity of this right is discussed nowadays in relationship to the length and the costs of a trial. Legal aid to counter the deterrent effect of the latter is up to now regarded only as an insufficient remedy.

A fair trial—once started—requires both a right to notice and a right to be heard, according to the distinction developed by the anglo-saxon doctrine. Concerning the principles governing the procedure itself our initial distinction between liberal and socialist systems is to be specified: the common law process, strictly adversary in nature is far more consequent by making it merely the task of the parties to introduce the facts to the trial (formal truth) and by leaving even the formal rule over the process mainly in the hands of the parties.

Verbality and publicity are recognized as elements of a fair trial at least in principle. The extent to which they are practiced vary. The importance of verbality to avoid unnecessary delays can no longer be denied.

INTERNATIONALES PROZESSRECHT

INTERNATIONAL LAW OF PROCEDURE

PROF. DR. W. GRUNSKY

(Bielefeld)

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	71
1. Humanizing the Law Court	71
2. Gesetzeswortlaut und Praxis	72
3. Benachteiligung des internationalen Rechtsverkehrs	73
4. Überblick über die dem Bericht zugrundeliegenden Länderbe- richte	74
5. Inhaltsübersicht	74
I. Die internationale Zuständigkeit	75
1. Schutz des Klägers vor zu strengen Anforderungen an die Be- jahung der internationalen Zuständigkeit	75
2. Schutz des Beklagten vor zu weitgehender Bejahung der inter- nationalen Zuständigkeit	80
II. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen . .	88
1. Erfordernis der Gegenseitigkeit	88
2. Internationale Zuständigkeit des Urteilsstaats	90
3. Ordre public und Wahrung der Möglichkeit der Parteien zur Geltendmachung ihres Rechts	92
4. Das Verfahren	93
5. Vollstreckung nichtrechtskräftiger Entscheidungen	96
III. Einzelfragen des Verfahrens in Rechtssachen mit Auslandsbeziehung	97
1. Kostenmäßige Erschwerung der Rechtsverfolgung	97
2. Sprachliche und rechtliche Verständigungsprobleme.	98
3. Säumnisverfahren	99
Schlussbemerkung	101

Einleitung

Bevor die einzelnen mit unserem Thema zusammenhängenden Probleme behandelt werden, erscheint es zweckmäßig, einleitend einige Bemerkungen zu dem mit diesem Bericht verfolgten Zweck sowie zu dem methodischen Weg zu machen, der eingeschlagen worden ist.

1. HUMANIZING THE LAW COURT

Generalthema des Kongresses ist die Vermenschlichung des Gerichtsverfahrens. Angesichts dieses übergreifenden Themas konnte es nicht darum gehen, eine Gesamtdarstellung des internationalen Prozeßrechts der berücksichtigten Rechtsordnungen zu geben. Zu behandeln waren vielmehr nur solche Punkte, die einen unmittelbaren Bezug zu der Frage haben, inwieweit im internationalen Prozeßrecht auf die besondere menschliche Situation Rücksicht genommen wird, die sich für beide Parteien aus einer 'grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung' ergibt. Daß dabei Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, ist unvermeidlich. Was für den einen ein zentrales Problem der Gerechtigkeit im internationalen Prozeßrecht darstellt, ist für den anderen vielleicht eine nur rechtstechnische Frage. Aus den diesem Bericht zugrundeliegenden Länderberichten ergeben sich insoweit offenkundige Unterschiede in der Akzentsetzung, wobei darauf hinzuweisen ist, daß allen Berichterstattern eine Übersicht über die Punkte zur Verfügung gestellt wurde, auf die m. E. eingegangen werden sollte. So ist es etwa auffällig, daß in dem japanischen Länderbericht der Schwerpunkt auf Problemen des kaufmännischen Rechtsverkehrs liegt, während z. B. der italienische Bericht eingehend auf die Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils sowie auf sonstige statusrechtliche Fragen eingeht.

Diese Unterschiede im Verständnis des behandelten Themas beruhen sicher zum großen Teil darauf, daß der einzelne Berichterstatter mit seinen eigenen Wertungen an die Problematik herangegangen ist. Ein anderer Berichterstatter desselben Landes hätte vielleicht andere Maßstäbe angelegt. Ohne daß sich dies hier näher belegen ließe, kann es doch zumindest als Vermutung geäußert werden, daß die Unterschiede nicht nur in der Person der einzelnen Berichterstatter begründet liegen, sondern daß sich darüber hinaus auch die unterschiedlichen Erfahrungen widerspiegeln, die die verschiedenen Rechtsordnungen mit Problemen der internationalen Rechtsverfolgung gemacht haben. So liegt es etwa für das italienische Recht, das bis vor kurzem keine Scheidung kannte, nahe, daß die Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile, die für andere Rechtsordnungen verhältnismäßig unproblematisch ist, ein 'heißes Eisen' bedeutet. Entsprechend leuchtet es angesichts der außergewöhnlichen Erfolge der japanischen Wirtschaft, die großenteils auf dem Export beruhen, ein, daß der japanische Länderbericht sich in stärkerem Maße als die sonstigen Berichte mit handels- und wirtschaftsrechtlichen Problemen befaßt.

Selbstverständlich ist auch der hier vorgelegte Generalbericht maßgeblich

vom Vorverständnis des Verfassers geprägt, das seinerseits wiederum entscheidend von den Problemen beeinflusst ist, die in den letzten Jahren in Deutschland im Vordergrund insbesondere der rechtspolitischen Diskussion standen. Die im folgenden vorgenommene Akzentsetzung bedarf zwar keiner Rechtfertigung, wohl aber muß sie zur Vermeidung von Mißverständnissen offengelegt werden. Soll der Begriff des 'Humanizing the Law Court' im Zusammenhang mit Problemen der internationalen Rechtsverfolgung mehr als nur ein Synonym für 'Zweckmäßigkeit des internationalen Prozeßrechts' sein, so muß die Grenze zwischen einerseits solchen Situationen, in denen besondere menschliche Härten drohen und andererseits solchen Fallgestaltungen gezogen werden, bei denen die Rechtsdurchsetzung zwar erschwert sein mag, dies den Rechtsinhaber aber nur in vermögensrechtlichen Belangen trifft, die angesichts seiner Vermögenslage auch nicht ans Existenzminimum rühren. Im Vordergrund dieses Berichts stehen deshalb Probleme des 'kleinen Mannes', während insbesondere auf handelsrechtliche Fragen nur am Rand eingegangen wird. Daraus darf nicht gefolgert werden, daß der kaufmännische Rechtsverkehr als ein Problemkreis von nur untergeordneter Bedeutung angesehen wird. Die mit ihm zusammenhängenden Fragen bilden jedoch nicht das Thema dieses Kongresses.

2. GESETZESWORTLAUT UND PRAXIS

Ein Bericht wie der vorliegende ist unausweichlich der Gefahr ausgesetzt, sich im wesentlichen nur am Wortlaut der jeweils einschlägigen Bestimmungen orientieren zu können, was zu einer erheblichen Verkürzung der Perspektive führen muß. In seinem für das österreichische Recht erstatteten Bericht weist *Matscher* mit gutem Grund darauf hin, daß der schönste Gesetzeswortlaut nichts nutzt, wenn das Gesetz in der Praxis nicht oder nur sehr restriktiv angewandt wird. Daß insofern in manchen Staaten eine erhebliche Kluft besteht, dürfte unbestreitbar sein. Man mag darüber diskutieren, welche Staaten hier besonders 'anfällig' sind und ob es überhaupt eine Rechtsordnung gibt, in der auf diesem Gebiet nicht gesündigt wird. An dieser Stelle kann nur betont werden, daß entscheidend letztlich nicht so sehr der Wortlaut der jeweiligen Bestimmungen als deren konkrete Anwendung ist.

Das Auseinanderklaffen zwischen dem Gesetzeswortlaut und der praktischen Handhabung der Vorschriften muß nicht immer zu Lasten der Partei gehen, die gezwungen ist, ihr Recht im Ausland zu verfolgen. Die Praxis kann sehr wohl auch fremdenfreundlicher sein. So betont etwa *Franchi* in seinem Bericht für das italienische Recht (S. 9 f), daß die Vollstreckung eines auf Zahlung einer Geldsumme gerichteten ausländischen Urteils in Italien nach den vom Minister für Außenhandel festgesetzten Modalitäten zu erfolgen hat. Es liegt auf der Hand, daß die Regierung damit schwer überwindbare Schranken errichten kann, wenn ihr dies aus politischen Gründen (etwa zur Unterbindung von Kapitalabfluß ins Ausland) zweckmäßig erscheint. Bisher wird von dieser Möglichkeit zwar offenbar kein Gebrauch gemacht, doch darf man sich damit nicht beruhigen. Ein Gesetz, das

eine ungerechtfertigte Benachteiligung von Ausländern ermöglicht, sollte auch dann geändert werden, wenn das in dem Gesetz enthaltene 'Störpotential' einstweilen nicht eingesetzt wird. Nur so kann die auf Dauer unerläßliche Rechtssicherheit erreicht werden, die gerade in dem unübersichtlichen Gebiet der internationalen Rechtsverfolgung besonders wichtig ist.

Erst recht kann es natürlich nicht befriedigen, wenn das Gesetz einer Partei rechtspolitisch bedenkliche Möglichkeiten der Rechtsverfolgung gewährt und es nur deswegen noch nicht zu Unzuträglichkeiten gekommen ist, weil die Begünstigten von den sie begünstigenden Bestimmungen einstweilen keinen Gebrauch gemacht haben (s. etwa den im österreichischen Länderbericht enthaltenen Hinweis darauf, daß nach österreichischem Recht der Arbeitgeber in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten am Sitz des Unternehmens klagen kann, wovon offenbar aber nur sparsam Gebrauch gemacht wird). Genauso wie bei einer ausländerfreundlichen Praxis der Gerichte oder sonstiger staatlicher Stellen wird hier eine Änderung des Gesetzes schon durch die einfache Überlegung gefordert, daß der mit den Einzelheiten der praktischen Handhabung der Bestimmungen nicht vertraute Ausländer sonst Gefahr läuft, sich durch den ihm ungünstigen Gesetzeswortlaut abschrecken zu lassen. Noch mehr als im rein innerstaatlichen Recht muß bei Normen, die sich speziell an Ausländer wenden, sichergestellt sein, daß der Gesetzeswortlaut im höchstmöglichen Grad zuverlässige Auskunft über die Aussichten eines Rechtsstreits gibt.

3. BENACHTEILIGUNG DES INTERNATIONALEN RECHTSVERKEHRS

Wenn im folgenden der Frage nachgegangen wird, wie es um die Vermenschlichung des gerichtlichen Verfahrens in internationalen Rechtsstreitigkeiten bestellt ist, so kann dies nicht unter dem Blickwinkel geschehen, wie die internationale Rechtsverfolgung weltweit optimal ausgestaltet werden sollte. Es kann vielmehr nur darum gehen, inwieweit die internationale Rechtsverfolgung Erschwernissen ausgesetzt ist, die für rein innerstaatliche Streitigkeiten entweder schon von der Gesetzeslage her nicht gelten oder doch zumindest de facto nicht zum Tragen kommen. Wenn man es so ausdrücken will, wird nur auf die Diskriminierung der internationalen Rechtsverfolgung eingegangen. Soweit eine der in den Bericht einbezogenen Rechtsordnungen dagegen verfahrensrechtliche Bestimmungen enthält, die rechtspolitisch zwar unbefriedigend sein mögen, die die Rechtsverfolgung im Inland aber gleichermaßen wie die internationale Rechtsverfolgung treffen, haben wir es mit einer nicht zu unserem Thema gehörenden Frage zu tun. Als Beispiel sei die in vielen Ländern als unbefriedigend empfundene Ausgestaltung des Armenrechts (oder wie man heute vielfach sagt: der Verfahrenshilfe) angeführt. Darunter leidet in erster Linie die innerstaatliche Rechtsverwirklichung. Sicher können dadurch auch grenzübergreifende Rechtsbeziehungen betroffen werden, doch haben wir es, sofern Ausländern unter denselben Voraussetzungen wie Inländern das Armenrecht gewährt wird (s. dazu u. IV 1 b), mit keiner spezifischen Problematik des internationalen Prozeßrechts zu tun.

4. ÜBERBLICK ÜBER DIE DEM BERICHT ZUGRUNDELIEGENDEN LÄNDERBERICHTE

Der vorliegende Bericht stützt sich auf folgende Länderberichte¹:

- Belgien (Boehlé)
- Griechenland (Mitsopoulos)
- Italien (Franchi)
- Japan (Fujita)
- Österreich (Matscher)
- Vereinigte Staaten von Amerika (Casad)

Außerdem wird das deutsche Recht berücksichtigt. Leider entspricht die Zahl der eingegangenen Länderberichte nicht ganz dem, was ursprünglich erhofft wurde und für eine gründliche Darstellung der gegenwärtigen Entwicklungstendenzen wohl auch notwendig gewesen wäre. Zu bedauern ist insbesondere, daß es nicht möglich war, aus dem Bereich der sozialistischen Rechtsordnungen einen Länderbericht zu erhalten.

Da bei der Weite des zu behandelnden Themas abzusehen war, daß in der Akzentsetzung zwischen den Berichten mit erheblichen Abweichungen gerechnet werden mußte, ist den Berichterstattern eine Skizze übersandt worden, in der die Punkte aufgeführt wurden, auf die für den Generalbericht besonderen Wert gelegt wurde. Die Schwerpunkte lagen dabei auf der internationalen Zuständigkeit sowie den Voraussetzungen, unter denen ein ausländisches Urteil im Inland anerkannt (vor allem vollstreckt) werden kann. Selbstverständlich ist es den Berichterstattern freigestellt gewesen, auf Punkte einzugehen, die in der Skizze nicht enthalten waren und die der Berichterstatter für wesentlich hält. Trotz dieser Bemühungen um eine Abstimmung sind die Berichte untereinander teilweise recht unterschiedlich ausgefallen und nicht immer ohne weiteres auf einem gemeinsamen Nenner zu bringen. An dieser Stelle sei lediglich hervorgehoben, daß der von *Matscher* verfaßte Länderbericht zum österreichischen Recht dankenswerterweise in entscheidenden Punkten weit über das österreichische Recht hinausgreift und rechtsvergleichende sowie völkerrechtliche Ausblicke gibt, die von größtem praktischen Interesse sind.

5. INHALTSÜBERSICHT

Das internationale Prozeßrecht eines jeden Staates läßt sich in dem Sinne untergliedern, daß im Regelfall das autonome internationale Prozeßrecht eingreift, während auf der anderen Seite im Verhältnis zu einzelnen Staaten oder Staatengruppen internationale Abkommen gelten, in denen besondere Vereinbarungen getroffen worden sind. Fast jeder Staat ist Partner zahlreicher derartiger internationaler Abkommen, die (und das gilt auch für die Abkommen, an denen ein

1. Nach Fertigstellung des Generalberichts ist ein von *Tsoutsos* verfaßter Bericht 'Renforcement de la cour internationale de justice' eingegangen, der leider nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

konkreter einzelner Staat beteiligt ist) untereinander oft erhebliche Abweichungen aufweisen. Im Interesse der Übersichtlichkeit erschien es zweckmäßig, den Schwerpunkt auf das autonome internationale Prozeßrecht der berücksichtigten Rechtsordnungen zu legen. In diesem Sinne sind auch die Länderberichte verfaßt. Daß dadurch die Aussagekraft des Berichts insbesondere für solche Staaten, die Partner zahlreicher internationaler Abkommen sind, geschmälert wird, mußte in Kauf genommen werden. Die unübersehbare Vielfalt der internationalen Abkommen konnte nicht eingearbeitet werden. In einzelnen Punkten wird jedoch wenigstens auf die wichtigsten multilateralen Abkommen eingegangen (besonders auf das EWG-Übereinkommen von 1968).

Nachweise zum Schrifttum und zur Rechtsprechung können nur in bescheidenem Umfang gegeben werden. Da mir das ausländische Material grobenteils nicht zugänglich war und es für einen Außenstehenden ohnehin schwierig ist, den Stellenwert einer Stellungnahme zu bestimmen, liegt der Schwerpunkt der Nachweise auf dem deutschsprachigen Material. Der Generalbericht hat insoweit auch teilweise die Funktion eines Länderberichts zum deutschen Recht.

I. Die internationale Zuständigkeit

Wie bei jeder Zuständigkeitsordnung muß auch bei der internationalen Zuständigkeit auf zweierlei geachtet werden. Zum einen muß sichergestellt sein, daß der rechtsschutzsuchende Kläger überhaupt ein Gericht anrufen kann, das in der Sache entscheidet. Auf der anderen Seite darf die internationale Zuständigkeit im Interesse des Beklagten, dem es nicht einfach zugemutet werden kann, sich vor einem beliebigen Gericht einer ihm vielleicht fremden Rechtsordnung verteidigen zu müssen, nicht allzu großzügig bejaht werden. Das Schwergewicht der Problematik liegt dabei auf dem Schutz des Beklagten davor, sich im Ausland verteidigen zu müssen, doch ergeben sich Schwierigkeiten auch insoweit, als es darum geht, dem Kläger gerichtlichen Rechtsschutz zu zumutbaren Bedingungen zu garantieren.

1. SCHUTZ DES KLÄGERS VOR ZU STRENGEN ANFORDERUNGEN AN DIE BEJAHUNG DER INTERNATIONALEN ZUSTÄNDIGKEIT

a. Soweit ersichtlich, wird heute zumindest in vermögensrechtlichen Streitigkeiten nirgends mehr in dem Sinne auf die Staatsangehörigkeit des Klägers abgestellt, daß einem Ausländer nur unter strengeren Voraussetzungen als einem Inländer Rechtsschutz gewährt wird. Soweit der nötige territoriale Bezug zu der Rechtsordnung vorliegt, deren Gericht angerufen worden ist, erhält der Ausländer nicht anders als der Inländer Rechtsschutz. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob wenigstens der Beklagte die inländische Staatsangehörigkeit besitzt. Seit Inkrafttreten der neuen Verfahrensordnung (1968) gilt dies auch für das griechische Recht, das bis dahin unter dem Einfluß des französischen Rechts zu-

mindest als (wenn auch von zahlreichen Ausnahmen durchlöcherter) Regel den Grundsatz enthielt, daß wenigstens eine Partei die griechische Staatsangehörigkeit besitzen muß.¹ Aus den Berichten zum japanischen Recht sowie zum Recht der Vereinigten Staaten von Amerika ergibt sich, daß dort inzwischen auch die Benachteiligung ausländischer juristischer Personen, die im Inland nur dann klagen konnten, wenn sie inländischen Registrierungsvorschriften Genüge getan hatten, keine Rolle mehr spielt.² Insgesamt kann damit gesagt werden, daß es im Bereich der internationalen Zuständigkeit auf die Staatsangehörigkeit der Parteien grundsätzlich nicht mehr ankommt.

Damit muß nach einem anderen Kriterium entschieden werden, ob der konkrete Rechtsstreit zum Gerichtsstaat den notwendigen Mindestbezug hat, der es rechtfertigt, daß die Gerichte dieses Staates tätig werden. Maßgeblicher Ansatzpunkt sind überall die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit. Ergibt sich daraus, daß ein bestimmtes Gericht dieses Staates örtlich zuständig ist (weil etwa der Beklagte dort seinen Wohnsitz hat), so zeigt dies gleichzeitig, daß das Gericht auch international zuständig ist.³ Eine andere, hier nicht zu behandelnde Frage ist es, ob man damit die internationale Zuständigkeit in jeder Beziehung gleich wie die örtliche Zuständigkeit behandeln muß⁴ und ob die internationale Zuständigkeit neben der inländischen Gerichtsbarkeit und der örtlichen Zuständigkeit überhaupt einen eigenen Stellenwert hat (s. dazu *Matscher* unter A I 1 des österreichischen Länderberichts). Entscheidend ist allein, daß die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit dahingehend verstanden werden, daß sie nicht nur die Frage beantworten 'Welches unserer Gerichte ist zuständig?', sondern außerdem auf die Frage Antwort geben 'Ist überhaupt eines unserer Gerichte zuständig?'

Über die rechtspolitische Bewertung dieser allgemeinen Abkehr vom Staatsangehörigkeitsprinzip dürften kaum Meinungsverschiedenheiten bestehen. Ein Staat, der die Vorteile des internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs in Anspruch nimmt, muß auch bereit sein, die im Zusammenhang damit auftauchenden Dienstleistungen (und dazu gehört die Rechtsprechung in den einschlägigen Streitigkeiten) zu erbringen (zur Bedeutung der Staatsangehörigkeit für die internationale Zuständigkeit s. weiter u. II 2 a).

b. Ein 'klassisches' Problem der internationalen Zuständigkeit ist der negative Kompetenzkonflikt, d. h. der Fall, daß sich die Gerichte aller möglicherweise

1. *Mitsopoulos* aaO S. 1 f.

2. *Fujita* aaO S. 4 ff. *Casad* aaO S. 1.

3. Zu dieser Bedeutung der Bestimmung der Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit s. für das deutsche Recht insbesondere *Walchshöfer* ZZP 80 (1967), 165 und zuletzt *Rosenberg-Schwab*, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. 1977, § 20 II 1, *Kegel*, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 1977, § 22 II.

4. In Deutschland wird dies seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.6.1965 (BGHZ 44, 46) allgemein verneint. Auch das japanische Recht macht Einschränkungen (*Fujita* aaO S. 8).

zuständigen Staaten rechtskräftig für unzuständig erklärt haben, womit der Kläger keine Möglichkeit mehr hat, sein Recht gerichtlich durchzusetzen. Im innerstaatlichen Bereich wird dieser Gefahr meistens dadurch begegnet, daß das zuerst angegangene Gericht, das sich für nicht zuständig hält, den Rechtsstreit an das für zuständig erachtete Gericht verweisen kann, das dann seinerseits an die Verweisung gebunden ist, d. h. seine Zuständigkeit nicht mehr verneinen kann. Auf diese Art ist sichergestellt, daß der Kläger nicht 'zwischen die Stühle' einander widersprechender Zuständigkeitsbeurteilungen geraten kann. Für die internationale Zuständigkeit besteht eine solche Verweisungsmöglichkeit noch nicht. Bisher ist kein Staat bereit, eine von dem Gericht eines anderen Staates ausgesprochene Verweisung zu akzeptieren. Insoweit sehen auch die internationalen Abkommen nichts anderes vor, was kaum befriedigen kann. Es bedeutet ganz schlicht einen Bruch in der Bewertung fremdstaatlicher Gerichtstätigkeit, wenn man auf der einen Seite bereit ist, das fremde Urteil anzuerkennen und erforderlichenfalls zu vollstrecken, andererseits die eigene Souveränität aber so hoch einschätzt, daß man eine Bindung an die Verweisung eines fremden Gerichts nicht hinnimmt.

Im Bereich des EWG-Übereinkommens ist die Problematik des negativen Kompetenzkonflikts dadurch weitgehend entschärft, daß der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften unter gewissen Voraussetzungen über die Auslegung des Übereinkommens zu entscheiden hat, woran das Gericht gebunden ist, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, in dessen Rahmen sich die Frage ergeben hat. Da das Übereinkommen u. a. die internationale Zuständigkeit regelt, ist auf diese Weise sichergestellt, daß es zu keinem negativen Kompetenzkonflikt kommen kann. Ein Unterschied zu einer Verweisung besteht nur darin, daß das angerufene Gericht die Zuständigkeitsfrage nicht selbst entscheidet, sondern sie dem Europäischen Gerichtshof vorlegt. Freilich gilt das nicht für erstinstanzliche Gerichte: Nur ein Rechtsmittelgericht ist vorlageberechtigt bzw. -verpflichtet (Artt. 2, 3 Protokoll v. 3. Juni 1971).

Eine interessante Möglichkeit zur Vermeidung eines negativen Kompetenzkonflikts wird in dem italienischen Länderbericht erwähnt.¹ Ansatzpunkt ist offenbar eine Einschränkung der Rechtskraftwirkung des die Zuständigkeit verneinenden Urteils. Hat das italienische Gericht die internationale Zuständigkeit der italienischen Gerichte deshalb rechtskräftig verneint, weil der Rechtsstreit in die Zuständigkeit der Gerichte eines bestimmten anderen Staates fällt und verneinen die Gerichte dieses Staates später ebenfalls ihre Zuständigkeit, so wird eine subsidiäre Zuständigkeit der italienischen Gerichte befürwortet. Diese bisher nur im Schrifttum vertretene Auffassung, mit der sich die Rechtsprechung noch nicht befaßt hat, erscheint durchaus überlegenswert. Sieht man das spätere Urteil des fremden Gerichts als eine neue Tatsache an, die nach Abschluß des inländischen Verfahrens eingetreten ist, so läßt sich leicht begründen, daß das frühere inländische Urteil einer Bejahung der Zuständigkeit nicht entgegensteht.

1. *Franchi* aaO S. 5.

Mit den üblichen Grundsätzen über die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft mag das deshalb nicht übereinstimmen, weil die abweichende Beurteilung einer entscheidungserheblichen Frage sonst nicht als neue Tatsache angesehen wird, die über die Hürde der Rechtskraft hinweghilft, doch ist es angesichts der besonderen Umstände beim negativen Kompetenzkonflikt naheliegend, nach Auswegen aus der verfahrenen Situation zu suchen. Auf jeden Fall erscheint es interessengerecht, sich lieber die Dogmatik des Umfangs der Rechtskraft ein wenig 'zurechtzubiegen', als dem Kläger jeden gerichtlichen Rechtsschutz zu versagen.

c. Die internationale Zuständigkeit hängt grundsätzlich in keiner der berücksichtigten Rechtsordnungen davon ab, daß das Urteil im Ausland (insbesondere im Heimatstaat einer ausländischen Partei) anerkannt wird. Ob die obsiegende Partei von dem Urteil im Ausland Gebrauch machen kann, ist eine Frage, die sich die Partei selbst stellen muß. Mag sein, daß die Antwort darauf die Partei davon abhalten kann, den Prozeß zu führen. Derartige prozeßtaktische Erwägungen haben auf die internationale Zuständigkeit aber keinen Einfluß.

Eine Ausnahme von der Unbeachtlichkeit der Anerkennung des Urteils im Ausland für die Bejahung der internationalen Zuständigkeit machen einige Rechtsordnungen in Ehesachen. Sowohl nach deutschem (§ 606 b ZPO) als auch nach österreichischem (§76 Abs. 3 JN) Recht ist in einer Ehesache, bei der keine der Parteien die inländische Staatsangehörigkeit besitzt, das deutsche bzw. österreichische Gericht nur dann zuständig, wenn eine der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und wenn außerdem die Entscheidung nach dem Heimatrecht des Mannes anerkannt wird. Ähnlich ist die Regelung im griechischen Recht, wo die internationale Zuständigkeiten in Ehestreitigkeiten unter Ausländern fehlt, wenn die griechischen Gerichte nach dem Heimatrecht der Ehegatten international nicht zuständig sind (Art. 631 C. Pr. C.). Diese nach dem Heimatrecht der Ehegatten fehlende internationale Zuständigkeit der griechischen Gerichte würde sich i.d.R. dahingehend auswirken, daß ein griechisches Urteil im Heimatstaat der Ehegatten nicht anerkannt werden würde. Damit geht es dem griechischen gleichermaßen wie dem deutschen und dem österreichischen Recht darum, hinkende Statusverhältnisse zu vermeiden.

Nun ist es sicher richtig, daß hinkende Statusverhältnisse ein Quell ständigen Ärgernisses sind, der nicht ohne Not 'freigegeben' werden sollte. Auf der anderen Seite muß man aber den Preis sehen, der für die einheitliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses zu zahlen ist, und hier sind die Forderungen der genannten Rechtsordnungen m.E. zu hoch. Zumindest in den Fällen, in denen keiner der Ehegatten mehr seinen gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Heimatstaat hat, sollte es für die Bejahung der internationalen Zuständigkeit ausreichen, daß eine der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Die Anerkennung der Entscheidung in ihrem Heimatstaat kann den Parteien im Einzelfall gleichgültig sein. So etwa, wenn die Scheidung deshalb angestrebt wird, um sich im Inland wieder verheiraten zu können. Man kann die Parteien auch häufig nicht darauf verweisen, sie könnten sich ja in ihrem Heimatstaat scheiden lassen. Dem stehen

oft unüberwindbare praktische Hindernisse entgegen. Es reicht aus, an das Schicksal von Flüchtlingen zu erinnern, die in ihrem Heimatstaat mit Verfolgung rechnen müssen.

Man sollte deshalb den ständigen Aufenthalt einer Partei im Inland genügen lassen. Damit ist der notwendige Mindestbezug zur inländischen Rechtsordnung gegeben. Ins Gewicht fällt dabei die Überlegung, daß eine Scheidung in fast allen Ländern die Mitwirkung eines staatlichen Gerichts erfordert, die Parteien also nicht die Möglichkeit haben, die Ehe im gegenseitigen Einverständnis aufzulösen. Angesichts der besonderen Bedeutung, die Statussachen für die Beteiligten haben und die i.d.R. weit über die Tragweite einer vermögensrechtlichen Streitigkeit hinausgeht, erscheint es nicht angebracht, ausgerechnet hier die internationale Zuständigkeit von der Erfüllung von Erfordernissen abhängig zu machen, die man sonst für irrelevant hält.

d. Trotz der soeben gemachten Einschränkung kann insgesamt festgestellt werden, daß das 'Angebot an Rechtspflege' in internationalen Rechtsstreitigkeiten im wesentlichen ausreichend ist. Es kommt nur selten vor, daß eine Partei Rechtsschutz sucht und ihr der Zugang zu einem Gericht entweder ganz verschlossen oder nur zu unzumutbaren Bedingungen eröffnet ist. Hervorzuheben ist noch, daß in letzter Zeit Tendenzen sichtbar geworden sind, dem Kläger in gewissen, für ihn besonders wichtigen Prozessen (z.B. Unterhaltssachen) Rechtsschutz vor einem Gericht zu gewähren, das für sonstige Streitigkeiten unter diesen Parteien nicht zuständig wäre. So kann etwa nach Art. 5 Nr. EWG-Übereinkommen der Kläger in Unterhaltssachen entgegen der sonst geltenden Regel, wonach sich der Gerichtsstand nach dem Wohnsitz des Beklagten bestimmt, vor den Gerichten seines Wohnsitzstaates klagen (ebenso für Unterhaltsansprüche von Kindern das Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern v. 15. April 1958).

Soweit schutzbedürftige Fälle nicht erfaßt werden, ist ein im griechischen Länderbericht erwähnter Ausweg von Interesse.¹ Obwohl das Gesetz diesbezüglich keine Aussage enthält, stimmen Rechtsprechung und Schrifttum in Griechenland darin überein, daß in krassen Fällen der ordre public die Zuständigkeit der griechischen Gerichte begründen kann. Daß der ordre public hier anders als sonst nicht zur Abwehr der Auswirkungen fremder Rechtsprechung, sondern zur Entfaltung eigener Aktivität eingesetzt wird, erscheint von nur begrifflicher Bedeutung, die nichts daran ändern kann, daß es beidemale gleichermaßen darum geht, eigenen Mindestanforderungen an eine gerechte Ordnung zum Durchbruch zu verhelfen. Der Gedanke einer Begründung der internationalen Zuständigkeit über den ordre public dürfte auch in anderen Rechtsordnungen tragfähig sein, sofern sich in concreto sonst schwerwiegende Rechtsschutzlücken ergeben.

1. Mitsopoulos aaO S. 7 f.

2. SCHUTZ DES BEKLAGTEN VOR ZU WEITGEHENDER BEJAHUNG DER INTERNATIONALEN ZUSTÄNDIGKEIT

Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit vor allem deswegen, weil der Beklagte dagegen geschützt werden muß, sich vor einem für ihn unzumutbaren Gericht verteidigen zu müssen. Anders als bei der unter 1 dargestellten Problematik droht die Gefahr hier nicht daher, daß zu wenig an Rechtsschutz gewährt wird, es geht jetzt vielmehr darum, die Grenzen zu bestimmen, jenseits derer es im Interesse des Beklagten rechtspolitisch unangebracht ist, daß sich die Gerichte eines bestimmten Staats mit der Sache befassen. Dieser Problembereich der sog. exorbitanten Gerichtsstände kann hier nicht erschöpft, muß aber doch wenigstens in seinen wichtigsten Auswirkungen dargestellt werden. Im Vordergrund stehen dabei die Fragen, ob eine sonst nicht gegebene internationale Zuständigkeit deshalb zu bejahen ist, weil der Kläger die Staatsangehörigkeit des Gerichtsstaats besitzt (dazu unter *a*), ob der nur vorübergehende Aufenthalt des Beklagten im Gerichtsstaat die internationale Zuständigkeit begründen kann (dazu unter *b*) und ob es ausreicht, daß der Beklagte im Gerichtsstaat Vermögen hat (dazu unter *c*). Weiter muß darauf eingegangen werden, was für Voraussetzungen an eine Parteivereinbarung über die internationale Zuständigkeit zu stellen sind (dazu unter *d*).

Bevor die erwähnten möglichen Anknüpfungspunkte für die Zuständigkeit behandelt werden, soll kurz zu der nach amerikanischem Recht bestehenden Möglichkeit Stellung genommen werden, die Zuständigkeit wegen der besonderen Interessenlage im Einzelfall verneinen zu können, obwohl ein sonst zuständigkeitsbegründendes Merkmal vorliegt ('forum non conveniens').^{1,2} Damit läßt sich insbesondere bei nur vorübergehendem Aufenthalt des Beklagten im Gerichtsstaat sowie bei Vorhandensein von Vermögen im Inland vermeiden, daß der Beklagte sich vor einem für ihn unzumutbaren Gericht verteidigen muß. Ohne hier eine endgültige eigene Stellungnahme versuchen zu wollen, seien doch immerhin Zweifel an der Zweckmäßigkeit eines solchen 'Ventils' geäußert. Insbesondere die sich bei der Möglichkeit einer Verneinung der an sich vorhandenen Zuständigkeit ergebende Rechtsunsicherheit spricht dafür, das Problem nicht auf diesem Weg in Angriff zu nehmen. Zumindest sollte man anerkennen, daß die Doktrin des forum non conveniens nur dann angewandt werden darf, wenn ein im Normalfall zweckmäßiger Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit wegen einer besonderen Interessenlage im Einzelfall nicht die ihm sonst zukommende Bedeutung haben kann. Dagegen darf die Doktrin des forum non conveniens nicht dazu verwandt werden, sich mit Zuständigkeiten abzufinden, die nicht nur in Ausnahmefällen unzumutbar sind.

1. Aus dem deutschsprachigen Schrifttum s. dazu die ausführliche Darstellung bei *Berger RabelsZ* 41 (1977), 39. Kritisch *Ferid*, Internationales Privatrecht, 1975, Rn. 1-135 f.

2. Auch im deutschen Recht finden sich Anklänge der Lehre vom forum non conveniens; s. *Luther* in Festschrift *Bosch*, 1976, S. 567.

a. Es wurde bereits erwähnt, daß die Staatsangehörigkeit der Parteien für die internationale Zuständigkeit zumindest insoweit keine Rolle spielt, als auch Angehörige anderer Staaten Gerichtsschutz erhalten (s. o. II 1 a). Demgegenüber geht es jetzt nicht um die Rolle des Klägers, sondern um die des Beklagten. Muß er sich auf einen Prozeß, der von einem Angehörigen des Gerichtsstaats angestrebt worden ist, auch dann einlassen, wenn das Gericht nicht zuständig wäre, sofern der Kläger eine andere Staatsangehörigkeit hätte? Weiter kann die Staatsangehörigkeit zu Lasten des Beklagten insoweit wichtig sein, als er es sich gefallen lassen muß, vor den Gerichten seines Heimatstaats auch dann verklagt zu werden, wenn der Rechtsstreit im übrigen keinen Bezug zu dem Gerichtsstaat hat (d.h. insbesondere, wenn der Beklagte dort keinen ständigen Aufenthalt hat). In diesem Zusammenhang spielt die Staatsangehörigkeit in einigen Rechtsordnungen durchaus noch eine Rolle.

Vor allem das französische Recht sieht vor, daß ein französischer Kläger auch dann vor französischen Gerichten klagen kann, wenn zwischen dem Prozeßgegenstand und der französischen Gerichtsbarkeit sonst kein Zusammenhang besteht (Art. 14 code civil); weiter kann ein Franzose jederzeit vor einem französischen Gericht verklagt werden (Art. 15 code civil). In dieselbe Richtung geht das italienische Recht. Art. 4 codice di procedura civile enthält zwar keine ausdrückliche dahingehende Aussage, wird aber von der Rechtsprechung dahingehend verstanden, daß ein italienischer Staatsangehöriger immer vor einem italienischen Gericht verklagt werden kann.¹ Dagegen sieht das italienische Recht nicht vor, daß ein Italiener immer vor einem italienischen Gericht klagen kann.

In den anderen berücksichtigten Rechtsordnungen sind keine vergleichbaren Bestimmungen enthalten. Insgesamt sieht es so aus, als ob eine allein auf die Staatsangehörigkeit einer Partei begründete internationale Zuständigkeit ihre besten Zeiten hinter sich hat. Das griechische Recht hat sich mit der 1968 erfolgten Reform seines Verfahrensrechts davon abgewandt und im EWG-Übereinkommen (Art. 3 Abs. 2) sind diese Gerichtsstände ausdrücklich ausgeschlossen worden, womit sie auch für das französische und das italienische Recht nurmehr solchen Personen gegenüber von Bedeutung sind, die ihren Wohnsitz in keinem der Vertragsstaaten haben (Art. 3 Abs. 1 – EWG-Übereinkommen). Rechtspolitisch ist diese Entwicklung zu begrüßen. Eine Partei kann sich von ihrer Heimatrechtsordnung so weit abgewandt haben, daß die Staatsangehörigkeit als letztes Relikt der Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung keinen ausreichenden Anknüpfungspunkt dafür darstellt, daß sich die Partei vor den Gerichten ihres Heimatstaats verteidigen muß. Erforderlich ist vielmehr, daß sich die Beziehungen der Partei zu der Rechtsordnung des Gerichtsstaats anderweitig als nur in der Staatsangehörigkeit konkretisieren. Die Staatsangehörigkeit ist für sich allein ohne Aussagekraft.

1. Corte di Cassazione, Urteil vom 21.3.1967, n. 265; aus dem Schrifttum s. *Andrioli*, *Lezioni di diritto processuale civile*, Bd. I, 1973, S. 95.

b. Im angloamerikanischen Recht spielt die in anderen Rechtsordnungen unbekanntes sog. 'transient rule' eine erhebliche Rolle. Danach kann jemand auch dann im Gerichtsstaat verklagt werden, wenn er sich dort nur vorübergehend aufhält (z.B. auf Urlaub oder auch nur auf der Durchreise). Ob der Rechtsstreit sonstige Beziehungen zum Gerichtsstaat aufweist, ist unerheblich. Daß bei einem derartigen System die Gefahr überfallartiger Klagen besteht, denen gegenüber sich der Geklagte schon deshalb nur unzureichend verteidigen kann, weil er auf den Prozeß nicht vorbereitet ist, liegt auf der Hand. Entwicklungsgeschichtlich dürfte sich die transient rule daher erklären, daß im angloamerikanischen Recht bis vor kurzem die physische Anwesenheit des Beklagten als unerläßliche Notwendigkeit zur Ausübung der Gerichtsgewalt angesehen wurde.¹ Sonstige Beziehungen des Rechtsstreits zur Rechtsordnung des Gerichtsstaats (z.B. Erfüllungsort, Ort der unerlaubten Handlung) reichten grundsätzlich nicht zur Begründung der internationalen Zuständigkeit aus. Angesichts dessen lag es nahe, die Anwesenheit des Beklagten auch dann als hinreichend anzusehen, wenn sie sich nicht in der Begründung eines Wohnsitzes oder eines ständigen Aufenthalts niederschlug. Andernfalls hätte der Kläger zu wenig Möglichkeiten für eine Durchsetzung seines Anspruchs gehabt.

Nachdem inzwischen auf Grund der sog. 'long arm statutes' in den meisten U.S.-Staaten die Möglichkeit besteht, auch einen Nichtanwesenden zu verklagen, sofern der Rechtsstreit hinreichende Bezugspunkte zur Rechtsordnung des Gerichtsstaats aufweist², darf vermutet werden, daß die transient rule von rückläufiger Bedeutung sein wird, was rechtspolitisch sicher positiv zu beurteilen wäre. Für den Beklagten ist es oft unzumutbar, sich auf einen Rechtsstreit nur deshalb einlassen zu müssen, weil er sich im Gerichtsstaat aufhält. Häufig wird er an den klägerischen Anspruch und die Möglichkeit eines Prozesses gar nicht gedacht haben (andernfalls hätte er vielleicht den Aufenthalt im Gerichtsstaat vermieden). Damit erhält das Verfahren einen überfallartigen Charakter. Aber auch für den Kläger ist die Anknüpfung der Zuständigkeit an die körperliche Anwesenheit des Beklagten unbefriedigend. Abgesehen davon, daß sich ein gewitzter Beklagter häufig fernhalten wird, ist es für den Kläger oft schwierig, von der vielleicht nur kurzfristigen Anwesenheit des Beklagten Kenntnis zu erhalten. Manche Chance wird deshalb ungenutzt bleiben. Sofern sich sonst anbietende Anknüpfungspunkte sinnvoll ausgenutzt werden, besteht kein Bedürfnis dafür den Beklagten nur deshalb verklagen zu können, weil er sich aus Gründen, die mit dem Rechtsstreit in der Regel nichts zu tun haben, im Gerichtsstaat aufhält.

c. Als letzter Gerichtsstand, bei dem die Gefahr einer zu weitgehenden Bejahung der internationalen Zuständigkeit besteht, ist noch der Gerichtsstand des Vermögens zu erwähnen, der außer im deutschen Recht (§ 23 ZPO) im österreichischen (§ 99 JN), im japanischen (Art. 8 CCP) und im amerikanischen Recht

1. *Casad* aaO S. 2.

2. S. dazu *Casad* aaO S. 2.

(‘Quasi-in-rem Zuständigkeit’, die jedoch durch den Wert der Vermögensgegenstände beschränkt wird¹) bekannt ist. Danach kann bei vermögensrechtlichen Ansprüchen im Inland geklagt werden, sofern der Beklagte hier Vermögen hat. Dieser Gerichtsstand des belegen Vermögens ist international äußerst umstritten.² Eine Rechtfertigung kann er allenfalls darin finden, daß die Rechtsverfolgung im Ausland für den Kläger so umständlich ist und häufig auch nicht zum Erfolg führt, daß eine Möglichkeit eröffnet werden muß, auf Inlandsvermögen zugreifen zu können. Damit sind zugleich die Grenzen abgesteckt, jenseits derer der Gerichtsstand des belegen Vermögens auf jeden Fall keine Existenzberechtigung hat. Wo auf Grund internationaler Abkommen eine Rechtsverfolgung im Ausland zu zumutbaren Bedingungen sichergestellt ist, besteht kein Anlaß, den Kläger dadurch zu begünstigen, daß er den Beklagten nur deshalb im Inland belangen kann, weil dieser hier zufällig Vermögen hat (darauf weist *Matscher* zutreffend unter A I 4 a des österreichischen Länderberichts hin). In diesem Sinne ist denn der Gerichtsstand des § 13 ZPO auch in Art. 3 Abs. 2 des EWG-Übereinkommens ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Nicht ganz so einfach fällt die Bewertung des Gerichtsstands des belegen Vermögens in Fällen, in denen es für den Kläger tatsächlich eine wesentliche Erschwerung darstellt, wenn er trotz Vorhandenseins von Vermögen des Beklagten im Inland darauf verwiesen wird, im Ausland zu klagen. Entgegen der von *Matscher* (aaO) vertretenen Auffassung meine ich, daß die Belegenheit von Vermögensgegenständen auch hier kein zweckmäßiger Anknüpfungspunkt zur Begründung der internationalen Zuständigkeit ist. Zu Recht wird in dem japanischen Länderbericht darauf hingewiesen, daß es häufig nichts mit dem Gegenstand des Rechtsstreits zu tun hat, wenn der Beklagte Inlandsvermögen hat.³ Ohne dieses Vermögen müßte der Kläger auch im Ausland klagen. Weshalb ihm das damit verbundene Risiko nur deshalb abgenommen werden soll, weil sich im Inland Vermögen findet, auf das zugegriffen werden kann, ist nicht ersichtlich. Dieses Vermögen ist für die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage genauso ein sachfremdes Kriterium wie die kurzfristige Anwesenheit des Beklagten im Gerichtsstaat. Anders mögen die Dinge dann liegen, wenn ein Vermögensbestandteil Gegenstand des Rechtsstreits ist oder doch wenigstens in engem Zusammenhang damit steht. Dieser Zusammenhang muß konkretisiert werden und kann dann durchaus zuständigkeitsrelevant sein (etwa beim Gerichtsstand des Erfüllungsorts). Die bloße Tatsache des Vorhandenseins von Vermögen ist dagegen ein zu undifferenzierter Maßstab.

d. Jede Zuständigkeitsordnung steht vor der Frage, ob und in welchem Umfang die Zuständigkeit durch Parteivereinbarung beeinflusst werden kann. Neben der positiven Begründung einer an sich nicht gegebenen Zuständigkeit (Prorogation)

1. S. *Berger* *RabelsZ* 41 (1977), 39, 46.

2. Kritisch insbesondere *Nadelmann* in *Twentieth century comparative and conflicts law*, 1961, S. 321, 328.

3. *Fujita* aaO S. 7 f.

spielt die Abbedingung einer im Gesetz vorgesehenen Zuständigkeit (Derogation) gerade bei der internationalen Zuständigkeit eine erhebliche Rolle. Soweit bei der Anerkennung von Gerichtsstandsvereinbarungen in den einzelnen Rechtsordnungen Einschränkungen gemacht werden, geschieht dies aus unterschiedlichen Erwägungen. Überwiegend geht es darum, den Beklagten dagegen zu schützen, sich vor einem für ihn unzumutbaren Gericht verteidigen zu müssen. Häufig werden die Grenzen aber auch im Interesse des Klägers gezogen, der die ihm zustehende Rechtsschutzmöglichkeit nicht verlieren soll.

aa. Übereinstimmung besteht in den behandelten Rechtsordnungen insoweit, als eine Gerichtsstandsvereinbarung nur in vermögensrechtlichen Streitigkeiten in Betracht kommt. Andere Rechtsstreitigkeiten (insbesondere Statussachen) werden als so wichtig angesehen, daß sie nicht Gegenstand von Parteivereinbarungen sein können. Im deutschen und im österreichischen Recht ist umstritten, ob die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung davon abhängt, daß der Rechtsstreit Inlandsbezug hat. Konkret gesprochen lautet die Frage etwa, ob für einen deutsch-jugoslawischen Liefervertrag die Zuständigkeit eines österreichischen Gerichts vereinbart werden kann, obwohl Österreich mit der ganzen Sache nichts zu tun hat. Die besseren Gründe sprechen dafür, eine solche Vereinbarung für wirksam zu halten. Zutreffend weist *Matscher* (aaO A I 3 b) darauf hin, daß das sich in einer solchen Wahl zeigende Vertrauen in die Objektivität der Rechtsprechung dieses Staates Schutz verdient. Das Gericht wird hier gewissermaßen als 'neutrales Gericht' tätig. Wollte man die Vereinbarung als unwirksam ansehen, so würde dies oft dazu führen, daß die Parteien in die Schiedsgerichtsbarkeit ausweichen.

bb. Recht unterschiedlich ist die Haltung der verschiedenen Rechtsordnungen in der Frage, inwieweit es einer Partei möglich ist, auf die an sich gegebene internationale Zuständigkeit zu verzichten (sei es, daß die Zuständigkeit nur abbedungen, sei es, daß eine anderweitige Zuständigkeit vereinbart und gleichzeitig die gesetzlich vorgesehene Zuständigkeit ausgeschlossen werden soll). Das Spektrum der eingeschlagenen Lösungswege ist sehr breit. Im italienischen Recht spielt auch hier die Staatsangehörigkeit eine Rolle: Nach Art. 2 codice di procedura civile kann die Unzuständigkeit eines italienischen Gerichts zugunsten eines ausländischen Gerichts nur dann vereinbart werden, wenn es sich entweder um einen schuldrechtlichen Streitfall zwischen Ausländern handelt, oder wenn eine Partei zwar Italiener ist, im Inland aber weder ihren Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ein in Italien ansässiger Italiener kann also die italienische Gerichtsbarkeit nicht abbedingen. Diese Regelung, die gegenüber den Vertragsstaaten des EWG-Übereinkommens ausdrücklich ausgeschlossen ist (Art. 3 Abs. 2 EWG-Übereinkommen) beruht erneut auf einer Überwertung der Staatsangehörigkeit. Wie schon in anderem Zusammenhang erwähnt wurde (s. o. II 1 a, II 2 a) ist die Staatsangehörigkeit kein für die Bestimmung der Zuständigkeit geeignetes Kriterium. Wie nah oder fern ein Rechtsstreit der Gerichtsbarkeit ei-

nes Landes steht, hängt nicht davon ab, welche Staatsangehörigkeit die Parteien (oder eine von ihnen) besitzen. Dies gilt auch bei der Bewertung von Gerichtsstandsvereinbarungen.

Verschiedene Rechtsordnungen machen die Wirksamkeit einer Abbedingung der Zuständigkeit ihrer Gerichte davon abhängig, daß die Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Staates vereinbart wird, und daß die Vereinbarung nach dem Recht dieses Staates wirksam ist; andernfalls bestehe überhaupt keine Rechtsschutzmöglichkeit, was als untragbar angesehen wird (Griechenland, Japan). Auf ähnlichen Überlegungen beruht es, wenn die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung davon abhängig gemacht wird, daß das ausländische Urteil nach dem Recht der 'abbedungen Gerichtsbarkeit' anerkannt wird (Griechenland); andernfalls besteht (wenn auch nur auf das Inland beschränkt) ebenfalls keine Rechtsschutzmöglichkeit. Rechtspolitisch ist dieser Ansatz (weniger die dabei erreichten praktischen Ergebnisse) fragwürdig. Da Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit ohnehin nur in Rechtsstreitigkeiten über dispositive Vermögensrechte in Betracht kommen (s. o. aa), muß es den Parteien grundsätzlich freistehen, auf Gerichtsschutz verzichten zu können: Wer ein Recht ganz aufgeben kann, muß als minus auch die gerichtliche Durchsetzbarkeit ausschließen können.

Gleichwohl liegt den hier abgelehnten Lösungen eine berechtigte Erwägung zugrunde. Auch wer dafür eintritt, daß über die Zuständigkeit frei disponiert werden kann, muß anerkennen, daß derartige Dispositionen häufig nicht im vollen Bewußtsein ihrer Tragweite getroffen werden. So wird sich eine Partei etwa häufig keine Gedanken darüber machen, ob das als zuständig vereinbarte Gericht auch bereit sein wird, den Rechtsstreit zu entscheiden; diese Bereitschaft wird als selbstverständlich unterstellt, weshalb Bedenken dagegen, sich auf die Abbedingung der an sich gegebenen Gerichtbarkeit einzulassen, gar nicht erst aufkommen. Welchen Preis die Partei für die Derogation bezahlt hat, sieht sie erst, wenn sie ihr Recht gerichtlich durchsetzen will und feststellen muß, daß sie sich 'zwischen alle Stühle gesetzt hat'. Das Beispiel zeigt, daß es weniger um das 'ob' der Parteiautonomie, als vielmehr darum geht, sicherzustellen, daß sich die Parteien der Tragweite ihrer Vereinbarung bewußt sind. Insbesondere die schwächere Partei muß dagegen geschützt werden, sich auf unüberlegte Derogationen einzulassen. Mit welchen Mitteln dieses Ziel erreicht werden kann, wirdt noch zu behandeln sein. Die völlige Verneinung jeder Dispositionsbefugnis geht auf jeden Fall zu weit.

Insgesamt dürften demnach die besseren Gründe dafür sprechen, es den Parteien freizustellen, eine gegebene Zuständigkeit unabhängig davon abbedingen zu können, ob gleichzeitig anderweitig vergleichbare Rechtsschutzmöglichkeiten vereinbart werden. Diese Lösung entspricht meines Erachtens dem deutschen Recht¹, wobei freilich auf die Diskrepanz hinzuweisen ist, die hier zwischen der

1. Im einzelnen ist hier freilich vieles umstritten; aus der Rechtsprechung, die die Wirksamkeit der ausschließlichen Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtsstands nicht davon abhängig

Verfügungsbefugnis über die örtliche und die internationale Zuständigkeit besteht. Während die örtliche Zuständigkeit im Interesse des Beklagten nur unter sehr engen Voraussetzungen abbedungen werden kann, bestehen bei der internationalen Zuständigkeit keine vergleichbaren Beschränkungen. Daß diese Regelung sinnvoll ist, wird sich schwerlich behaupten lassen.

Derzeit nur schwer zu beurteilen ist die Haltung des anglo-amerikanischen Rechts gegenüber einer Abbedingung der amerikanischen Gerichtsbarkeit. Während derartige Vereinbarungen noch bis vor kurzem als unwirksam angesehen wurden¹, ist durch die Entscheidung des Supreme Court im Fall *M/S Bremen and Unterweser Reederei v. Zapata* (1972) eine Neuorientierung erfolgt.² In dieser Entscheidung hat der Supreme Court die Abbedingung der amerikanischen Gerichtsbarkeit in einem deutsch-amerikanischen Rechtsstreit als wirksam angesehen (hervorzuheben ist noch, daß nicht etwa ein deutsches, sondern ein englisches Gericht als zuständig vereinbart worden war; dazu, daß die Wirksamkeit der Vereinbarung nicht davon abhängig gemacht werden sollte, daß die Heimatgerichtsbarkeit einer der Parteien vereinbart wird, s. o. *aa*). Über die Tragweite der neuen Weichenstellung kann derzeit noch keine endgültige Aussage gemacht werden. Zwar kann vermutet werden, daß das Urteil nicht nur von den Bundesgerichten, sondern auch von den Gerichten der Einzelstaaten befolgt werden wird³, doch bleiben insofern noch offene Fragen, als der Supreme Court betont, daß die Entscheidung dann anders ausgefallen wäre, wenn die amerikanische Partei dargelegt hätte, daß die Prozeßführung vor dem vereinbarten Gericht für sie erheblich schwieriger als für den Gegner vor dem amerikanischen Gericht ist; sofern die Prozeßführung in London für die amerikanische Partei so schwierig ist, daß nicht mehr von einem sinnvollen Rechtsschutz gesprochen werden könnte, währe die Gerichtsstandsklausel als unwirksam angesehen worden. Es wird sich zeigen müssen, wie diese einstweilen noch nicht näher präzisierten Einschränkungen in der Anerkennung einer Gerichtsstandsvereinbarung⁴ in Zukunft gehandhabt werden. Auf jeden Fall ist es zu begrüßen, daß die amerikanische Gerichtsbarkeit nicht mehr als jeder Parteivereinbarung entzogen angesehen wird.

cc. Es wurde bereits erwähnt, daß das Hauptproblem der Gerichtsstandsvereinbarung darin besteht, die Parteien davor zu schützen, unüberlegt Zuständigkeiten aufzugeben bzw. die Zuständigkeit eines Gerichts zu begründen, vor dem die Gegenpartei den Prozeß führen kann. Es geht darum, den Parteien die Tragweite

macht, daß die ausländische Entscheidung im Inland anerkannt wird, s. zuletzt vor allem BGH ZfP 88 (1975), 318. Das Schrifttum ist teilweise anderer Ansicht (*Rosenberg-Schwab* aaO §20 II 2; *Walchshöfer* ZfP 88 – 1975 – 321).

1. *Casad* aaO S. 5.

2. S. dazu *Casad* aaO S. 5 f. und aus dem deutschen Schrifttum die ausführliche Würdigung der Entscheidung durch *Behrens* *RabelsZ* 38 (1974), 590.

3. *Casad* aaO S. 6.

4. Sog. 'reasonableness'-Doktrin; s. dazu *Behrens* *RabelsZ* 38. (1974), 590, 601 ff.

der Vereinbarung klarzumachen. Nur wenn dies sichergestellt ist, bestehen keine Bedenken dagegen, die Vereinbarung als wirksam anzusehen.

In diesem Zusammenhang spielen zunächst die Anforderungen eine Rolle, die die einzelnen Rechtsordnungen stellen, um unabhängig vom Inhalt der konkreten Vereinbarung davon sprechen zu können, daß überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Schon hier werden erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen offenkundig. Es reicht an dieser Stelle aus, beispielhaft auf die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen hinzuweisen, bei denen ein wesentliches Problem ja ebenfalls darin besteht, daß der Kunde sie – aus was für Motiven auch immer (Unterschätzung ihrer Bedeutung, Gefühl der Aussichtslosigkeit eines Widerstands) – häufig mehr oder weniger unbesehen akzeptiert, ohne daß hinsichtlich der einzelnen Klauseln von einer wirklichen vertraglichen Einigung gesprochen werden kann. Je nachdem, wie streng die Anforderungen sind, die eine Rechtsordnung aufstellt, um allgemeine Geschäftsbedingungen zum Vertragsinhalt werden zu lassen, schlägt dies selbstverständlich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung durch, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist. Hierbei handelt es sich um kein spezifisches Problem der Gerichtsstandsvereinbarung, weshalb auf Einzelheiten hier nicht eingegangen zu werden braucht. Es kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, daß unerwünschte Gerichtsstandsvereinbarungen in allen Rechtsordnungen zum großen Teil schon in diesem Stadium des allgemeinen Vertragsrechts 'abgeblockt' werden.

Neben dem allgemeinen Vertragsrecht sehen verschiedene Rechtsordnungen noch weitere Voraussetzungen vor, die erfüllt sein müssen, um eine wirksame Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit annehmen zu können. Zu erwähnen ist vor allem, daß zumindest bei Gerichtsstandsvereinbarungen über zukünftige Streitigkeiten häufig Schriftlichkeit gefordert wird (Japan, Griechenland und mit Einschränkungen – schriftliche Bestätigung einer mündlich geschlossenen Vereinbarung genügt – auch das EWG-Übereinkommen). Andere Rechtsordnungen (Deutschland) lassen eine mündliche Vereinbarung genügen. Eine Stellungnahme dazu, ob Schriftlichkeit ein geeignetes Mittel zum Schutz vor unüberlegten Gerichtsstandsvereinbarungen ist, kann ohne umfangreiche rechtstatsächliche Untersuchungen nicht abgegeben werden. Nur als Vermutung sei darauf hingewiesen, daß speziell bei einem großen Machtgefälle zwischen den Parteien die schwächere Partei (und um deren Schutz geht es ja in erster Linie) die geforderte schriftliche Erklärung oft als notwendigen Bestandteil eines lästigen 'Papierkriegs', der zum Zustandekommen des Vertrags durchgestanden werden muß, abgeben wird, ohne die Bedeutung dieses Schritts zu erkennen.

Insgesamt dürfte das Hauptproblem von Parteidispositionen über die internationale Zuständigkeit darin bestehen, bei grundsätzlicher Anerkennung diesbezüglicher Vereinbarungen Kriterien zu entwickeln, die in weitestmöglichem Umfang sicherstellen, daß sich keine Partei leichtfertig ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten begibt. Eine überzeugende Lösung dieser schwierigen Aufgabe ist freilich, soweit ersichtlich, bisher nirgends gelungen.

II. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

Von besonderer Bedeutung für die Vermenschlichung der internationalen Rechtsverfolgung sind die Voraussetzungen, unter denen eine in einem Staat erstrittene Entscheidung in einem anderen Staat anerkannt wird (sei es, daß sie hier vollstreckt werden kann, sei es, daß sie in einem anderen Verfahren, in dem es ebenfalls auf die entschiedene Frage ankommt, ohne neue Überprüfung inhaltlich zugrundegelegt wird). Hier drohen gerade für eine in Rechtssachen wenig erfahrene Partei schwere Enttäuschungen, die das Vertrauen darin, im Ernstfall wirksamen Gerichtsschutz zu erhalten, erheblich erschüttern können. Es fällt schwer, einzusehen, daß der im Erkenntnisverfahren errungene Sieg letztlich wertlos sein soll. Andererseits muß jedoch auch der besonderen Situation insbesondere des im Ausland unterlegenen Beklagten Rechnung getragen werden. Vielleicht macht dieser geltend, das ausländische Verfahren sei so abgelaufen, daß er keine faire Chance gehabt habe. Ist das richtig, so liegt es nahe, daß wenigstens die Anerkennung der Entscheidung in einem anderen als dem Gerichtsstaat verhindert können werden muß. Im folgenden sind einige besonders wichtige Anerkennungsvoraussetzungen zu besprechen, die zwar international verbreitet sind, bei denen jedoch zumindest gefragt werden kann, ob hier nicht unzumutbare Hürden errichtet worden sind. Ausgangspunkt der Darstellung ist dabei die Auffassung, daß die Anerkennung eines fremden Urteils die Regel sein sollte. Eine Nichtanerkennung kommt nur bei Vorliegen besonderer Gründe in Betracht.

1. ERFORDERNIS DER GEGENSEITIGKEIT

Einige Rechtsordnungen machen die Anerkennung eines fremden Urteils davon abhängig, daß die Gegenseitigkeit verbürgt ist, dh. daß ein entsprechendes inländisches Urteil im Urteilsstaat anerkannt würde. Neben dem deutschen ist hier insbesondere das japanische und das österreichische Recht zu erwähnen. Weiter ist das Erfordernis der Gegenseitigkeit – wenn auch mit erheblichen Einschränkungen (die unterlegene Partei muß Amerikaner sein; außerdem ist die Rechtslage nicht in allen Bundesstaaten und für alle Urteilsinhalte gleich) – dem amerikanischen Recht bekannt. In anderen Staaten (Griechenland, Italien) hängt die Anerkennung eines ausländischen Urteils dagegen nicht davon ab, wie sich der Urteilsstaat zu einem Urteil des Zweitstaats stellen würde. In letzter Zeit häufen sicherfreudlicherweise die Stimmen, die dafür eintreten, daß die Anerkennung eines fremden Urteils nicht davon abhängig gemacht werden sollte, wie sich der fremde Staat seinerseits zu ausländischen Urteilen stellt.¹ Es steht zu hoffen, daß sich diese Erkenntnis auch in der Gesetzgebung der betroffenen Staaten Bahn bricht.

1. Aus dem deutschen Schrifttum s. etwa *Schröder Internationale Zuständigkeit*, 1971, S. 212, *Kegel aaO* S. 488.

Dabei ist anzuerkennen, daß das Erfordernis der Gegenseitigkeit ursprünglich auf eine Erleichterung der internationalen Rechtsverfolgung abzielte. Durch die Androhung der Nichtanerkennung ausländischer Urteile sollten andere Staaten dazu bewogen werden, ihrerseits die Anerkennung auszusprechen. Der eingeschlagene Weg führte jedoch deshalb nicht ans Ziel, weil sich andere Staaten auf denselben Standpunkt stellten, so daß häufig so etwas wie ein 'Anerkennungspatt' herausgekommen ist. Jeder erklärte sich bereit, den zweiten Schritt zu tun, aber niemand fing von sich aus damit an, auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit zu verzichten.

Für die Parteien hat all das den Charakter von Zufälligkeiten. Ob die Gegenseitigkeit verbürgt ist oder nicht, hat mit ihrem Rechtsstreit nichts zu tun. Auch die Schutzwürdigkeit der Position der obsiegenden Partei hängt davon in keiner Weise ab. Damit wird die Realisierbarkeit des Urteils zu keiner Rechts- sondern zu einer Glücksfrage. Wer Pech hat, muß das Urteil in einem Staat durchsetzen, zu dem die Gegenseitigkeit nicht garantiert ist. während in einem anderen, sozial, wirtschaftlich und von der Rechtsordnung her durchaus vergleichbarem Staat keinerlei Schwierigkeiten bestehen. Konkret gesprochen wird es kein deutscher Schuldner verstehen, weshalb zwar ein gegen ihn ergangenes französisches, nicht aber ein inhaltsgleiches schwedisches Urteil in Deutschland vollstreckt werden kann.¹

Vorstehende Ausführungen sollen nicht den Eindruck erwecken, als ob es bisher nie gelungen sei, mit Hilfe des Gegenseitigkeitsprinzips Urteilsanerkennungen zu erreichen, die andernfalls nicht durchzusetzen gewesen wären. Gemessen an den Auswirkungen des Gegenseitigkeitsprinzips als Anerkennungshindernis handelt es sich dabei jedoch um Ausnahmen. Insgesamt kann kein Zweifel daran bestehen, daß das Gegenseitigkeitsprinzip entgegen den von ihm verfolgten Intentionen dem Ziel einer weltweiten Anerkennung der Entscheidungen mehr geschadet als genützt hat.

Doch selbst wenn man die Dinge insoweit anders sehen wollte, müßte das Urteil über das Gegenseitigkeitsprinzip negativ ausfallen. Die konkrete Partei, die ihren Sieg im Erkenntnisverfahren durch Anerkennung des Urteils im Ausland realisieren will, wird wenig Verständnis dafür haben, daß ihr dies im Interesse eines vielleicht besseren morgen (bei dem es nicht mehr um ihre Interessen, sondern um die Interessen anderer Parteien geht) verwehrt ist. Die Partei hat Anspruch darauf, daß sie in der heutigen Situation eine interessengerechte Regelung vorfindet und braucht es nicht hinzunehmen, daß ihr Recht Dritten geopfert wird.

Ein weiteres kommt hinzu: Ob die Gegenseitigkeit verbürgt ist oder nicht, läßt sich nicht immer ohne weiteres mit einem klaren 'ja' oder 'nein' beantworten. Zumindest in Deutschland herrscht insoweit weitgehend erhebliche Rechtsunsicherheit, und zwar gilt dies nicht nur im Verhältnis zu 'exotischen' Staaten. Als

1. Im Verhältnis zu Frankreich wird von der Rechtsprechung für die meisten Fallgestaltungen die Verbürgung der Gegenseitigkeit bejaht (BGHZ 50, 100; 59, 116), während für Schweden anderes zu gelten hat (*Bülow-Arnold*, Internationaler Rechtsverkehr, 1960, E.V. 1, 973).

geradezu erschreckend muß es bezeichnet werden, daß die Rechtslage im Verhältnis zu den U.S.A. in einem führenden Kommentar zur Zivilprozeßordnung als weitgehend ungeklärt bezeichnet werden kann.¹ Bei diesem Stand der Dinge kommt der Versuch einer grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung einem Sprung ins Dunkle gleich.

All das ist nichts Neues. Das Unbehagen am Gegenseitigkeitserfordernis ist auch in den Staaten weitverbreitet, deren Rechtsordnungen bisher an diesem Erfordernis festhalten. Konkret äußert sich dieses Unbehagen darin, daß das Gegenseitigkeitserfordernis restriktiv ausgelegt wird. So versucht man etwa dadurch zu einer möglichst weitgehenden Anerkennung ausländischer Urteile zu gelangen, daß man weniger auf den konkreten Fall abstellt und fragt, wie die Dinge hier bei 'umgekehrten Vorzeichen' gelaufen wären, sondern generalisierend fragt, wie sich der fremde Staat ausländischen Urteilen gegenüber verhält. Damit werden einzelne Anerkennungshindernisse, die das Recht des Anerkennungsstaats nicht kennen, überspielt.² Andererseits läßt sich aber auch ein gegenläufiges Phänomen beobachten: Eine abwehrende Haltung gegenüber fremden Urteilen wird dann nicht als Anerkennungshindernis angesehen, wenn in Fällen wie dem konkret anstehenden ausländische Urteile anerkannt werden (z.B. Zahlungsklagen).³ All das sind sicher begrüßenswerte Versuche der Praxis, eine als unbefriedigend empfundene Situation zu entschärfen, doch können sie (abgesehen davon, daß sie erheblich zu der schon erwähnten Rechtsunsicherheit beigetragen haben) allenfalls eine Teillösung bedeuten, die nichts daran zu ändern vermag, daß zahlreiche Gläubiger aus nicht überzeugenden Gründen keine Chance haben, ihren auf dem Papier errungenen Sieg in die Wirklichkeit umzusetzen.

Es bleibt zu hoffen, daß die Staaten, die die Anerkennung ausländischer Urteile bisher von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängig machen, das damit angestrebte Ziel einer weltweit erleichterten internationalen Rechtsverfolgung in Zukunft auf anderem Wege anstreben. Vielleicht darf man in diesem Zusammenhang die inzwischen wohl gesicherte pädagogische Erkenntnis erwähnen, daß Erziehungserfolge weniger durch Ermahnungen und verbale Hinweise darauf, wie man sich verhalten soll, als vielmehr durch das Vorleben eines guten Beispiels erreicht werden.

2. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT DES URTEILSSTAATS

Nicht besser als mit dem Erfordernis der Verbürgung der Gegenseitigkeit ist es mit der für die Anerkennung eines ausländischen Urteils geforderten Notwendigkeit bestellt, daß der Urteilsstaat nach den Vorstellungen des Anerkennungsstaats für die Entscheidung des Rechtsstreits international zuständig gewesen

1. *Stein-Jonas-Schumann/Leipold*, ZPO, 19. Aufl. 1969, § 328 Bem. VII D; s. weiter *Wieczorek*, ZPO, 2. Aufl. 1976, § 328 Bem. E V b 'Vereinigte Staaten von Amerika'.

2. S. aus der deutschen Rechtsprechung BGHZ 42, 192, 197; 49, 50, 53; zu entsprechenden Tendenzen im japanischen Recht *Fujita* aaO S. 21 ff.

3. S. aus der deutschen Rechtsprechung BGHZ 50, 100, 103.

sein muß. Diese Voraussetzung für eine Anerkennung des Urteils findet sich im belgischen, deutschen, griechischen, italienischen und im japanischen Recht. Maßgeblich ist dabei das Recht des Anerkennungsstaates, was im Ergebnis nichts anderes bedeutet, als daß die obsiegende Partei zur vollen Realisierung ihres Erfolgs praktisch zwei die Zuständigkeit bejahende Entscheidungen erstreiten muß: Zunächst müssen die Gerichte des Urteilsstaats bereit sein, den Rechtsstreit zu entscheiden und anschließend muß die Zuständigkeitsfrage im Anerkennungsstaat nochmal im selben Sinne beantwortet werden.

Dieses Ergebnis ist verfehlt, was klar wird, wenn man sich vor Augen hält, was es bedeutet, wenn ein Staat ein fremdes Urteil 'anerkennt'. Damit erklärt sich der Anerkennungsstaat bereit, das fremde Urteil so hinzunehmen, wie es ist; ob der Rechtsstreit nach dem Recht des Anerkennungsstaats ebenso zu entscheiden wäre, spielt grundsätzlich keine Rolle (von graduellen Unterschieden – Stichwort: 'révision du fond' – kann hier abgesehen werden). Es ist jetzt schlicht unverständlich, weshalb das in der Bereitschaft zur Anerkennung zum Ausdruck kommende Vertrauen in die Rechtsprechung des Urteilsstaats nicht auch die Zuständigkeitsentscheidung umfassen soll. Zu einer anderen als der hier vertretenen Wertung könnte man nur dann kommen, wenn man die Bestimmungen über die internationale Zuständigkeit als Normen besonderer Qualität ansehen wollte, die im internationalen Rechtsverkehr ohne Einschränkungen durchgesetzt werden müßten. Ein derartiges Verständnis läßt sich jedoch sinnvollerweise nicht vertreten, was bedeutet, daß die Entscheidung über die Zuständigkeit grundsätzlich ebenso wie der sonstige Urteilsinhalt ohne erneute Nachprüfung hingenommen werden sollte.

Das bedeutet nicht, daß die Zuständigkeitsfrage im Anerkennungsstaat jeder Nachprüfung entzogen ist. In krassen Fällen kann und muß mit dem *ordre public* geholfen werden. Worum es nur geht, ist, daß die Entscheidung über die Zuständigkeit auf keiner anderen Ebene als der sonstige Urteilsinhalt anzusiedeln ist. Erfreulicherweise hat denn Art. 28 Abs. 3 EWG-Übereinkommen ausdrücklich ausgeschlossen, daß die Zuständigkeit des Urteilsstaats von Anerkennungsstaat nachgeprüft wird. Ob es freilich richtig war, insoweit auch eine Berufung auf den *ordre public* abzuschneiden (Art. 28 Abs. 3, 2. Halbsatz EWG-Übereinkommen), erscheint fraglich, ist im Hinblick auf die andernfalls befürchtete Umgehung des Nachprüfungsverbots aber verständlich. Es kommt hinzu, daß die Zuständigkeitsnormen der Vertragsstaaten bei Abschluß des EWG-Übereinkommens bekannt waren; soweit sie ausgeschlossen werden sollten, ist dies in Art. 3 Abs. 2 EWG-Übereinkommen geschehen, womit sichergestellt ist, daß es im Anerkennungsstadium bei normalem Lauf der Dinge zu gar keinem Konflikt mehr kommen kann. Im Verhältnis zu anderen Staaten bestehen diese Garantien nicht, weshalb auf die Notbremse des *ordre public* nicht verzichtet werden kann.

Die hier vertretene Auffassung scheint im wesentlichen mit dem angloamerikanischen Recht übereinzustimmen. In seinem Länderbericht bejaht *Casad* zwar die Frage, ob die Anerkennung des Urteils von der internationalen Zuständigkeit des die Entscheidung erlassenden Gerichts abhängt, doch ergeben die näheren

Ausführungen des Berichts¹, daß Maßstab für die Beantwortung der Frage nicht das amerikanische Recht, sondern 'international standards' sind, die ihrerseits wiederum im wesentlichen dem entsprechen, was das amerikanische Recht als Mindestanforderung an einen 'due process' stellt. Auf diesem Weg kann – was *Casad* (aaO) ausdrücklich betont – ein Urteil auch dann anerkannt werden, wenn das amerikanische Recht die Zuständigkeitsfrage anders beantwortet hätte.

3. ORDRE PUBLIC UND WAHRUNG DER MÖGLICHKEIT DER PARTEIEN ZUR GELTENDMACHUNG IHRES RECHTS

a. Die Anerkennung eines ausländischen Urteils kommt nur solange in Betracht, als das Urteil nicht gegen grundlegende Vorstellungen des Anerkennungsstaates verstößt. Kein Staat kann gehalten sein, eine Entscheidung durchzusetzen, die im Widerspruch zu seinen Grundlagen des Sitten- oder Rechtsverständnisses steht. Darüber, daß insoweit der Anerkennung Grenzen gesetzt sind, hat wohl zu allen Zeiten und in allen Staaten Einigkeit bestanden. Problematisch ist freilich auch immer gewesen, welcher praktischer Gebrauch vom *ordre public* gemacht wird. Angesichts der generalklauselartigen Weite der Begriffe, die zur Umschreibung des *ordre public* notwendigerweise verwendet werden müssen, ist es unvermeidbar, daß der der Rechtsprechung offenstehende Freiraum hier ungewöhnlich groß ist. Das hat zwar den unbestreitbaren Vorteil, daß Änderungen in der Bewertung der beteiligten Interessen ohne Schwierigkeiten berücksichtigt werden können, doch muß das mit dem hohen Preis starker Rechtsunsicherheit und vor allem der Gefahr einer kleinkarierten Verabsolutierung der eigenen Wertmaßstäbe erkauft werden. Diese Problematik des *ordre public* ist weltweit so bekannt, daß sie an dieser Stelle nicht näher dargelegt zu werden braucht.

Soweit in den Länderberichten darauf eingegangen wird, wird übereinstimmend betont, daß vom *ordre public* nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden darf.² Auch in internationalen Abkommen wird zusehends versucht, den *ordre public* zu entschärfen, um so sicherzustellen, daß das mit den Abkommen verfolgte Ziel einer Erleichterung der internationalen Rechtsverfolgung nicht wegen allzu 'großzügigen' Einsatzes des *ordre public* verfehlt wird. Als Beispiele kann auf den schon erwähnten Art. 28 Abs. 3 des EWG-Übereinkommens, wonach die Vorschriften über die Zuständigkeit nicht zum *ordre public* gehören, sowie auf Art. 2 Nr. 5 des Haager Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen gegenüber Kindern vom 15.4.1958 (es muß ein *offensichtlicher* Widerspruch zur öffentlichen Ordnung des Anerkennungsstaats vorliegen) verwiesen werden.

Ohne daß dies hier näher belegt werden könnte (dazu wären umfangreiche Untersuchungen über die Praxis aller Rechtsordnungen erforderlich), sei doch immerhin die Vermutung geäußert, daß die Praxis nicht immer dem theoretischen

1. *Casad* aaO S. 7 ff.

2. Boehlé, *Casad*, *Fujita* jeweils aaO.

Ausgangspunkt (= nur vorsichtiger Einsatz des *ordre public*) entspricht. Ähnlich wie im Wirtschaftsleben verbirgt sich hinter verbalen Bekenntnissen zu größtmöglicher Freiheit oft handfester Protektionismus, wenn auch anzuerkennen ist, daß in den meisten Staaten die praktische Bedeutung des *ordre public* in letzter Zeit zurückgegangen ist. Ein Patentrezept zur Stärkung dieses Trends bzw. gegen eine mögliche Trendwende gibt es nicht. Auch die Wissenschaft kann nicht mehr tun, als die Praxis sorgfältig zu beobachten und immer wieder zu fragen, ob es im Einzelfall wirklich unerträglich gewesen wäre, ein mittels *ordre public* abgewehrtes ausländisches Urteil anzuerkennen.

b. Die vom *ordre public* zu leistenden Aufgaben sind in den verschiedenen Rechtsordnungen deshalb unterschiedlich, weil in verschiedenen Staaten einzelne Fallgruppen 'ausgliedert' und damit verselbständigt worden sind, die in anderen Staaten zum *ordre public* gezählt werden. Hier sind insbesondere die Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Verfahrens zu erwähnen (vor allem die Gewährung des rechtlichen Gehörs). Während nach deutschem Recht die Anerkennung hier nur mittels des *ordre public* versagt werden kann¹, ist in anderen Ländern (Belgien, Griechenland) ausdrücklich vorgesehen, daß eine Anerkennung dann nicht in Betracht kommt, wenn das Recht der unterlegenen Partei zur Verteidigung nicht gewahrt worden ist. In der Sache ergeben sich kaum praktische Unterschiede. Unabhängig davon, welchen Weg die einzelne Rechtsordnung zur Lösung des Problems eingeschlagen hat, wird man mit *Matscher*² dafür eintreten müssen, daß die Anerkennung nur dann ausscheidet, wenn die unterlegene Partei in dem ausländischen Verfahren nicht alles versucht hat, um ein einwandfreies Verfahren zu erhalten.³

4. DAS VERFAHREN

a. Die Tatsache, daß ein ausländisches Urteil anerkannt wird, ist für sich allein noch keine ausreichende Garantie gegen unbefriedigende Einschränkungen bei der Durchsetzung des Urteils. Erforderlich ist vielmehr außerdem, daß die Anerkennung ohne ein umständliches und vielleicht auch teures Verfahren erreicht werden kann. Insoweit bestehen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen erhebliche Unterschiede. Während das deutsche Recht (abgesehen von Urteilen in Statussachen) die Anerkennung nicht davon abhängig macht, daß die Anerkennungsvoraussetzungen zunächst in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt werden⁴, muß in anderen Ländern meistens ein solches Verfahren durchgeführt

1. Darüber, daß die Nichtbeachtung grundlegender Verfahrensvorschriften eine Verletzung des deutschen *ordre public* bedeuten kann, besteht Einigkeit (s. *Wieczorek* aaO § 328 Bem. E IV b 2 mit Nachweisen zur Rechtsprechung; *Rosenberg-Schwab* aaO § 158 I 3 e; *Geimer* JZ 1969, 12).

2. AaO unter A III 2.

3. Ebenso vor allem *Geimer* JZ 1969, 12.

4. Ebenso wohl das griechische Recht, wo Art. 339 C. Pr. Civ. vorsieht, daß das ausländische Urteil 'ohne weiteres Rechtskraftwirkung im Inland' hat.

werden. Neben dem amerikanischen Recht, das davon ausgeht, daß das anzuerkennende Urteil für die obsiegende Partei ein Klagrecht begründet, das dann seinerseits gerichtlich durchgesetzt wird¹, sind vor allem das sog. Delibationsverfahren des italienischen Rechts sowie Art. 570 des belgischen C.J. zu erwähnen.² Auch wenn man anerkennt, daß es letztlich vielleicht weniger darum geht, ob überhaupt ein Verfahren gefordert wird, als vielmehr darum, was bejahendenfalls in einem solchen Verfahren geprüft wird (d.h. ob begründete Aussichten bestehen, diese Hürde sicher und schnell zu überspringen), dürften die besseren Gründe dafür sprechen, kein gerichtliches Anerkennungsverfahren zu verlangen. Auch ein Prozeß, in dem nur wenige Punkte zu prüfen sind, kostet die Partei Zeit und Geld.³ Damit soll nicht gesagt sein, daß keine Möglichkeit gegeben sein muß, über das Vorliegen der Anerkennungs Voraussetzungen eine gerichtliche Entscheidung erhalten zu können. Selbstverständlich muß sich insbesondere der verurteilte Schuldner gegen die Vollstreckung wehren können. Aber auch abgesehen davon muß ein Streit über das Vorliegen der Anerkennungs Voraussetzungen gerichtlich entschieden werden können. Worum es allein geht, ist die Frage, ob die vorherige Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens notwendige Voraussetzung für die Anerkennung ist.

Im EWG-Übereinkommen (Art. 26 Abs. 1) wird die Anerkennung ausdrücklich ohne Durchführung eines besonderen Verfahrens vorgesehen.

b. Wird ein gerichtliches Verfahren vor die Anerkennung geschaltet, so fragt sich weiter, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die Anerkennung ausgesprochen werden kann und insbesondere, ob das anzuerkennende Urteil inhaltlich nachgeprüft wird. Je weitgehender der Anerkennungsstaat das Urteil daraufhin kontrolliert, ob es im Inland inhaltlich ebenso ausgefallen wäre, um so mehr entfernt man sich von einer eigentlichen Anerkennung in Richtung auf eine Neuentscheidung hin. Die sog. *révision au fond*, derzufolge das Urteil in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht grundsätzlich unbeschränkt nachgeprüft wird, spielt heute erfreulicherweise keine große Rolle mehr. In Frankreich ist sie inzwischen von der Rechtsprechung aufgegeben worden und in Belgien, wo sie nach wie vor gültiges Recht ist (Art. 570 C.J.), gilt zumindest im Verhältnis zu den übrigen Vertragsstaaten des EWG-Übereinkommens, daß das Urteil inhaltlich nicht überprüft werden darf, sondern ohne weiteres anzuerkennen ist (Art. 29).

Im italienischen Recht ist eine inhaltliche Überprüfung des anzuerkennenden Urteils dann vorgesehen, wenn es sich um ein auf Säumnis der unterlegenen Partei beruhendes Urteil handelt oder wenn ein Wiederaufnahmegrund vorliegt (Art. 798 codice di procedura civile).⁴ Obwohl anzuerkennen ist, daß in diesen Fällen

1. *Casad* aaO S. 11 f.

2. Nach italienischem Recht ist das Delibationsverfahren im wesentlichen nur zur Vollstreckung des Urteils und nicht auch dann erforderlich, wenn der Inhalt der Entscheidung in einem anderen von präjudizieller Bedeutung ist (*Franchi* aaO S. 11 f).

3. Darauf weist zu Recht *Casad* aaO S. 11 hin.

4. S. *Franchi* aaO S. 11.

ein erhebliches Interesse an einer Nachprüfung der Entscheidung bestehen kann, erscheint es nicht zweckmäßig, hier unterschiedslos die Hauptsache zu kontrollieren. In krassen Fällen (insbesondere bei Säumnis der unterlegenen Partei kann es notwendig sein, daß wenn schon nicht der Urteils-, so wenigstens der Anerkennungsstaat die Partei schützt) kann und muß mit dem *ordre public* geholfen werden. Zu weit geht es aber, beispielsweise in allen Fällen einer Säumnis unwiderlegbar davon auszugehen, der unterlegenen Partei sei Unrecht widerfahren, gegen das sie durch Nachprüfung des gesamten Entscheidungsinhalts in Schutz genommen werden muß. Ein Versäumnisurteil kann im Einzelfall sehr wohl eine angemessene Reaktion auf das Ausbleiben der Partei in der mündlichen Verhandlung sein.

Insgesamt sollte das anzuerkennende Urteil im Urteilsstaat inhaltlich grundsätzlich nicht kontrolliert werden. Dies ist nicht nur der Standpunkt der Rechtsordnungen, die die Anerkennung nicht von der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens abhängig machen; auch im amerikanischen Recht, das über die Anerkennung auf Grund eines Prozesses entscheidet, hängt die Entscheidung nur davon ab, daß die eigentlichen Anerkennungsvoraussetzungen (internationale Zuständigkeit, Gegenseitigkeit, kein Verstoß gegen *ordre public* usw) erfüllt sind.¹ Ähnlich ist die Lage im japanischen Recht (Art. 515 CCP). Freilich kann man sich hier fragen, ob es dann noch zweckmäßig ist, die Anerkennung von der Durchführung eines Verfahrens abhängig zu machen, in dem es häufig kaum Punkte gibt, über die eine Entscheidung ergehen muß.

c. Eine besondere Interessenlage besteht in Statussachen. Soll hier keine unerträgliche Rechtsunsicherheit eintreten und insbesondere ausgeschlossen werden, daß verschiedene Behörden oder Gerichte des Anerkennungsstaats im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, so muß die Anerkennung eines ausländischen Urteils von einem jedermann leicht erkennbaren, formalisierten Akt abhängig gemacht werden. In diesem Sinn macht das deutsche Recht (das ja sonst kein Anerkennungsverfahren kennt, s.o. a) die Anerkennung davon abhängig, daß die Justizverwaltung festgestellt hat, daß die Entscheidung anzuerkennen ist (ähnlich das österreichische Recht; s. *Matscher* aaO unter A III 6). Bis zum Erlaß dieses Verwaltungsakts ist die Entscheidung im Bereich der Bundesrepublik Deutschland irrelevant (für das deutsche Recht sind z.B. die geschiedenen Ehegatten nach wie vor verheiratet), während anschließend die Wirksamkeit der Entscheidung auch im Anerkennungsstaat von niemandem mehr in Zweifel gezogen werden kann. Die Feststellung der Justizverwaltung, daß die Entscheidung anzuerkennen ist, hat (prozeßdogmatisch gesprochen) Tatbestandswirkung.

Von untergeordneter Bedeutung ist es, daß die erwähnte Feststellung als Verwaltungsakt und nicht als Urteil seitens eines unabhängigen Gerichts ergeht. Da dieser Verwaltungsakt gerichtlich überprüft werden kann, sofern eine Partei einen dahingehenden Antrag stellt, die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes durch

1. S. *Casad* aaO S. 11.

die Einschaltung einer Verwaltungsbehörde also nicht beschränkt wird, ergeben sich keine rechtsstaatlichen Bedenken. Für die Rechtssicherheit, um die es vor allem geht, ist es dagegen gleichgültig, ob die Anerkennung an einen Verwaltungsakt oder an ein Urteil anknüpft. Das Vorliegen des einen ist so leicht zu ermitteln wie das des anderen.

5. VOLLSTRECKUNG NICHTRECHTSKRÄFTIGER ENTSCHEIDUNGEN

Ein großer Fortschritt des EWG-Übereinkommens liegt darin, daß es auch die Vollstreckung noch nichtrechtskräftiger Entscheidungen ermöglicht. Nach Art. 25 EWG-Übereinkommen können auch Beschlüsse (insbesondere im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes, s. Art. 24 EWG-Übereinkommen) und Vollstreckungsbefehle vollstreckt werden und Art. 39 EWG-Übereinkommen geht davon aus, daß die Anfechtbarkeit eines Urteils mit einem Rechtsmittel nichts daran ändert, daß das Urteil in allen Vertragsstaaten vollstreckt werden kann; dabei wird nur die (für den Schuldner freilich wichtige) Einschränkung gemacht, daß die Vollstreckung nicht zur Befriedigung des Gläubigers, sondern nur zu seiner Sicherung führen darf. Auch nach dem Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen gegenüber Kindern können unter gewissen Voraussetzungen noch nicht rechtskräftige Entscheidungen vollstreckt werden (Art. 2 Nr. 3).

Demgegenüber verlangen die meisten autonomen Rechte, daß die zu vollstreckende Entscheidung nach dem Recht des Urteilsstaats rechtskräftig ist (Belgien, Deutschland, Griechenland, Italien, Österreich). Auch die meisten bilateralen Vollstreckungsverträge enthalten eine dahingehende Regelung. Bei der in einigen Ländern festzustellenden langen Dauer des Verfahrens (und insbesondere auch der Rechtsmittelverfahren) kann dies für den Gläubiger eine schwer hinnehmbare Erschwerung der Rechtsverfolgung sein. Insbesondere in Fallgruppen, in denen der Gläubiger typischerweise auf den schnellen Eingang der geschuldeten Leistung angewiesen ist (Unterhalt, Schadensersatz bei Unfällen) kann sich das Erfordernis der Rechtskraft des zu vollstreckenden Urteils geradezu als Rechtsschutzverweigerung auswirken. Ausländische Urteile sollten deshalb in der Regel unter denselben Voraussetzungen wie inländische Entscheidungen vollstreckt werden können. *Matscher* (aaO unter III 3) betont freilich zu Recht, daß sichergestellt sein muß, daß der Schuldner bei Aufhebung der vollstreckten Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz die beigetriebene Leistung vom Gläubiger zurückerstattet erhält. Rechtstechnisch läßt sich dies dadurch leicht erreichen, daß der Gläubiger auf Antrag des Schuldners in der aufhebenden Entscheidung zur Rückerstattung verurteilt wird; diese Verurteilung kann dann ihrerseits im Erststaat vollstreckt werden.

Ähnliche Probleme wie bei der Vollstreckung nichtrechtskräftiger Urteile stellen sich im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes (Arrest, einstweilige Verfügung). Auch hier ist es so, daß die meisten autonomen Rechte und bilateralen Abkommen keine Vollstreckungsmöglichkeit eröffnen, während das EWG-

Übereinkommen auch insoweit neue Wege beschreitet. Da einstweiliger Rechtsschutz ohnehin nur dann gewährt wird, wenn besondere Eilbedürftigkeit gegeben ist, geht es hier noch weniger als bei einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil an, den Gläubiger auf eine endgültige Entscheidung des Rechtsstreits in der Hauptsache zu verweisen.

III. Einzelfragen des Verfahrens in Rechtssachen mit Auslandsbeziehung

1. KOSTENMÄßIGE ERSCHWERUNG DER RECHTSVERFOLGUNG

Die in letzter Zeit in den meisten Ländern geführte Diskussion um die Kostenbarrieren bei der Rechtsverfolgung hat auch einen internationalprozeßrechtlichen Aspekt. In zweierlei Hinsicht werden Ausländer kostenrechtlich häufig schlechter als Inländer gestellt. Zum einen müssen ausländische Kläger vielfach dem Beklagten für die Prozeßkosten Sicherheit leisten und zum anderen sind sie bei der Gewährung des Armenrechts benachteiligt.

a. Nach dem autonomen Recht von Belgien, Deutschland und Österreich ist ein ausländischer Kläger grundsätzlich verpflichtet, dem Beklagten Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten. Diese Regelung beruht auf der Überlegung, daß sich der Beklagte bei Abweisung der Klage schwer tun kann, seinen Kostenerstattungsanspruch gegen den Kläger durchzusetzen. Auch wenn man anerkennt, daß eine dahingehende Regelung grundsätzlich sinnvoll ist, muß doch die konkrete Ausgestaltung der Ausländersicherheit in verschiedener Hinsicht als mißlungen bezeichnet werden. Zunächst ist es verfehlt, an die Staatsangehörigkeit des Klägers statt an seinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt anzuknüpfen. Die Schwierigkeiten bei der Realisierung des Kostenerstattungsanspruchs rühren nicht daher, daß er sich gegen einen Ausländer richtet, sondern daß er im Ausland durchgesetzt werden muß. Ist die letztgenannte Voraussetzung erfüllt, so ist die Sicherheitsleistung unabhängig davon sinnvoll, welche Staatsangehörigkeit der Kläger hat. Die zweite schwache Stelle der geltenden Regelungen der Ausländersicherheit besteht darin, daß die Pflicht zur Sicherheitsleistung entfällt, sofern ein Inländer bei einer Klage im Heimatland des Klägers ebenfalls keine Sicherheit zu leisten braucht. Der Zweck der Sicherheitsleistung besteht darin, den Beklagten vor Schwierigkeiten bei der Verwirklichung seines Kostenerstattungsanspruchs zu bewahren. Dieser Schutz wird nicht dadurch überflüssig, daß ein inländischer Kläger im Ausland Rechtsschutz ohne vorherige Sicherheitsleistung erhält.¹

In internationalen Abkommen wird die Pflicht zur Sicherheitsleistung häufig

1. Zutreffend *Matscher* aaO S. 14 f.

ausgeschlossen. So vor allem in Art. 17 des Haager Übereinkommens über den Zivilprozeß vom 1. März 1954. Das ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, doch muß man sich vor Augen halten, daß dadurch die Verteidigung des inländischen Beklagten entscheidend erschwert werden kann. Der Fortfall der Pflicht zur Sicherheitsleistung muß deshalb Hand in Hand mit einem Ausbau der Vollstreckungsmöglichkeiten für Kostenentscheidungen gehen. Nur wenn der Beklagte darauf vertrauen darf, seinen Kostenerstattungsanspruch im Ausland realisieren zu können, kann es ihm zugemutet werden, sich ohne Sicherheitsleistung auf den Prozeß einlassen zu müssen.

b. Eine weitere kostenmäßige Benachteiligung der ausländischen Partei liegt in manchen Rechtsordnungen darin, daß die Partei entweder überhaupt keinen Anspruch auf Gewährung des Armenrechts hat (Belgien) oder die Gewährung des Armenrechts doch davon abhängt, daß die Gegenseitigkeit verbürgt ist (Deutschland, Griechenland, Österreich). Zwar wird die praktische Bedeutung dieser Beschränkungen dadurch erheblich eingeschränkt, daß internationale Abkommen häufig ausdrücklich vorsehen, daß die ausländische Partei unter denselben Voraussetzungen wie eine inländische Partei Anspruch auf Armenrechtsgewährung hat (hervorzuheben ist wieder besonders das Haager Übereinkommen vom 1. März 1954 – Art. 20), doch liegt darin allenfalls ein gradueller Trost. Es sollte zum Minimalbestand einer jeden rechtsstaatlichen Ordnung gehören, daß auch eine arme Partei Rechtsschutz erhält und die dafür erforderlichen Kosten von der Allgemeinheit getragen werden. Notwendige Bestandteile der Rechtsstaatlichkeit dürfen aber nicht Gegenstand eines Handels sein, und zwar gilt dies auch dann, wenn damit ein anderer Staat zur Respektierung eben dieses Minimalstandards gebracht werden soll.

2. SPRACHLICHE UND RECHTLICHE VERSTÄNDIGUNGSPROBLEME

Ein gerade für das Thema dieses Kongresses außerordentlich wichtiges Problem sind die Verständigungsschwierigkeiten, mit denen jede Partei zu kämpfen hat, die in einem ihr fremden Land gerichtlichen Rechtsschutz sucht. Dabei ist nicht nur an die Sprache, sondern mindestens ebensowohl daran zu denken, daß die ausländische Partei in der Regel mit der Rechtsordnung des Gerichtsstaats nicht vertraut ist. In der Praxis kann das dazu führen, daß die Partei das Verfahren als einen von ihr unbeherrschbaren und für sie auch nicht verständlichen Mechanismus empfindet, dem sie hilflos ausgeliefert ist. Daß dies zu einer Vermenschlichung des Gerichtsverfahrens in unversöhnlichem Gegensatz steht, bedarf keiner näheren Darlegung.

Über den Ausgangspunkt dürfte Einigkeit bestehe, doch ist damit deswegen nicht viel geholfen, weil kaum eine Möglichkeit der Abhilfe ersichtlich ist. Auch wenn man der ausländischen Partei großzügig Dolmetscher zur Verfügung stellt und versucht, ihr das Verfahren insgesamt verständlich zu machen, so daß sie das Verfahren wirklich aktiv mitgestalten kann und nicht nur passiv in der Hoffnung

erdulden muß, es werde schon irgendwie gutgehen, wird es nie gelingen, eine wirkliche Chancengleichheit zu erreichen und vor allem der ausländischen Partei das Gefühl einer solchen Chancengleichheit zu geben. Organisatorische Mittel wie etwa die Konzentration aller in einem Gericht anfallenden Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsberührung bei einem Spruchkörper (bei einigen Gerichten in Deutschland sind solche Ausländerkammern gebildet worden¹) mögen nützlich sein; als Lösung des Problems können (und wollen) sie nicht angesehen werden. Dazu sind die Schwierigkeiten, die sich ergeben, zu vielfältig. Damit wird es das Schicksal einer grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung bleiben, mit noch mehr Mißtrauen konfrontiert zu werden, als es ohnehin allem entgegengebracht wird, was mit staatlichen Gerichten zu tun hat.

Bezeichnend für die Unlösbarkeit des auf der Hand liegenden angesprochenen Problems ist es, daß in keinem der Länderberichte Lösungswege angeboten werden. Auch für den hier vorgelegten Bericht gilt nichts anderes. Letzlich kommt es wohl vor allem darauf an, daß sich jeder Richter und Anwalt der Schwierigkeiten bewußt ist und daraus die Konsequenzen zieht, daß eine ausländische Partei oft mehr Aufwand an Zeit, Kraft und Geduld als der 'Normalkunde' erfordert.

3. SÄUMNISVERFAHREN

Eines der Hauptprobleme des internationalen Prozeßrechts besteht darin, wann gegen den im Ausland wohnhaften Beklagten eine Versäumnisentscheidung ergehen kann bzw. wann die Partei als säumig anzusehen ist und daraus ihr nachteilige Rechtsfolgen zu ziehen sind.² Hier bestehen offenkundig enge Zusammenhänge mit den Zustellungsvorschriften: Solange nicht sichergestellt ist, daß alles geschehen ist, den Beklagten davon in Kenntnis zu setzen, daß gegen ihn ein Verfahren anhängig ist, dürfen zu seinen Lasten keine irreparablen Konsequenzen gezogen werden. Insoweit dürfte Einigkeit bestehen, doch beginnen damit die Schwierigkeiten erst. Da jeder Staat das Verfahren auch dann irgendwie weiterführen muß, wenn er den Beklagten trotz aller Anstrengungen nicht auffindig machen kann, muß die Grenze bestimmt werden, bis zu der Beklagte gesucht wird und jenseits derer er als säumig anzusehen ist. Hier bestehen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen erhebliche Unterschiede, die vor allem die Frage betreffen, wann die Zustellung als bewirkt anzusehen ist. Während das deutsche Recht ein schriftliches Zeugnis über die erfolgte Zustellung der der damit ersuchten Behörde (d.h. der zuständigen Behörde des fremden Staates oder der dort tätigen deutschen diplomatischen Vertretung, § 199 ZPO) verlangt (§ 201 Abs. 2 ZPO), begnügt sich das belgische Recht damit, daß im Inland der letzte für die Zustellung erforderliche Akt vorgenommen worden ist (Art. 40 Abs. 1 S. 2 C.J.); ob das Schriftstück den Empfänger tatsächlich erreicht hat, ist für den

1. S. dazu *Luther* ReblsZ 37 (1973), 660.

2. S. zum folgenden insbesondere *Linke*, Die Versäumnisentscheidungen im deutschen, österreichischen, belgischen und englischen Recht. Ihre Anerkennung und Vollstreckungserklärung, 1972.

Fortgang des Verfahrens in Belgien grundsätzlich unerheblich. Ähnlich ist die Regelung im griechischen Recht: Zustellung an den Staatsanwalt bei dem Prozeßgericht; dieser hat das Schriftstück zwar über den griechischen Außenminister an den Adressaten weiterzuleiten, doch gilt die Zustellung schon mit Übergabe an den Staatsanwalt als bewirkt (Art. 135, 137 C. Pr. Civ.). Einen Mittelweg geht das italienische Recht, das zwar ebenfalls an die Erfüllung der in Italien vorzunehmenden Formalitäten anknüpft, aber noch 20 Tage zugibt; erst mit deren Ablauf gilt die Zustellung als bewirkt (Art. 143 Abs. 3 c.p.c.).

Es ist also sehr wohl möglich, daß das Verfahren einen Fortgang nimmt, ohne daß der Beklagte von der Klage überhaupt Kenntnis erlangt hat. Interessant ist jetzt die Einstellung der verschiedenen Rechtsordnungen zu Urteilen, die in derartigen Fällen gegen den Beklagten ergehen. Obwohl nach den meisten Rechtsordnungen gegen den Beklagten eine Entscheidung ergehen kann, ohne daß diesem die Klage zugestellt worden sein muß, wird die Kenntnis von der Klage andererseits doch (zu Recht) für so wichtig erachtet, daß ein ausländisches Urteil, das auf diese Weise zustande gekommen ist, im Inland oft nicht anerkannt wird. Für die Anerkennung wird vielmehr gefordert, daß die Klage in Person zugestellt worden ist (§ 328 Abs. 1 Nr 2 deutsche ZPO; ähnlich Art. 200 Nr. 2 jap. CCP¹). Andere Länder, die keine vergleichbare ausdrückliche Bestimmung kennen, lehnen die Anerkennung ausländischer Versäumnisentscheidungen häufig durch Anwendung generalklauselartiger Vorbehalte (nicht ausreichende Wahrung der Rechte der Verteidigung; so z.B. Belgien, Griechenland) ab. Das Unbehagen, das sich darin gegen ein allzu schneidiges Vorgehen gegen den Beklagten äußert, sollte schon an früherer Stelle durchschlagen, d.h. es sollte mehr als bisher sichergestellt werden, daß nur dann ein Versäumnisurteil ergehen kann, wenn der Beklagte von der Klage effektiv Kenntnis erhalten hat. Ausnahmen davon sind sicher unerläßlich, doch dürfen sie grundsätzlich gegenüber einem ausländischen Beklagten nicht weiter sein, als wenn ein Angehöriger des Urteilsstaats verklagt wird.

Voraussetzung für eine in diese Richtung zielende Lösung ist freilich eine weitere Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit, d.h. daß vor allem die Bereitschaft gestärkt wird, für ausländische Verfahren 'Hilfsdienste' zu leisten. Dabei geht es zumindest bei der Zustellung weniger darum, daß diese Bereitschaft bisher gefehlt hätte, als vielmehr darum, daß die Hilfe in so umständlichen Formen geleistet wurde, daß es dem Urteilsstaat im Interesse des rechtssuchenden Klägers nicht zugemutet werden konnte, mit der Fortführung des Verfahrens solange zu warten, bis die Klage tatsächlich den Adressaten erreicht hat. Wird die Möglichkeit einer Zustellung im Ausland erleichtert, so entschärft sich dadurch das Problem einer Anerkennung von Versäumnisentscheidungen weitgehend. Das Haager Übereinkommen über den Zivilprozeß von 1954 hat insofern erhebliche Fortschritte gebracht; insbesondere ist die in Art. 1 Abs. 4 vorge-

1. Unbefriedigend ist es freilich, wenn in beiden Bestimmungen auf die Staatsangehörigkeit des Beklagten abgestellt und nur der inländische Beklagte geschützt wird. Ein vor einem französischen Gericht verurteilter Belgier, gegen den in Deutschland vollstreckt werden soll, ist nicht weniger schutzwürdig als ein Deutscher.

sehene Möglichkeit einer Vereinbarung zwischen zwei Vertragsstaaten, die Zustellung im unmittelbaren Verkehr der Behörden zuzulassen, zu erwähnen. Von dieser Möglichkeit ist erfreulicherweise auch reger Gebrauch gemacht worden. Auch in anderen Abkommen ist versucht worden, das Verfahren unter Wahrung der Interessen des Beklagten an einer wirksamen Verteidigungsmöglichkeit durch Verbesserung des Zustellungswesens voranzutreiben. Daß man das Problem bisher gleichwohl nicht im Griff hat, beweisen die zahlreichen einschlägigen Fälle, mit denen sich die Rechtsprechung in allen Staaten immer wieder beschäftigen muß.

Schlussbemerkung

Aus den vorstehenden Überlegungen kann nicht ohne weiteres eine zusammenfassende Beurteilung über den derzeitigen Stand des internationalen Prozeßrechts und über das Maß gezogen werden, in dem die besondere menschliche Situation einer Partei berücksichtigt wird, die gezwungen ist, im Ausland Rechtsschutz zu suchen. Zweifelsohne hat sich die Lage in den letzten Jahrzehnten verbessert. Insbesondere die zahlreichen internationalen Abkommen haben dazu beigetragen, daß eine grenzüberschreitende Rechtsverfolgung heute nicht mehr ein Unternehmen ist, das von vornherein kaum Erfolgsaussichten besitzt und auf das man sich deshalb besser gar nicht erst einläßt. Andererseits bringt gerade diese Erleichterung der internationalen Rechtsverfolgung Schwierigkeiten mit sich. Prozesse, die früher nicht geführt worden sind, werden heute riskiert, wodurch die Partei erst mit all den Problemen konfrontiert wird, die ein im Ausland zu führender Rechtsstreit mit sich bringt. Die mit einer Liberalisierung gegenüber bisher Außenstehenden verbundene Öffnung beinhaltet immer die Gefahr einer Enttäuschung. Im Arbeits- und Wirtschaftsleben sind wir uns dessen vor allem im Gefolge der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer bewußt geworden. Die dabei aufgetretenen Schwierigkeiten haben im Bereich der internationalen Rechtsverfolgung durchaus Parallelen. So wie es nicht damit getan ist, einem ausländischen Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zu verschaffen, so muß auch der ausländische Rechtsschutzsuchende mit der Rechtsordnung, auf die er in seinem Prozeß angewiesen ist, vertraut gemacht werden. Er muß verstehen, warum das Verfahren so und nicht anders abläuft und weshalb die Entscheidung in dem getroffenen (ihm vielleicht ungünstigen) Sinne ausgefallen ist. Gelingt es nicht, dieses Verständnis zu vermitteln, so wird die internationale Rechtsverfolgung immer im Geruch des Unberechenbaren, Zufälligen stehen und damit ihr eigentliches Ziel der Stärkung einer vertrauensvollen internationalen Zusammenarbeit verfehlen.

INTERNATIONAL LAW OF PROCEDURE

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. W. GRUNSKY

(Bielefeld)

1. As far as international jurisdiction is concerned it has to be considered that
 - a. on the one hand the plaintiff has the possibility to achieve legal protection under reasonable circumstances and
 - b. on the other hand that the defendant is not obliged to litigate in a court that for him is gravely inconvenient.
2. The international jurisdiction should depend neither on the nationality of the plaintiff nor on that of the defendant. An efficient system of international competence should be based upon other criterias as for example domicile of the defendant (in special cases the one of the plaintiff), place of performance of a contract, or place of commission of a tort. Short term physical presence of the defendant or his property of his own being situated in the forum state are no appropriate criterias. Besides international jurisdiction is not dependent on the recognition of the judgment abroad, neither in pecuniary nor in matrimonial cases.
3. Prorogation and derogation agreements should be valid in principle but attention has to be given so that the parties realize the consequences of their agreement. It must be doubted that appropriate protection of the economically inferior party, can be attained simply by the written requirement.
4. In principle, foreign judgments (with or without *res judicata* effect) should be recognized. The refusal of recognition has to be the exception, which is to be justified by the special interests of the parties concerned. Recognition should depend on neither reciprocity nor the international jurisdiction of the court rendering the judgment. Strong public policy is indispensable to limit recognition, but it has to be used only in real exceptional cases.
5. A special recognition procedure is not useful. It's sufficient that the party who contradicts the recognition can get legal protection. The foreign judgment should in no case be reexamined concerning the main issue.

W. GRUNSKY

6. A special situation exists in matrimonial cases. Only the institution of a separate (legal or administrative) procedure guarantees the indispensable uniformity in judging the existence of marriage.

7. There is no acceptable reason to disadvantage foreign parties in matters of legal aid or guarantee for the legal costs but it has to be ascertained that the defendant has fair possibilities to realize his demand for reimbursement of expenses abroad.

8. A judgment by default may be rendered against a foreign party if action is timely moved on, so that the defendant doesn't risk loss of defensive measures.

**L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE
EN DROIT JUDICIAIRE**

EVIDENCE IN THE PROCEDURE

PROF. DR. G. A. MICHELI

(Roma)

PROF. DR. M. TARUFFO

(Pavia)

1. Aux rapporteurs généraux sont parvenus les rapports nationaux de l'Allemagne, de l'Afrique du Sud, de l'Australie, de la Belgique, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, de l'Italie, du Japon, de la Pologne.

Ces rapports offrent un panorama assez complet des différents systèmes probatoires dans les divers procès civils; plusieurs d'entre eux, et en particulier les rapports polonais, allemand et australien, sont surtout basés sur le droit comparé, et se réfèrent soit au système socialiste, soit au système de la *common law* qui est alors opposé à celui de la *civil law*.

Même ainsi limités ces rapports nationaux présentent une utilité certaine en ce qu'ils font apparaître les divergences et les correspondances des moyens de preuve et de leur administration dans des systèmes différents, qui correspondent à des idéologies parfois opposées (voir, par exemple, les principes fondamentaux de la preuve dans les Pays socialistes).

Il convient d'autre part de souligner que le domaine des preuves et de leur administration dans le procès civil n'a pas été modifié de façon radicale, même dans les lois de procédure (comme, par exemple, les lois française, belge et grèque), qui ont fait l'objet de réformes récentes. Il apparaît ainsi que la tradition de la logique formelle, qui influence certainement la conception de la preuve et de son administration dans le procès, n'a pas encore disparu, même si se manifeste partout clairement le désir de faire apparaître, au cours du procès civil, la vérité «essentielle», plutôt qu'une vérité «formelle» – c'est à dire limitée par des règles juridiques déterminant les moyens d'établir l'exactitude des faits du litige.

Que l'on ne se méprenne pas cependant: l'existence de si nombreuses règles portant sur les moyens de preuve et sur leur efficacité à emporter la conviction du juge, s'expliquait autrefois par la méfiance, qui n'était pas toujours fondée, des particuliers à l'égard du juge. D'où la prolifération, particulièrement dans le droit du Moyen Age, et ensuite jusqu'au début du XIXe siècle, des règles basées sur l'expérience (ou considérées comme telles) qui limitaient de différentes façons le choix des moyens de preuve (par ex. le témoignage) et la liberté laissée au juge d'en apprécier la valeur.

Aujourd'hui l'affirmation du principe selon lequel le pouvoir de juridiction est une des fonctions de l'Etat moderne a entraîné une diminution, sinon la disparition, de la méfiance à l'égard du juge, pour autant que les juges offrent toutes les garanties d'indépendance et d'autonomie qui seules peuvent assurer les parties de leur impartialité.

Toutefois on peut dire que, dans les Etats de droit modernes, ces objectifs sont atteints par la création de tribunaux qui, déjà sur le plan constitutionnel, garantissent au mieux leur impartialité et leur indépendance de jugement. De sorte que toute la théorie moderne de la preuve se réduit à la question suivante: comment aider le juge par des règles préconstituées à se faire une conviction de la manière la plus libre tout en assurant aux parties la possibilité d'exercer un certain contrôle sur la façon dont cette conviction s'est formée.

Il faut donc à cet égard considérer non seulement les moyens de conviction que les systèmes probatoires actuels offrent au juge, même par rapport à l'évolution

des technologies modernes, mais aussi les possibilités que ces systèmes donnent aux parties pour contrôler le procédé par lequel cette conviction s'est formée. En un mot, un système probatoire ne saurait être dissocié du respect du droit de défense en justice, et de son corollaire, le principe contradictoire.

2. En général, les rapports nationaux examinent la plupart – sinon la totalité – des points indiqués, mais ils ne mettent pas toujours (sauf le rapport italien) en relief la valeur essentielle du principe contradictoire, en tant qu'instrument fondamental dans la formation de la conviction du juge. Sur ce point, toutefois, des différences de perspective commencent à se dessiner.

Alors qu'en général on souligne que le procès civil doit tendre à l'établissement de la vérité essentielle ou objective, les rapports sud-africain et australien – qui reflètent des conceptions anglo-saxonnes – mettent quant à eux en évidence que le procès civil – à la différence du procès criminel – est un combat entre les parties devant un juge qui est un tiers impartial: c'est à dire que tout le fardeau de la preuve repose sur les parties elles mêmes.

Parmi les moyens de preuve, on souligne la prééminence de la preuve testimoniale, entendue dans son sens le plus large, c'est à dire comme étant une déclaration en justice portant sur les faits du litige, et provenant soit des parties, soit d'un tiers qui a connu les faits directement ou qui peut donner au juge des éléments utiles à leur appréciation, grâce à ses connaissances techniques spécifiques (et donc pas uniquement juridiques).

Il en résulte une première différence fondamentale entre le procès civil de la *common law* et celui des Pays de *civil law*, tant de l'aire occidentale que de l'aire socialiste.

Dans le premier système, l'objet du procès naît non seulement des demandes des parties, mais aussi du procès lui-même, c'est à dire du déroulement du *trial* devant le juge, ou même des procédures de *pretrial*, qui devraient abrégier le procès, ou au moins devraient servir à la mise au point et à la simplification des termes du litige, et par conséquent de l'objet de la contestation devant le juge.

Cette technique empirique de détermination des demandes opposées, par le biais de l'administration des divers moyens de preuve, et surtout du témoignage (entendu dans le sens large indiqué ci-dessus) donne une valeur particulière à la façon dont on établit une preuve au cours du procès: il s'agit du mécanisme de la *cross examination*, inconnu dans les Pays de *civil law*. Dans ce dernier système, ce sont uniquement les demandes et les exceptions des parties qui déterminent ce qui doit faire l'objet d'une preuve. D'où il résulte, quant à la pertinence et à l'efficacité des preuves, un formalisme plus strict par rapport aux prétentions et aux demandes des parties. Tout ceci influence fortement la valeur des divers moyens de preuve et la formation de la conviction du juge par rapport à toute demande introduite.

Ces distinctions sont essentielles, soit pour comprendre les différences relatives aux procédés logiques suivant lesquels le juge arrive à sa conviction dans les deux systèmes, soit pour comprendre les différences de réglementation positive des moyens de preuve et de leur administration.

3. Parvenus à ce point, il nous faut nous arrêter sur un autre problème fondamental, à savoir le rôle du juge par rapport à la preuve. Dans les systèmes de *common law*, l'instruction est essentiellement laissée à l'initiative des parties, même en ce qui concerne l'administration des moyens de preuve. D'autre part, il faut souligner que le juge peut souvent ordonner la production des pièces nécessaires à son appréciation, et ceci dans une mesure beaucoup plus large que dans les procès de l'Europe continentale.

En Europe occidentale on constate néanmoins une tendance toujours plus nette à reconnaître au juge un rôle plus actif dans l'élaboration des preuves, bien que celui-ci doive toujours être limité par la demande des parties. Ce qui ne signifie pas qu'on ait adopté un système inquisitoire (comme on on le soutient souvent par erreur), mais seulement qu'on a donné au juge des pouvoirs suffisants pour rechercher la vérité, sans porter atteinte aux droits souverains des parties, ni à leur position juridique. Il en résulte que là où le droit subjectif est limité par la prééminence de l'intérêt public (matières impératives), le juge peut se voir accorder des pouvoirs inquisitoires, non seulement quant à la preuve, mais pour tout ce qui concerne la détermination de l'objet du litige (comme par ex, en matière gracieuse, *et similia*).

Ces principes valent également – ainsi qu'il ressort du rapport polonais – dans les Pays socialistes, où le rôle actif du juge dans l'élaboration de la preuve semble affirmé avec plus de force, bien qu'il reste toujours dans une position subordonnée et destinée à favoriser l'intégration de l'activité insuffisante des parties. De toute façon, même dans ces Pays, les pouvoirs dont dispose le juge pour ordonner des mesures d'instruction sont considérés comme essentiels à la recherche de la vérité objective, sans que pour autant le procès ne devienne vraiment inquisitoire.

Les droits subjectifs des particuliers ne devraient donc pas se transformer en simples intérêts indirectement protégés par la loi; c'est pourquoi l'initiative de s'en remettre à justice appartient toujours aux particuliers eux-mêmes. Mais, une fois qu'ils ont pris cette initiative, le rôle du juge est, comme on a vu, fort différent selon les divers systèmes; en effet, tandis que dans les Pays occidentaux on donne au juge des pouvoirs – plus ou moins larges – destinés à compenser l'insuffisance des parties dans l'élaboration des preuves, au contraire, dans les systèmes de *common law* le juge est (en principe) indifférent, comme un tiers impartial, même s'il a des pouvoirs très efficaces lui permettant d'acquérir certaines preuves détenues par les parties ou par des tiers.

4. Il faut nécessairement tenir compte de toutes ces prémisses, si on veut esquisser un tableau réaliste des moyens de preuve et de leur administration dans le procès civil. Cela vaut également à l'égard de la preuve testimoniale qui, comme on l'a dit, est considérée comme le moyen de preuve par excellence dans les systèmes de *common law* (quoique dans le sens large indiqué au no. 2), et qui, de toute façon, est d'un usage fréquent partout, même si dans certains Pays – comme en Espagne, en France et en Italie –, ainsi que dans l'aire socialiste, soient toujours en vigueur des

règles limitant la preuve par témoins, soit par rapport à la preuve écrite, soit par rapport aux actes juridiques qu'il faut établir par écrit.

De là un certain formalisme, soit dans l'administration de la preuve testimoniale, soit dans les conditions auxquelles la preuve testimoniale est admise, cette preuve étant admise dans tous les Pays occidentaux, y compris les pays socialistes. Même à cet égard la persistance de certaines règles probatoires préconstituées, autrefois très nombreuses dans le procès romano canonique, est évidente; elles subsistent, encore qu'avec certaines atténuations (voir les artt. 2721–2726 du code civil italien). En effet, on reconnaît de plus en plus au juge un pouvoir de libre appréciation de toutes les preuves; cette évolution est due à la confiance accrue envers le juge en tant qu'organe autonome, et indépendant des autres pouvoirs de l'Etat.

5. Comme on l'a vu (no. 2), on peut expliquer les différentes notions du «témoignage» qui existent dans les Pays de *common law* et de *civil law*, en examinant les diverses attitudes du juge à l'égard des résultats des débats au cours du procès. En effet, dans les systèmes de *civil law* (y compris ceux des Pays socialistes), on définit le témoignage comme étant une déclaration de vérité faite par un tiers au procès, connaissant directement (ou par ouï-dire) des faits et des circonstances permettant l'établissement des faits en cause; dans les systèmes de *common law*, au contraire, on définit le témoignage comme étant une déclaration portant sur la connaissance des faits, même lorsqu'elle est faite par une partie, ou par un tiers qui ne connaît pas directement les faits, mais qui fait état de son expérience technique, laquelle permet de connaître et d'évaluer les faits.

Dans les Pays de *civil law*, comme d'ailleurs dans les Pays socialistes, on envisage l'interrogatoire des parties comme une mesure d'instruction distincte du témoignage, et on présume que les parties sont plus crédibles lorsqu'elles déclarent des faits qui leur sont défavorables. En effet, la forme typique de collaboration des parties à la recherche de la vérité devrait être l'aveu, puisque il contient une «*contra se pronuntiatio*», dont la nature juridique est encore très débattue en doctrine: on se demande si l'aveu doit être considéré comme un acte de disposition du droit, puisque la partie qui avoue peut déclarer des faits faux contraires à son intérêt, ou comme une manifestation de la vérité.

La différence fondamentale qui existe entre l'interrogatoire libre d'une partie (lorsqu'on ne vise pas à obtenir un aveu) et l'aveu proprement dit, est que les résultats du premier sont librement appréciés par le juge, tandis qu'en général l'aveu vaut comme «*preuve légale*», c'est à dire qu'il n'est pas librement apprécié par le juge (à moins que la partie ne déclare, en même temps que des faits contraires à son intérêt, des faits qui lui sont favorables).

Le rapport polonais contient cette remarque intéressante que, dans la doctrine soviétique, on discute beaucoup de la nature de l'interrogatoire des parties puis-
 précie par le juge (à moins que la partie ne déclare, en même temps que des faits ve, mais plutôt comme une façon d'affirmer une prétention, qui donc a besoin d'être appuyée par d'autres preuves. En réalité, le juge est libre de déduire de la

comparution personnelle des parties des éléments de preuve pouvant former sa conviction quant aux faits, qui contribuent – mais qui en principe ne suffisent pas – à déterminer cette conviction sans équivoque.

Même l'attitude des parties est, selon la conception moderne de la preuve, un élément sur lequel le juge peut baser sa conviction; elle peut tout au moins donner au juge des indices utiles, soit à l'établissement, soit à l'évaluation des faits du litige. L'attitude des parties peut en effet contribuer, dans des mesures diverses, à la démonstration du bien-fondé des affirmations des parties, et de la crédibilité des autres moyens de preuve. Elle devient donc une source de conviction du juge, qui peut en tirer des indices et des éléments de preuve contribuant à former sa conviction morale. Il s'agit d'une importante démarche dans le sens d'une conception non formaliste de la libre conviction du juge, lequel n'est pas lié par des règles juridiques préconstituées et échappant à son appréciation souveraine. Il s'agit, en un mot, d'un hommage à la liberté de conviction du juge et, d'un autre côté, de la reconnaissance de la liberté du choix, par le juge lui-même, des sources de sa conviction.

6. Dans ce domaine on n'a pas, toutefois, constaté de progrès décisifs, car il subsiste – avec plus ou moins d'intensité – une limite: celle qui dérive du principe selon lequel seuls certains *types* de moyens de preuve sont admis (c'est-à-dire que les moyens de preuve sont réglés séparément par la loi); cette limite semble plus étroite dans les systèmes de *civil law*, qu'ils soient occidentaux ou socialistes. En d'autres termes, la liberté du juge de choisir ses sources de conviction est limitée, même là où il a le pouvoir d'établir la preuve d'office. Cette limite est une conséquence de l'énumération, établie par la loi, des modes de preuve, et de la réglementation légale de leur efficacité (voir, par ex., les rapports espagnol et belge).

Les informations utiles à l'établissement des faits du litige, sont donc obtenues, dans les procès de *civil law* par la déclaration testimoniale d'un tiers, par la déclaration d'une des parties, ou encore par la déclaration de l'expert qui a des connaissances techniques (en principe extra-juridiques) spécifiques, grâce auxquelles il peut apporter au procès une expérience qualifiée et donc utile au juge qui doit se prononcer soit sur l'existence, soit sur la valeur des faits invoqués.

Plusieurs rapports comprennent des remarques très intéressantes à ce sujet. La différence essentielle entre les systèmes de *common law*, et ceux de *civil law* y apparaît avec évidence. Dans le premier de ces systèmes, l'expert est toujours considéré comme un témoin, de sorte que la définition du témoignage y est beaucoup plus souple et plus étendue que dans le second, où il faut, au contraire, bien distinguer le témoin de l'expert, dont l'expérience doit être apportée au juge. Dans certains cas, et pour certaines matières, l'expert est même intégré au tribunal, lorsque ses connaissances techniques sont essentielles au jugement. En principe, toutefois, l'expert (ou le technicien) se borne à donner au juge son «avis», c'est-à-dire une opinion technique sur laquelle le juge peut fonder sa conviction concernant les faits du litige. L'avis est en principe rédigé par écrit, dans un rapport, auquel des explications orales peuvent être jointes.

Tous ces éléments peuvent apporter au juge des éléments utiles, relatifs à l'objet du litige, grâce auxquels il agira en amiable compositeur pour aboutir à la solution du litige, ou pour se former une conviction et donc prononcer le jugement litisdécisoire

Il existe donc, dans chacun de ces systèmes, une notion particulière de la fonction qu'on assigne à l'expert, et de l'administration de l'expertise. Cette notion peut par ailleurs présenter dans chacun de ces systèmes des variations dues à l'existence de plusieurs «type» d'expertise.

Le cas le plus simple est celui du technicien intégré au tribunal, mais ce cas ne se présente pas souvent, et il faut même se demander si l'idée courante d'expertise s'applique encore à ce cas (il faudrait plutôt parler de juridictions spécialisées). Dans les autres cas, l'exigence d'un établissement impartial de la vérité est plus sévère et les parties participent de plus près aux opérations d'expertise.

Dans les systèmes de *common law*, l'*expert witness* est traditionnellement, en tant que témoin, l'expert d'une des parties; par conséquent, son avis résulte du cross examination, et chaque expert est appelé à soutenir les thèses de sa partie. Même s'il s'agit d'une méthode strictement liée à la structure fondamentale de l'*adversary system*, on peut douter qu'elle donne au juge un avis technique clair, impartial, et donc probablement plus véridique. D'où l'introduction, par exemple dans les normes fédérales aux Etats Unis, d'exceptions au principe traditionnel de la passivité du juge, pour lui permettre de désigner d'office des experts indépendants (qui restent toutefois témoins en tant que soumis à la *cross-examination*), occupant une position d'impartialité et d'objectivité vis-à-vis parties.

Dans les systèmes de *civil law*, l'expert est mal défini si on le considère comme un «auxiliaire du juge». On le qualifie mieux du point de vue de ce qu'il apporte au déroulement du procès. Cet apport est souvent strictement limité aux connaissances de fait, spécifiques ou générales, dont le juge a besoin. Ce point est bien clair dans le rapport allemand; le rapport polonais précise dans la même ligne que, dans le procès socialiste, l'expert ne peut même pas être considéré comme un véritable «auxiliaire» du juge.

Même s'il ne s'agit pas d'une opinion généralement accueillie (voir le rapport espagnol), l'idée du technicien apportant au procès des connaissances de fait est un point important dans la définition de l'expertise. Certes, on maintient la distinction – souvent rappelée – entre expert et témoin (même s'il y a plusieurs cas de «témoin-expert» qui rappellent l'*expert witness* anglo-américain). Toutefois, cela n'empêche pas que l'expertise soit qualifiée de moyen de preuve, puisque il s'agit d'une méthode permettant d'acquérir des connaissances de fait, plutôt que d'une forme de «participation au jugement».

On atteint dans ce sens deux résultats considérables: d'une part, l'appréciation de l'expertise par le juge ne dépend que de sa libre conviction; d'autre part, le principe contradictoire s'applique même à propos de l'expertise dans l'administration de la preuve.

7. Grâce à l'évolution technologique, un répertoire toujours plus vaste d'instru-

ments et de techniques d'enquête et de documentation est mis à la disposition de la justice; les problèmes que posent leur utilisation comme moyens de preuve sont nombreux.

Le rythme d'adaptation du droit est beaucoup plus lent, en particulier dans ce domaine, que l'évolution des phénomènes; c'est pourquoi on est obligé, comme on peut le lire dans les rapports nationaux, de se risquer à des interprétations particulièrement délicates.

Dans ce domaine, il faut établir une distinction fondamentale entre les techniques de présentation et documentation portant sur des faits ou des déclarations, et les techniques d'enquête portant sur des connaissances que les moyens de preuve ordinaires ne peuvent établir.

Les premières techniques sont nombreuses, souvent très sophistiquées; ayant une fonction unique dans le procès, elles peuvent être considérées dans une seule perspective. La photographie, l'enregistrement sur bandes magnétiques, le cinéma, le vidéo-tape, etc., représentent toujours des faits ou des déclarations (ou mieux, sont des objets aptes à représenter des faits ou des déclarations). On peut donc dire que ces objets (la photographie, la bande ou le film) sont des moyens de preuve, parce qu'ils font connaître ce qu'ils représentent. Plus particulièrement, on peut parler de preuves par documents, puisque l'objet représentatif documente sur ce qu'il représente; l'idée courante de document s'en trouve élargie, ainsi que le soulignent plusieurs rapports nationaux.

Plus proprement encore, il faut parler de *documents reproductifs*, parce que leur contenu reproduit – dans les limites et selon les modalités typiques à chacune de ces techniques – la nature réelle du fait représenté.

L'utilisation de ces documents dans le procès pose de nombreux problèmes quant à leur admission, leur véracité et leur efficacité en tant que preuves.

Les documents reproductifs sont généralement admis comme moyens de preuve: en effet plusieurs pays (la Pologne, la Grèce, l'Allemagne, l'Italie) prévoient expressément la possibilité de leur emploi dans le procès. On perçoit également une tendance à introduire des normes *ad hoc* dans les systèmes où elles n'existent pas encore.

Le vrai problème n'est donc pas d'établir si ces documents sont admis en principe, mais de savoir s'il y a des limites à leur admission. Le rapport japonais (entièrement consacré aux enregistrements sonores) approfondit ce problème, mais on peut à ce propos trouver des idées intéressantes dans les autres rapports également. L'utilisation de documents reproductifs est essentiellement limitée, d'une part par le fait que leur emploi ne peut porter atteinte aux droits fondamentaux de l'homme; d'autre part, par l'interdiction de violer, par des enregistrements, le «*privacy*» individuel ou le secret professionnel. A ce point de vue se pose également le problème des enregistrements effectués à l'insu de l'intéressé, ainsi que la question plus générale – que les rapports nationaux n'affrontent pas – de l'utilisation des preuves illégalement obtenues.

En général, l'admission de la preuve dépend du contenu de l'enregistrement, c'est à dire qu'il est admis pour démontrer des faits ou des déclarations qu'on

peut prouver au procès, c.à.d. lorsqu'il n'existe aucune règle d'exclusion de la preuve, fondée soit sur la nature particulière de son objet (limites du *privacy* ou de la protection des droits de l'homme), soit sur la nécessité de moyens de preuve spécifiques (comme par ex. quand la loi exige la preuve écrite du contrat).

D'un autre côté, il faut exclure la production des pièces reproductives lorsqu'elles sont utilisées en vue d'éluder les règles relatives aux modes de preuve. Si, par exemple, la loi prévoit que le témoin doit être interrogé par le juge en présence des parties (comme dans la *civil law*), ou par les parties en présence du juge (comme dans la *common law*), la production d'une bande enregistrée contenant les déclarations d'un témoin ne peut remplacer la preuve testimoniale: il s'agirait, en effet, d'un témoignage acquis en violation des principes qui gouvernent l'administration de la preuve par témoins. A cet égard, le rapport japonais précise que l'enregistrement de déclarations testimoniales hors du procès peut être utilisé pour remplacer l'interrogation du témoin par le juge, mais seulement comme moyen de contrôle de la véracité des déclarations du témoin, ou comme moyen de preuve subsidiaire, ou encore comme preuve «in futurum».

Il faut donc distinguer les cas où le document reproductif constitue un moyen de preuve proprement dit (par ex. la photographie), des cas où il est seulement une façon différente d'acquérir d'autres preuves (par ex. l'enregistrement de déclarations testimoniales hors du procès). Dans le premier cas, ces limites résultent des règles d'exclusion de la preuve portant sur des matières particulières; dans le deuxième, de la nécessité de procédures particulières, prévues par la loi, portant sur certains modes de preuve.

Dans les divers systèmes, la véracité et l'efficacité des documents reproductifs dépend essentiellement de l'analogie que – à tort ou à raison – on établit entre ces documents et des documents privés. Il existe cependant des exceptions, comme dans le procès allemand où le §419 ZPO prévoit que la valeur de ces documents doivent être déterminée par le juge dans le cadre de sa liberté d'appréciation des preuves, ou encore dans les systèmes socialistes (à l'exception du système polonais), qui ne contiennent aucune réglementation spécifique.

Mais l'analogie avec les documents privés n'a pas pour conséquence que les documents reproductifs soient tous traités de manière uniforme dans les divers systèmes: par exemple, dans le procès italien, si l'autre partie ne la conteste pas, la reproduction prouve les faits représentés (art. 2712 code civil); dans d'autres pays de *civil law* la pièce reproductrice est dépourvue d'efficacité propre (voir le rapport espagnol), ou bien il s'agit d'une efficacité qu'on peut contester par des preuves contraires.

Dans les systèmes de *common law*, la notion de document comprend aussi la catégorie des pièces reproductives, auxquelles on applique – par conséquent – les règles générales sur la preuve par documents: le document reproductif devient donc à son tour l'objet de preuves orales (*proof of execution, confirmation*), à moins que l'autre partie ne fasse une *admission* sur la véracité et sur les modalités d'exécution du document.

Les conclusions qu'on peut tirer de systèmes aussi différents sont inévitable-

ment très vagues, en raison même de l'extrême variété des orientations quant aux problèmes posés. Il faut constater, en réalité, que presque partout l'attention à cet égard est encore insuffisante, ce qui est dû sans doute à l'absence d'une définition correcte de tels documents. Même l'analogie avec les documents privés semble entraver plus qu'elle ne facilite toute évolution.

8. Les techniques de recherche qui n'aboutissent pas à la création de documents reproductifs peuvent être considérées dans une perspective unique, puisque dans le procès civil elles apportent la connaissance directe de faits qui ne peuvent être établis directement au moyen de preuves ordinaires. Il ne s'agit donc pas de techniques de documentation, mais de méthodes de connaissance pour lesquelles manquent aussi bien une réglementation spécifique, que la nécessité d'appliquer des méthodes de recherche scientifique très sophistiquées. Cette catégorie comprend la narco-analyse, le *lie-detector*, le *blood-test*, l'analyse spectroscopique, et en général tous les procédés de recherche chimique, physique, biologique, etc., susceptibles d'apporter des éléments utiles à la détermination des faits litigieux.

Quant à l'emploi des preuves scientifiques dans le procès civil, les problèmes les plus importants surgissent à propos de leur admission en tant que moyens de preuve, et à propos de l'évaluation des résultats qu'elles donnent, en particulier s'il s'agit de procédés dont la validité n'est pas certaine au point de vue scientifique.

En ce qui concerne l'admission de telles preuves, il semble, d'après les rapports nationaux, que leur utilisation soit généralement admise, bien que leur emploi ne soit pas expressément réglé par la loi, et ceci en complément des moyens de preuve ordinaires. D'autre part, on remarque que, dans la plupart des cas, les preuves scientifiques sont employées par un expert, étant des procédés de recherche dont il a besoin pour formuler son avis. Dans ce cas, il n'y a pas de véritable problème d'admission de ces preuves, car il ne s'agit plus que d'évaluer les résultats de l'expertise.

Mais, même quand la preuve scientifique est un moyen de preuve autonome, le véritable problème est celui de l'appréciation de ses résultats, plutôt que de son admission au procès. Dans ce domaine, le seul problème décisif qui se pose n'est pas dû au caractère «atypique» de telles preuves, mais au fait qu'elles ne peuvent porter atteinte à des valeurs fondamentales, supérieures à l'établissement de la vérité. Parmi ces valeurs, il faut mettre au premier plan les droits inaliénables de la personne humaine, et en particulier, le droit à l'intégrité morale, qui sont les limites que ne peuvent franchir les analyses faites en vue de l'obtention d'éléments de preuve.

Il en résulte que la preuve qui porte atteinte à ces droits est illicite et inadmissible: la dégradation de l'homme au simple objet d'expériences doit en effet être exclue, quelle qu'en soit l'efficacité. A ce propos on peut rappeler que l'interdiction de la torture ne dérive pas de son inefficacité en tant que moyen de preuve, mais du fait qu'elle est une atteinte considérable aux droits de la personne humaine. Toutefois, le rapport australien souligne que dans quelques systèmes de *common*

law, l'emploi de l'hypnose, de la narco-analyse et du *lie-detector* est controversé en raison uniquement de leur crédibilité insuffisante.

Presque tous les rapports nationaux mentionnent que les droits fondamentaux de l'homme limitent l'admission des preuves scientifiques; ils expriment un sentiment général d'exclusion de la narco-analyse et du *lie-detector*; il y a toutefois des cas où on admet l'emploi de ce dernier, comme dans certaines législations des Etats nord-américains.

Les rapports japonais et polonais posent néanmoins la question de l'admission de ces procédés lorsque l'intéressé y consent: la réponse doit quand même être négative, soit parce que le consentement n'exclut pas l'atteinte à l'intégrité morale de l'individu, soit parce que le consentement peut avoir été extorqué par violence morale.

Le cas des recherches médicales et biologiques qui ne posent pas de tels problèmes est tout-à-fait différent; c'est le cas par exemple pour le *blood-test*, que certains pays admettent expressément pour établir la paternité. Dans ces cas il n'existe aucune atteinte aux droits de la personne, et il s'agit de méthodes acceptées par la conscience commune; le seul problème qui subsiste est qu'on ne peut forcer personne à se soumettre à l'analyse: par conséquent, elle est admise seulement moyennant le libre consentement de l'intéressé (voir par ex. les rapports belge et australien).

Quant à l'efficacité de ces preuves, le problème principal concerne leur évaluation, particulièrement quand elles ne sont pas «certaines» selon le niveau actuel des connaissances scientifiques. Les rapports nationaux n'analysent pas ce problème en détail; ils se bornent à suggérer que le manque de certitude scientifique n'est pas une raison en soi pour refuser a priori l'utilisation de ces preuves, et remarquent que, de toute façon, le juge peut recourir à un expert à cet égard.

Ces remarques sont fondées, mais il faut souligner qu'elles ne donnent pas une réponse satisfaisante. Il faut par exemple rappeler que l'efficacité d'une preuve scientifique dépend surtout de la valeur du procédé par lequel elle apparaît, c'est-à-dire que la preuve ne peut pas être efficace, s'il subsiste un doute quant à la valeur scientifique de la méthode employée dans chaque cas particulier. Il faut à ce propos observer qu'en principe ni la preuve scientifique ni ses résultats n'offrent de certitude absolue: il faut alors distinguer le cas où la science n'arrive pas à établir une preuve suffisamment crédible, et le cas où son résultat est nécessairement exprimé en termes de probabilité. Dans le premier cas l'incertitude de la science implique un obstacle à l'utilisation de la preuve; dans le deuxième on peut l'utiliser si la probabilité des faits qu'elle démontre est suffisante.

Il faut en outre considérer, d'un point de vue différent, que l'intervention d'un technicien peut être indispensable à l'évaluation des preuves scientifiques, chaque fois que le juge n'a pas lui-même les connaissances nécessaires, mais cela ne résout pas le problème pour autant. L'extrême variété des solutions quant au rôle de l'expert dans le procès civil (voir le no. 6) empêche de tirer des conclusions précises dans ce domaine.

L'impression qu'on dégage des rapports nationaux est que l'état de ces pro-

blèmes, dans les systèmes normatifs des différents pays aussi bien que dans la science juridique, est insuffisamment mûri: l'exigence de la vérité dans le procès pousse évidemment à l'utilisation plus large des preuves scientifiques, mais les droits de de la personne humaine limitent cette utilisation, et la nécessité d'un véritable contrôle sur l'emploi de ces preuves demande qu'on médite sérieusement les modalités de leur utilisation dans le procès civil.

9. Au point de vue du système probatoire, le problème de l'accès des parties à la justice est celui de leurs droits vis-à-vis des preuves: on peut distinguer parmi ces droits deux catégories générales, dont la première concerne le droit des parties à la preuve en tant qu'expression du droit d'action et de défense, et la deuxième le droit de participer à la formation et à l'administration des preuves en tant qu'expression du principe contradictoire.

Les rapports nationaux permettent de constater une évolution de ces droits qui s'amplifient; toutefois cette évolution atteint des niveaux divers dans les différents systèmes; en outre, il y a à cet égard, dans un même système, plus ou moins d'intensité selon qu'il s'agit du droit à la preuve ou du droit à l'administration contradictoire de la preuve.

Dans les systèmes de *common law*, grâce à la structure *adversary* du procès, et du *trial* en particulier, le principe contradictoire est devenu le méthode fondamentale et exclusive de l'administration de la preuve; en effet, ce sont les parties qui administrent la preuve devant un juge qui reste essentiellement passif, si ce n'est pour contrôler la *fairness* du combat. Dans ce système, le principe contradictoire ne pose pas de problème quant à l'administration de la preuve, puisque la preuve est par définition le résultat du combat dialectique entre les parties, et constitue la véritable structure du *trial*. Le droit de participer à la formation de la preuve est ainsi réalisé concrètement de façon maximale.

On ne peut cependant en dire autant du droit des parties de se servir, dans le procès, de tous les moyens de preuve utiles au fondement de leurs demandes; et même si, à cet égard, une évolution très intéressante se manifeste (ainsi qu'il apparaît par ex. des *Evidence Acts* anglais de 1968 et de 1972, et des *Federal Rules of Evidence* de 1975 aux Etats Unis), le principe selon lequel toute preuve pertinente doit être admise n'est pas encore intégralement réalisé. En effet, plusieurs aspects du système traditionnel des *exclusionary rules*, c'est-à-dire des règles qui excluent l'admission de preuves pertinentes, sont encore en vigueur. Si dans le *pretrial discovery*, les parties ne sont pas limitées dans leur droit à établir par tous les moyens de preuve les faits sur lesquels ils fondent leurs demandes, elles le sont de façon importante dans le *trial* (*privileges*, *hearsay rule*, *best evidence rule*, etc.).

Dans les systèmes de *civil law*, le problème se pose partiellement dans les mêmes termes. A propos du droit à la preuve, bien que d'importantes évolutions sur le plan des normes légales et de la jurisprudence soient en cours, plusieurs limites à l'admission des preuves subsistent, lorsque celles-ci sont utiles à l'établissement des faits du litige. Il y a une tendance à les éliminer, particulièrement en matière d'incapacité de témoigner (voir par ex. les rapports italien et espagnol),

mais il ne faut pas oublier que l'abandon de la notion d'incapacité de témoigner au profit de critères d'évaluation *ex post* du témoignage n'est pas complètement réalisé, et qu'il y a encore beaucoup de questions à résoudre dans ce domaine. Cette tendance s'arrête, d'autre part, à un niveau encore moindre, si l'on considère les dispositions qui excluent le témoignage au profit de la preuve écrite. Il y a plusieurs dispositions dans ce sens, et, bien que leur interprétation soit habituellement restrictive, elles constituent des limites sérieuses au droit des parties de démontrer la vérité des faits allégués.

Dans ce domaine, la tendance dominante va sans doute dans le sens d'une acception intégrale du principe selon lequel, sauf pour des cas tout-à-fait exceptionnels, les parties ont le droit de se servir de tous les moyens de preuve; il faut toutefois constater que les exceptions à ce principe sont encore nombreuses, et que donc ce droit est encore souvent réalisé d'une façon très limitée.

Quant à la participation des parties à l'administration contradictoire de la preuve, l'élément le plus important dans les systèmes de *civil law* est que la preuve est administrée par le juge. Evidemment, cela n'empêche pas les parties d'y assister; au contraire, dans tous ces pays il y a des règles qui prévoient la présence des parties. Du point de vue de la *pleine* participation des parties il subsiste néanmoins des problèmes, particulièrement à propos de l'application du principe contradictoire, aux preuves administrées par le juge: le rôle des parties risque en effet de se réduire à une présence purement formelle, sans participation véritable à la formation de la preuve. Les dispositions qui règlent l'assistance des parties à l'administration de la preuve, ont souvent une portée limitée, et visent à faire prévaloir le rôle du juge sur celui des parties (ce qui apparaît de façon encore plus évidente dans la pratique judiciaire). Il y a donc une distinction entre l'assistance des parties à l'administration de la preuve, et l'administration véritablement contradictoire de la preuve: la première est en principe assurée, mais la seconde est en fait souvent réalisée de façon insuffisante.

Les conclusions d'ordre général qu'on peut tirer du problème de l'accès des parties à la preuve s'appuient donc, d'un côté, sur l'élargissement du droit des parties à la preuve et à leur participation au procédé contradictoire d'administration de la preuve; d'un autre côté, pourtant, il faut constater que l'évolution vers cet objectif fondamental se heurte toujours à des difficultés assez sérieuses qui concernent aussi bien la structure du système probatoire, que les caractères généraux des différents modèles du procès civil.

10. Les limites légales à l'admission des preuves conditionnent non seulement le droit des parties de s'en servir, mais également la possibilité pour le juge de baser sa conviction sur une telle instruction.

C'est également d'après l'étendue de ces limites et d'après leur intensité dans la pratique judiciaire qu'on atteindra dans le procès civil la vérité matérielle des faits, plutôt qu'une vérité toute formelle (ou partielle). Il est toutefois évident que cela ne résoud pas le problème, et qu'au contraire, de telles constatations en font apparaître d'autres aspects. Il n'est pas possible d'examiner

ici les questions philosophiques complexes ni la théorie générale qui sont à la base du problème; mais, même en se bornant à ses implications juridiques, il faut pourtant constater qu'il s'agit probablement d'un des problèmes les plus graves parmi ceux qui se posent à la science du procès.

La noëud du problème se trouve de moins en moins au niveau du phénomène de la preuve légale. Si dans certains systèmes, comme par ex. l'italien et l'espagnol, on trouve encore des exemples de preuve légales, la tendance vraiment dominante est sans doute celle de l'élimination, ou de la réduction à des cas tout-à-fait exceptionnels, des preuves qui échappent à la libre appréciation du juge. A ce point de vue, on peut considérer comme générale la tendance à éliminer les dispositions contenant une vérité «légale», au profit de l'établissement réel de la vérité matérielle des faits (la seule exception à cette tendance se manifeste par l'opinion contraire exprimée dans le rapport espagnol).

Le vrai problème n'est donc pas celui des limites légales de la recherche de la vérité matérielle (limites qui concernent d'une façon de plus en plus restreinte les moyens de preuve particuliers), mais celui de l'orientation des différents systèmes probatoires, qui, dans leurs structures globales et dans leur fonctionnement réel, visent ou non un tel but.

A cet égard, les éléments qui ressortent des rapports nationaux ne permettent pas, même par approximation, d'esquisser une conclusion unique; au contraire, ils montrent qu'il y a plusieurs orientations très différenciées. Il faut même souligner que dans certains rapports on ne trouve pas de réponse suffisamment claire à cette question: elle tend plutôt à se dissoudre dans le problème différent et plus général de la libre conviction du juge. D'un autre côté, on peut même, pour certains systèmes, douter de ce que la vérité matérielle des faits du litige soit réellement un des buts fondamentaux du procès civil. Enfin, même là où on se demande si l'établissement de la vérité est bien le but du procédé probatoire, cette idée de vérité, qui devrait être le critère pour en apprécier l'efficacité, reste très vague.

Les différentes situations qu'on observe à cet égard peuvent être approximativement groupées en trois grandes catégories.

La première comprend les systèmes de *common law*, dont les rapports sud-africain et australien esquissent une critique très intéressante. Ces rapports contestent avec énergie l'idée répandue selon laquelle l'*adversary system* serait la meilleure méthode procédurale de recherche de la vérité; au contraire, ils soulignent que la *fight theory of truth*, inhérente à la structure du trial, et ses nombreuses dérivées pratiques, forment souvent un obstacle décisif à l'établissement de la vérité. D'où la conclusion que le système de *common law* est en réalité une méthode de combat entre les parties, plutôt qu'une méthode de recherche de la vérité portant sur les faits du litige. Non seulement, donc, on nie l'efficacité du système par rapport à ce but, mais on laisse entendre que sa structure même n'est pas orientée vers la recherche de la vérité, de sorte que cette dernière peut être un résultat éventuel, mais non le but fondamental du *trial*. Le problème des preuves dans les systèmes de *common law* semble alors placé dans une perspective tout à fait particulière; plus encore, on critique l'image traditionnellement passive du

juge, non intéressé à l'établissement de la vérité, et on signale les défauts d'une méthode dont le fonctionnement dépend souvent uniquement de la volonté de la partie la mieux armée.

La deuxième catégorie comprend les systèmes des Pays socialistes qui se trouvent à ce propos aux antipodes des systèmes de *common law*. Le rapport polonais souligne qu'un des principes fondamentaux du procès civil socialiste est précisément la recherche de la vérité matérielle sur les faits du litige, et il rappelle que non seulement les dispositions relatives aux modes de preuve, mais surtout les principes directeurs de tout le procès, sont soumis à ce but.

Le principe de la vérité matérielle a ici une efficacité de structure inconnue dans les autres systèmes, c'est pourquoi le juge y a un rôle d'instruction particulièrement actif, soit dans l'administration des preuves, soit dans l'initiative qu'il prend de rechercher les preuves nécessaires à l'établissement des faits. Il n'y a donc pas de doute quant à l'orientation générale du procès socialiste vers la recherche de la vérité matérielle; les problèmes se posent plutôt au niveau théorique, à propos du concept de vérité matérielle dans la doctrine marxiste.

La troisième grande catégorie, qui comprend les systèmes de *civil law* de l'aire non socialiste, nous laisse perplexe sur de nombreux points. D'un côté en effet, il semble que la recherche de la vérité constitue un des buts fondamentaux du procédé probatoire dont le résultat doit être l'établissement de la vérité réelle des faits. D'un autre côté, tandis que les tendances de réforme se dessinent dans le même sens, l'idée formaliste de la vérité judiciaire n'a pas tout-à-fait disparu soit sur le plan des limites légales à l'admission des preuves, soit sur le plan des preuves légales.

La tendance dominante dans les systèmes de *civil law* semble cependant bien être d'exiger que les dispositions en matière de preuve soient adaptées, de même que la structure globale du procès, par rapport à leur but, qui est la recherche de la vérité. Il subsiste néanmoins d'importantes différences entre eux quant à la mesure dans laquelle le procès approche la vérité matérielle. Les conséquences de ces divergences se situent sur le plan de l'évolution structurelle du procès civil, en particulier quant à l'extension toujours plus nette du rôle du juge dans la recherche de la vérité, et à l'accroissement de ses pouvoirs dans la recherche des preuves qu'il exécute d'office. Tout ceci concerne le rôle institutionnel du juge; c'est pourquoi il y a, dans les divers pays, des orientations diverses et parfois incohérentes, ou même des tendances à dévaloriser l'importance réelle du problème.

Tandis que les tendances générales de l'évolution sont assez évidentes, les situations actuelles des différents systèmes – lesquels sont souvent en période de transition – sont très complexes; d'autre part, il n'y a pas de solutions vraiment satisfaisantes à des problèmes fondamentaux, comme celui de la réalisation effective du principe contradictoire dans un procès qui tend à être dominé par un juge de plus en plus «actif» dans la recherche des preuves, et comme celui du contrôle portant sur la libre conviction du juge.

La structure même du procès civil dépend du problème de la vérité matérielle, et alors il ne s'agit pas seulement d'une simple adaptation technique de l'instru-

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE EN DROIT JUDICIAIRE

ment judiciaire à un but déterminé, mais il s'agit surtout de choix politiques à propos des formes et des objectifs de l'administration de la justice civile: dans le procès, en effet, la vérité n'est pas une fin en soi, mais la condition d'une justice «plus juste».

EVIDENCE IN THE PROCEDURE

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. G. A. MICHELI

(Rome)

PROF. DR. M. TARUFFO

(Pavia)

1. This general report deals with national reports coming from Germany, South-Africa, Australia, Spain, France, Greece, Italy, Japan and Poland. From a general point of view, these reports show an evident trend towards the discovery of the objective truth in the judicial process, though there are still several examples of a 'formal' conception of judicial truth.

A connection between the expanding theory of the free evaluation of evidence by the judge, and the judge's independence and impartiality in the modern countries, is also shown.

2. As to the production of evidence, there are some relevant differences between common law and civil law systems, because in the first one the party's presentation of evidence is much less formal, and it deals mainly with the oral examination of witnesses in the course of trial. On the contrary, in the civil law countries there is a more strict system, where the facts in issue and the admissible evidence are formally determined by the claims of the parties.

These differences are also important for a full comprehension of the logical proceedings according to which the judge arrives at the judgment about the facts in issue, and of the different sets of rules on evidence.

3. Among these differences, the most important deals with the judge's role as to evidence. In the civil law and socialist systems, the judge is typically 'active' – in various degrees – in searching on his own initiative some elements of proof, though he is bound by the claims of the parties. On the contrary, in common law the adversary system leads to the principle of the party's presentation of evidence; so the judge is considered a mere umpire, who controls the fairness of the trial, but

only by exception can order *ex officio* the production of some documentary evidence.

4–5. The concept of testimony is very different in common law and in civil law systems: in the first ones, the witness is everyone who may give some declaration on the facts in issue, based either on his knowledge or on his technical opinion. In civil law and in socialist countries, there are some distinctions between party and non-party testimony: usually parties are not proper witnesses, and they may either give mere informations and explanations, or avowals (which often are 'formal' proof binding the judge). Nevertheless, there is a general trend towards the judge's free evaluation of the items of evidence coming from the parties, as much as towards a broader admission of parties as sources of evidence.

The same trend leads to a less formal and broader admission of non-parties as proper witnesses, since the traditional rules about the incompetence of witnesses are going to be reduced or almost abolished.

6. In the civil law systems the typical common law figure of the expert-witness is almost unknown, and the expert evidence is usually given by an impartial person called by the judge, rather than a party witness with technical or scientific knowledge. There is, therefore, a sharp difference between witness and expert as to the types of evidence they may give, and to the way in which the judge makes use of their knowledges. The witness gives only his knowledge of the facts through a verbal examination (usually led by the judge himself) in open court; the expert gives an opinion about the facts, and as a rule he submits a report which contains his technical opinion. Moreover, sometimes experts take a direct part in the judgment.

On the contrary, in common law the expert is typically a witness called by a party, and he is verbally examined and crossexamined by the parties just like a witness. Only by exception the judge may himself call in an impartial expert, who is always examined in the same way.

7. Among the means for the search for truth in the judicial process, a growing importance is to be given to the instruments (as photographs, recording or videotapes, etc.) that give some documentary evidence in which facts or declarations are reproduced. There are several problems as to their admissibility as sources of proof, and also as to their evaluation by the judge. The national reports show a general trend towards the admission of these documents, with some limits due to the protection of fundamental human rights, or due to the general rules about the presentation of evidence.

These documents are often considered as a kind of private documents: this leads to an enlargement of the notion of private document, and to various approaches to the problem of their probative force.

8. Usually the scientific means of proof are not directly regulated by the law.

Nevertheless, they are commonly admitted, provided they do not imply a harm to the rights of human personality.

From this point of view, the value of the objective truth is superceded by the protection of these rights, and the admission of scientific proofs meets with a series of limits. With regard to the means of these proofs, when their validity is still under discussion in the several branches of science, there is not a satisfactory answer: it is usually said that the judge may take them into account in his free evaluation of all the items of evidence.

9. From the point of view of the evidentiary system, the problem of the access of the parties to justice is mainly the problem of their right to evidence, and of their participation to the proceedings according to which proofs are formed and acquired.

In common law, there is no problem as to the parties' role in the trial, owing to the adversary structure of the trial and to the rule of the party presentation of evidence. The parties' right to evidence, nevertheless, is not fully acknowledged, since many traditional rules of exclusion of evidence are still valid.

In civil law and in socialist countries the problem is partly the same, since the parties' right to evidence is limited in several ways by rules of exclusion. Moreover, they often cannot fully participate in the evidentiary proceedings: only a sort of mere assistance is guaranteed to the parties, and the problem is open as to their effective participation in a process where the active role of the judge is more and more important.

10. The discovery of the objective truth in the judicial process is generally acknowledged as a fundamental aim of the evidentiary proceedings. Nevertheless, only in socialist countries the whole structure of the process is shaped in view of such a value, especially as to the active role of the judge, and to the almost complete lack of formal rules of evidence.

In common law, the commonplace that the adversary system is the best way for the search for truth about the facts in issue meets with more and more criticism. The so-called 'fight theory of truth' – depending upon the adversary nature of the trial – is seen as a theory of the fight between parties, which often is an obstacle rather than an aid to the discovery of truth. The role of the judge as a mere umpire is also under discussion.

In the civil law non-socialist systems the problem has perhaps the worst solutions, since there are still many rules of exclusion of evidence and of 'legal proof', which obstruct the search for the real objective truth. There is, nevertheless, a general trend towards an evidentiary system that is more apt to the discovery of truth; the whole structure of the civil process is also moving in the same direction, particularly from the point of view of the active role of the judge in the search for truth.

APPELLATE PROCEEDINGS

PROF. DR. J. A. JOLOWICZ

(Cambridge)

CONTENTS

Part I. Preliminary	131
A. Terminology and scope of report.	131
B. Two matters of background	134
Fact and law.	134
The Character of the First Instance	137
Part II. The scope of appellate proceedings	141
The Second Stage	141
The Third Stage	146
Part III. The right to appeal and the function of appellate proceedings	151
Part. IV. 'Humanisation' of appellate proceedings	158
Conclusion and Apologia	165

APPELLATE PROCEEDINGS

The general Reporter wishes at the outset to acknowledge most gratefully the assistance which he has received from the National Reports which have been prepared for this Section of the Congress.¹ Each of the Reports constitutes a valuable contribution to the topic which is more than worthy of study for its own sake, and together the National Reports provide a wide ranging survey of many aspects of this important subject. It is greatly to be hoped that their publication will prove possible. In this General Report, however, while extensive use is, of course, made of the information contained in the National Reports², no summary of them will be attempted. The range of topics with which they deal is too great for all of them to be covered in the space available and, as was perhaps inevitable with so wide a subject, not all National Reporters felt able to follow the general scheme originally proposed to them. The purpose of this General Report is, therefore, to examine from a comparative point of view some of the more important aspects of what are here called 'appellate proceedings' and to indicate some of the considerations which will have to be born in mind in the effort to give this aspect of civil procedure a more 'human' face.

Part I: Preliminary

A. TERMINOLOGY AND SCOPE OF REPORT

In some legal systems all those procedures whereby a party to litigation who is aggrieved by a judicial decision may seek to have the case or some aspect of it

1. The following Reports have been received:

A. N. Allott	Appellate Proceedings in Anglophone Africa: A General Overview.
M. Chakarian	Le Système de Révision du Jugement du Tribunal de Première Instance dans le Droit de Procédure Civile de l'URSS.
G. Dufwa	Justice with a Human Face: Appellate Proceedings: Sweden
V. Fairen Guillen	Procedimientos de Apelación: España.
P. Gilles	Die Berufung in Zivilsachen: BRD.
G. C. Hazard	Appellate Proceedings in the United States.
P. Heurterre & A. Le Paige	Les Voies de Recours d'Appel et de Cassation en Droit Belge.
N. Komuro	The Appellate Procedure in Civil Cases in Japan.
S. Morcos	La Procédure d'Appel: Egypte.
H. E. Ras	Les Voies de Recours d'Appel et de Cassation en Droit Néerlandais.
V. Varano	Appellate Proceedings: Italy.
E. Vescovi	Apelación en Uruguay.

The General Reporter has also had the advantage of having a copy of a memorandum, 'Attacks on Judgments in the Civil Procedure of the European Socialist Countries', written by Professor J. Stalev in his capacity as General Adviser for socialist civil procedure for the International Encyclopaedia of Comparative law (cited hereafter as 'Stalev'). For the references to English law and for the errors and inadequacies of this Report the General Reporter is alone responsible.

2. Unless otherwise indicated, and save in so far as English law is concerned, all statements concerning national law are taken from the National Reports.

reconsidered are known as 'appeals'. In other systems, however, a distinction is taken between the 'appeal' strictly so-called, on the one hand, and 'cassation' or 'review' on the other. The phrase 'attacks on judgments' has come not infrequently to be used to include both kinds of procedure, and it must be admitted that its use has some claim to historical justification. Notwithstanding the extensive *appellatio* – essentially a rehearing – of the later Roman law, it seems that both in England and on the European continent, the earliest form of recourse available to the aggrieved litigant was by way of an attack upon the judge, or jury, responsible for the decision in question.¹ Disappearance of the notion that whoever gave a wrong judicial decision must have been guilty of some kind of misconduct led to the replacement of the idea of an attack on judge or jury by the idea of an attack upon the judgment itself.

The idea of an attack upon a judgment is still present to a substantial extent in modern procedure. It is inherent in the common law application for a new trial, it is inherent in the theory of cassation, and it is inherent in large measure in the practice of all appellate proceedings: it is common for an appellant to be required to state formal grounds of appeal in the shape of criticisms of the judgment of the court below, and it is an elementary aspect of forensic technique for the appellant's counsel to seek to show that the judgment of the court below was wrong, rather than to set out to argue the whole case afresh. Nevertheless it is often misleading and sometimes actually mistaken to treat all forms of appellate proceedings as attacks upon judgments.

A successful 'attack' upon a judgment can, strictly speaking, lead to nothing but the quashing of that judgment. It may, it is true, be necessary as a matter of theory in some legal systems that an existing judgment be formally quashed before it can be replaced by another² but, generally speaking, an appellate court other than a court of cassation of the traditional kind is much more concerned to find the correct solution to the case as a whole, or to those parts of it which are under appeal, than simply to examine the judgment first given. Whether the proceedings before a court of second instance amount to a full-blown '*zweite Instanz*' or not; whether, as in Germany, those proceedings are seen as little more than a continuation ('*eine blosse Fortsetzung*' in the words of the German National Reporter) of those at first instance, or the court of second instance decides the case for itself, then it is wrong to describe the proceedings before it as simply an 'attack' on the judgment of the court below.

It would perhaps be convenient in a Report written in English to reserve the phrase 'attacks on judgments' for procedures of 'cassation' – 'cassation' is not,

1. See, e.g. Pollock and Maitland, *History of English Law*, II, 665; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, ed. 4, 258, 427–428. In France it was not until the 17th Century that the judge whose decision was challenged ceased to be a party to subsequent proceedings: Esmein, *op. cit.*, 428, citing Pothier, *Traité de la procédure civile*, nos. 352, 353. For England, see *Bushell's case* (1670) Vaughan Rep. 135.

2. From a theoretical point of view this may depend upon whether the appeal has a devolutive effect or not.

APPELLATE PROCEEDINGS

after all, an English word – and to use ‘appeal’ for those procedures in which an actual judgment on the case is delivered by the appellate court. This would correspond more or less adequately with the language of the ‘civil law’ systems and it would also accommodate conveniently the situation in the Soviet Union where courts of ‘appeal’ were abolished in 1917 with a view to restricting recourse from first instance decisions to the ‘cassatory appeal’ which is described later in this Report. But if that course were adopted we should be left once again with no phrase to cover all forms of recourse. Such a phrase is, however, essential: great though the differences may be between the ‘*appel*’ and the ‘*pourvoi en cassation*’ or between the ‘*Berufung*’ and the ‘*Revision*’, both procedures tend to fulfil, to a greater or a lesser extent, both of two distinct functions. Both types of procedure, as a matter of fact, tend to meet the defeated litigant’s natural desire to have his case reconsidered by another court and both seek also to satisfy the needs of the public interest. Even in the case of the exceptional ‘Review by way of Supervision’ of Soviet law, which can be initiated only by official action and in which the public interest predominates, we are told that it is often one of the parties who indicates to the official concerned that his intervention is necessary, and it is not unreasonable to suppose that he will often do this in his own rather than in the public interest. Conversely, every appeal, however much its primary purpose may be to secure particular justice between the parties, at least serves the public interest to the extent that it indicates to the lower court if and where it has fallen into error.

Even if it were not the case that the distinction between ‘appeal’ and ‘cassation’ is unknown to many legal systems, it would therefore be necessary to deal with both types of procedure together in any comparative account, but it is the fact that the absence of the distinction is not a peculiarity of the common law alone; the distinction is, for example, unknown in Sweden, and, so far as civil cases are concerned, at least one ‘civil law’ country – Uruguay – has a genuine third instance at the level of the Supreme Court, not a ‘*recurso en casación*.’ In the Soviet Union also the distinction between the two kinds of procedure has disappeared, though there it is the ‘appeal’, not the ‘cassation’ that no longer exists.

In this Report, therefore, the phrase ‘appellate proceedings’ is used to refer to all those procedures, whatever their nature, which may lead in one way or another to the avoidance of the effects of the judgment first given. It is, however, impossible within the space of this Report to deal with every kind of appellate proceeding which may be available in the various legal systems for which National Reports have been received. The Report must be general rather than specific and it will, therefore, deal only with those appellate proceedings which may follow a final judgment, that is, a judgment which disposes of the entire matter involved in the litigation. ‘Interlocutory judgments’, as they are known in the terminology of the common law, though by no means unimportant to discussion of the humanisation of appellate proceedings are excluded. So also, at the other end of the spectrum, are the special procedures which exist in some countries whereby constitutional questions must be taken before a special constitutional court: the theme of the Congress is ‘Justice with a human face’, and it is therefore the

ordinary, 'run of the mill', civil case, not the exceptional case that raises a question of constitutional significance, which must receive attention.

B. TWO MATTERS OF BACKGROUND

Before turning to a description of the main patterns of appellate proceedings as revealed by the National Reports, attention must be directed to two topics which bear upon the shape of those proceedings and their discussion, namely, first, the distinction between fact and law and, second, the character of the proceedings at first instance from which appeal is taken. The first – the distinction between fact and law – plays an overt and most important part in the regulation and structure of appellate proceedings in most if not in all legal systems but, in a comparative account, it cannot simply be taken at its face value. The second is, obviously, not a matter to which express reference is made in any national legislation dealing with appellate proceedings, but a comparison of those proceedings in different countries would be almost meaningless if it were not set against the background of the nature of the proceedings from which the appeal is brought: to say, for example, that the appeal repeats the proceedings before the court of first instance in both of two countries, would give a completely false impression if in one of those countries the first instance proceedings were entirely written while in the second they were entirely oral.

Fact and Law

The distinction is frequently taken in connection with the right of appeal, as in innumerable other legal contexts, between questions, or points, of fact and questions, or points, of law. This distinction is a most elusive one whatever the context in which it is used and most of all, perhaps, is this so in the context of appellate proceedings. In this context, however, it is also basic, for in many legal systems it reflects a deep-rooted division of function between courts of different levels in the judicial hierarchy. This is, for example, obviously the case in the old common law system which relied – and in many countries continues to rely – upon the jury as the judge of fact. Strictly speaking no appeal from the verdict of a jury on a question of fact is possible¹: any appeal must be based on an alleged error of law, including, of course, procedural law, committed by the judge, and if such error is found the only logical solution is to order that a new trial be held before another jury. This was, indeed, the solution of the old common law either upon a writ of error² or a motion for a new trial made to the court before which the trial itself

1. See e.g. *Mechanical and General Inventions Co. and Lehness v. Austin and The Austin Motor Co.* [1935] A. C. 346. The quashing of a verdict as contrary to the weight of the evidence is more an apparent than a real exception: the case must be so extreme as to suggest that the jury has not performed its duty. See also the discussion of the 'sufficiency' of the evidence as a matter of law, *post*.

2. By a 'writ of error' the appellant attacked the decision on the ground of error appearing on the

APPELLATE PROCEEDINGS

was conducted; although motions for new trials have now virtually disappeared in England along with the civil jury, they remain a feature of the procedure in the United States. The jury is the constitutional judge of fact and so questions of fact are placed outside the competence of appellate courts.

Reasoning which is essentially similar to that of the old common law may be said to lie behind the Soviet Union's abolition of 'appeals' in the narrow sense and its insistence that the only possible form of appeal from a decision at first instance consists of a type of cassation. Though the powers of the courts of 'cassatory appeal' are, of course, far wider than those of the old common law Courts of Error, it remains the general rule that they cannot substitute their own decision on a question of fact for that of the court of first instance. If the court finds an error – which may include an error of fact – then, unless the error in question is purely in the application of the law to the facts so that no reconsideration of the facts themselves is required, the case must be remitted for further hearing before a court of first instance.¹ It is a principle of Soviet law that only courts of first instance may decide issues of fact, and the reason for this is, of course, the participation at first instance of lay members of the court. Even in those countries which have both 'appeal', on the one hand, and cassation or review, on the other, as distinct institutions, though the explanations may be different the phenomenon is, ultimately, the same. There, it is true, judges of the courts of appeal are as much judges of fact (*'juges du fond'*) as are those of the courts of first instance and the distinction between questions of fact and questions of law has no place in fixing their respective competences. But, as between those courts, on the one hand, and the court of cassation or review on the other, the distinction between law and fact is vital. The judges of a court of cassation are, by definition, not judges of fact; the respective competences of the two kinds of court turns therefore, at least theoretically, on the distinction.

That there is a real distinction between questions of fact and questions of law is undeniable. If witness A testifies that he was present at a discussion between the plaintiff and the defendant and that the defendant had replied 'Yes' to a proposal put by the plaintiff, while witness B testifies that he too was present at the discussion and that the defendant had replied 'No' to the plaintiff's proposal, no one could possibly say that the issue whether the defendant actually replied 'Yes' or 'No' was anything other than one of fact. The trouble is that it is only at the extreme ends of the spectrum that one can confidently classify an issue as one of fact or one of law, and a very large number of the issues that arise in the ordinary course of litigation fall between these two extremes. Whether the defendant actually said 'Yes' or 'No' may be a question of fact, but what of the question whether the conversation between the plaintiff and the defendant, the exact form of which is in

record, a mode of appealing the scope of which came to be expanded by the so-called 'Bill of Exceptions'. If error was found the Court of Error had no alternative but to order a new trial, however trivial the error: *Househill Coal & Iron Co. v. Neilson* (1843) 9 Cl. and Fin. 788, 804.

1. The powers of the appellate courts of socialist countries other than the U.S.S.R. may be somewhat greater: Stalev, 32–34.

controversy, was such as to create contractual obligations between them?

If it is difficult to find any satisfactory criterion for distinguishing a question of law from one of fact – and this Reporter has no intention of adding to the considerable literature on the topic which already exists – the difficulty is not infrequently compounded by developments in the case law or *jurisprudence* of courts theoretically restricted to questions of law which stem less from theoretical analysis of the distinction than from considerations of judicial policy relating to the category of question which it is felt should, or should not, be brought within the court's powers of control. A clear example may be taken from the common law system of jury trial under which questions of fact are for the jury, and so not subject to appeal, while questions of law are for the judge whose decisions on them are, of course, subject to appeal. The jury is thus sovereign so far as the facts are concerned; but the shift from the idea that the jury consists of local men who will answer the questions of fact from their personal knowledge to the idea that the jury is a body charged with the judicial task of deciding exclusively upon the evidence put before it – a shift which had occurred in England by the seventeenth century¹ – enabled and, indeed, compelled the judges to assume a degree of control over jury verdicts. So, although it remained for the jury to decide the issues of fact, it became a matter for the trial judge to rule on the preliminary question, namely, whether there is an issue of fact which should be put to the jury at all; this raises the subsidiary question whether the party who has the burden of proof has gone far enough in discharging it for the other party to be called upon to make an answer. A distinction thus develops between the question whether the burden of proof of particular alleged fact has been discharged – which is for the jury – and the question whether sufficient evidence has been produced for the case to be left to the jury at all, which is a question for the judge. Being a question for the judge, and not for the jury, it is, as it were by definition, a question of law and susceptible to appeal. Indeed, when jury trial in civil cases was common in England appeals were more often brought on the ground that the judge had been wrong, *as a matter of law*, in leaving or, as the case may be, in refusing to leave, a question to be decided by the jury than for any other reason.²

If this curiosity of the history of the common law may be relied on to illustrate how the distinction between fact and law may be manipulated to enlarge (or, occasionally, to diminish³) the extent of an appellate court's control, the particular question, so frequently in issue in civil cases and known as the 'qualification of the facts' serves to illustrate how the same question may be differently regarded in different legal systems. In countries which distinguish clearly between 'appeal' in its narrow sense and cassation, the qualification of the facts is, today, commonly

1. *Bushell's case*, supra, p. 132, n. 1.

2. See Jolowicz in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol. XI, Cap. 13, nos. 131–134.

3. As has happened, for example where the question is fundamentally one of impression, such as that of the apportionment of responsibility for damage between two persons both of whom have committed a fault. See e.g. the English case, *The Macgregor* [1943] A.C. 197.

treated as a question of law and so within the competence of the court of cassation: the appreciation or the evaluation of the facts as they have been found by the judge of fact is said to be to give them their *legal* quality.¹ This explanation may or may not be intellectually satisfying – to a common lawyer it is not, for the *quality* of conduct is said to be most essentially a jury question – but that is probably of little practical importance. The true explanation is to be found in words such as those of MM. Mazeaud and Tunc when they say that the extension by such means of the scope of the control exercised by the Cour de cassation comes from practical, not theoretical, considerations: a '*conception humaine de la Cour Suprême; celle-ci ne peut plus constater une erreur sans être en mesure de la réparer.*'² In a system of law such as the English, however, and notwithstanding that the virtual disappearance of the civil jury has the result that the qualification of the facts falls, in the first instance, to the trial judge, to classify that question as one of law would have the disadvantage that a series of binding precedents would be built up on questions of a kind which are much better left to be decided by the judge of fact in the light of all the circumstances and unfettered, save as to fairly broad statements of principle, by supposedly binding rules of law. In fact, as will appear, in modern English law the distinction between law and fact no longer plays a major role in determining the competence of appellate courts and the question of the qualification of facts is as much open in the English House of Lords as it is in a court of cassation. It is, however, unnecessary to classify it as a question of law in order to give the House of Lords competence over it and, because of the implications for *stare decisis*, the House of Lords has actually specified that the question is one of fact, not of law.³

In much of what follows, references to the distinction between fact and law will be unavoidable because that distinction is so widely used in the formal delimitation of the powers of appellate courts. From the point of view of comparative law, however, and whatever meaning may be given to the distinction by the positive law of any one country, it has to be said that the statement 'the court may only entertain appeals on points of law' scarcely differs from the statement 'a point of law means a point which may be entertained by appellate courts which are restricted to points of law'. The reader should beware, therefore, of supposing that because he finds that the appellate courts of two countries are both restricted to appeals on points of law alone it follows that in practice their competence is necessarily identical.

The Character of the First Instance

As Professor Fairén Guillén points out in his National Report for Spain, if the proceedings at first instance are entirely oral and go unrecorded, no appeal is

1. See e.g. Mazeaud et Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, ed. 5, Vol. III, p. 326.

2. *Ibid.*, p. 332.

3. *Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v. Haynes* [1959] A.C. 743.

possible save by way or a complete reproduction of those proceedings: the appellate court would lack any material upon which to proceed. To this day, in fact, the procedure of the Water Court of Valencia is oral and unrecorded, save for a brief written summary of the judgment, and there is no appeal.¹ A closely similar situation is also revealed by the first kind of 'appeal' to become known to the common law, namely the so-called 'writ of error', for only errors in the written record of the first instance proceedings – which was largely formal and contained little of substance – could be made the subject-matter of complaint by the disappointed litigant; and if error was established the only possible solution was for a new trial to be held before another jury. Since the jury reaches its decision mainly if not entirely on evidence presented orally, it follows that even if the actual verdict were not, as it in fact is, regarded as virtually unappealable, there would still be no material upon which an appellate court could come to its own decision. On the other hand, under the Romano-canonical procedure, to which European continental procedure owes so much, the decision at first instance is reached on the basis of written documents put in by the parties and of a written account of the testimony of witnesses which is prepared by an examining judge or other official²; there is therefore automatically in existence a body of material capable of being passed on to an appellate court, and which that court can consider in exactly the same way as did the court of first instance. Leaving aside for the moment the problem of fresh evidence introduced at the appellate stage, the continental court of second instance is fully equipped to substitute its own decision for that of the court of first instance, and its competence is limited only by the maxim *tantum devolutum quantum appellatum*.

Although the technicalities of the old writ of error have been swept away, in the United States it is still the case, in the words of the American national reporter, that 'an appeal in the American system is ordinarily limited to the record and the contentions made in the court of first instance ...an appellate court can consider factual issues only to the extent of ascertaining whether the record discloses substantial evidence to support the factual conclusions reached by the court of first instance'. Bearing in mind that the question of the sufficiency of the evidence is treated by the common law as being itself a question of law, this may be thought to justify an observation of Professor Cappelletti to the effect that a characteristic of Anglo-American procedure is the limitation of the appeal to questions of law³, and if this is right, then there are obvious and major differences between the appeal, strictly so called, of the 'civil law' systems on the one hand and that of the common law on the other. In many common law countries including England, however, it is not the old common law writ of error which provides the historical background to the contemporary appeal but the Equity concept of a 'rehearing'.

1. Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*.

2. The procedure of the unreformed Court of Chancery in England was very similar, but grotesque. For a graphic account see Birrell, 'Changes in Equity, Procedure and Principles', a lecture delivered in 1900 and printed in *A Century of law Reform*, p. 177.

3. *Procédure écrite et procédure orale*, 19.

APPELLATE PROCEEDINGS

In England the relevant Rule of Court states categorically that appeals to the Court of Appeal are 'by way of rehearing',¹ while the statutory obligation of the House of Lords, when seised of an appeal, is 'to determine what of right and according to the custom of this realm ought to be done in the subject matter of such appeal'.² In practice this means that the House of Lords has the same powers to deal with an appeal as does the Court of Appeal. Certainly neither court is formally restricted to questions of law and it falls to be considered, therefore, whether the English appeal to the Court of Appeal or to the House of Lords differs substantially from the appeal of the 'civil law' procedure so far as the powers of the appellate court to consider questions of fact are concerned.

At a superficial level the answer to this appears to be in the negative. The devolutionary effect of the continental appeal and the designation of the appellate judges as '*juges du fond*' means that those judges are, within the limits of the appeal itself, as fully seised of the entire case in all its aspects as are the judges of first instance; and the English rule that the appeal is by way of 'rehearing' has an apparently similar effect. Nevertheless, for a good many years after the general introduction of the appeal by way of 'rehearing' by the Judicature Acts of 1873–1875, English appellate judges disclaimed the power to substitute their own decisions on questions of fact for those of the courts of first instance, not only when those courts had consisted of both judge and jury but also when they had consisted of a judge alone. As late as 1951 a famous judge of the House of Lords insisted that on a question of fact raised before the House, the decision of the trial judge 'should have been respected as equivalent to a verdict of a jury on a question of fact',³ which was tantamount to saying that the Court of Appeal should not have interfered. On the other hand, a good many years previously other judges had stressed that appellate courts have jurisdiction to retry a case on the transcript of the shorthand note of the evidence taken at the trial⁴, and had even said in so many words that where the case had been tried by a judge alone both the Court of Appeal and the House of Lords, 'have a duty to exercise their jurisdiction as tribunals of appeal on fact as well as on law'.⁵

In a lecture delivered in 1954 Professor Goodhart suggested that 'when the appellate judges are in agreement with the trial judge, they take the view that they are bound by his conclusions of fact, but when they disagree with his conclusions they do not hesitate to overrule them'.⁶ The truth seems to be, however, that English appellate courts actually make a distinction between different kinds of question of fact and that the nature of the distinction was not fully brought out until after Professor Goodhart's lecture. For present purposes a full analysis of

1. R.S.C., o. 59, h.3.

2. Appellate Jurisdiction Act 1876, S. 4.

3. *Bolton v. Stone* [1951] A.C. 850, 863, *per* Lord Normand.

4. *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporak* [1927] A.C. 37, 47, *per* Lord Sumner.

5. *Powell v. Streatam Manor Nursing Home* [1935] A.C. 243, 256, *per* Lord MacMillan.

6. 'Appeals on Questions of Fact' (1955) 71 L.Q.R. 402, 410.

the modern English cases is unnecessary¹, for the fundamental point, as it has emerged, is simple: for appellate purposes, and remembering that appeals are by way of rehearing, the critical distinction is not that between questions of fact and questions of law; it is that between questions to the solution of which the opportunity – given to the trial judge but not to the judges of appeal – to observe the demeanour of the witnesses as they give their evidence under examination and cross-examination is likely to be useful, on the one hand, and those to which that opportunity is irrelevant, on the other. To take a pair of elementary examples, if the question arises whether witness A or witness B, who has contradicted A, is a witness of truth, then no appellate court will disturb the trial judge's finding; but if the question relates to the inferences or conclusions to be drawn from, or the quality to be attributed to, basic facts which are not in dispute, then the appellate court, equipped with a verbatim record of all the evidence given at the trial, is as well able as the trial judge himself to form an opinion. And if the appellate judges do not agree with the trial judge on such a question they will not hesitate to say so and to replace the judge's decision with their own.²

The conclusion to be drawn from this brief excursus into one aspect of English appellate practice is clear. If a comparison is made between the English Court of Appeal, and, for example, the Belgian Cour d'appel, both of two apparently contradictory statements can be made. The first is that, unlike the Belgian Cour d'appel, neither the English Court of Appeal, nor the House of Lords, has full and complete power to decide for itself and without regard to the decision at first instance every question that arises; even if the maxim *tantum devolutum quantum appellatum*, which in effect if not in name applies as much in England as elsewhere, is disregarded, it is not true in England as it is in Belgium that the appellate court supplies a full and complete reconsideration of the case without being bound by anything that may have been done by the judge of first instance. The second, and apparently contradictory statement that can be made is that the English appeal is by way of 'rehearing' and that English appellate judges, like their Belgian brethren, are judges of fact and are therefore under a duty to supply their own decisions on questions of fact as well as on questions of law.

The solution to this apparent contradiction lies, it is suggested, in the basic difference between the Belgian, and other 'civil law', systems of procedure at first instance, on the one hand, and the English system of the oral presentation of evidence at a single-session trial on the other. For practical purposes it is still true that the Belgian court of first instance decides on the basis of a collection of documents – a dossier prepared and put together in the course of the '*instruction*'. The Belgian appellate judge is thus at no disadvantage as compared with the judge of first instance, for both proceed upon the same material. The English appellate judge, on the other hand, though equally charged with the decision of questions of

1. For two of the more important judicial pronouncements, see *Watt v. Thomas* [1947] A.C. 484; *Benmax v. Austin Motor Co. Ltd.* [1955] A.C. 370.

2. Cf. the different emphasis in the U.S.: Fleming James, *Civil Procedure*, 523 and Fed. R. Civ. P. 52 (a), cited *ibid.*, n. 17.

APPELLATE PROCEEDINGS

fact as well as of law, is forced to recognise that so far as certain types of question of fact are concerned he is less well situated to make a decision than is the trial judge. A comparison between the powers of English and Belgian or other 'civil law' appellate courts cannot, therefore, be realistic if it is made in isolation from the respective types of procedure at first instance employed in the different countries.

Part II: The scope of appellate proceedings

In the past and, to some extent, to this day, a legal system may provide for such a multiplicity of appeals that the final end to litigation can be long delayed, with the consequent risk of injustice that that involves, to say nothing of the expense and waste that is produced. The risk that the availability of a right of appeal may be used by an unscrupulous litigant to delay or frustrate the proper administration of justice is, of course, inevitable – it can be reduced by certain procedural techniques, but it can only be eliminated if no appeal is allowed at all – and in some countries, especially those with a federal constitution or a special constitutional court, or both, the importance attached to certain types of question arising in the course of litigation may lead to an increase in the number of stages through which an action is liable to pass before a truly final and unchallengeable judgment has been given. Nevertheless, so far as final judgments in ordinary civil litigation are concerned, the national reports reveal a high degree of uniformity regarding the number of stages for which the national law provides.¹ In the U.S.S.R., leaving out of account the special 'Review by way of Supervision' described below, there are two stages only, and in the less densely populated States of the U.S. appeal lies directly from the court of first instance to the State Supreme Court, there being no intermediate court of appeal. Almost everywhere else three stages are normally provided for. In some countries, mainly countries of the common law but also Sweden and Uruguay (so far as civil cases are concerned), the scope of the third stage examination of the case does not differ, at least theoretically, from that of the second stage, but for other countries it is necessary to distinguish clearly between the two. In this Part of the Report, therefore, the attempt will be made to give a brief comparative account of the character of each of the two stages.

The Second Stage

In considering the second stage appellate proceedings, that is, the first kind of recourse that is normally available to the disappointed litigant, a basic distinction falls to be taken at the outset between those legal systems which adhere more or less firmly to the principle that only the court of first instance is competent to find the facts, and those which accept appellate judges as being, themselves, also judges of

1. Not necessarily for the same reasons.

fact as well as law. Of the countries in respect of which national reports have been received, the U.S.S.R. is the strongest adherent to the former principle, but the common law countries, and the United States in particular also attach importance to it. In the United States a new trial may be ordered in certain circumstances by the trial judge himself or by an appellate court, and orders for new trials are by no means uncommon, especially, of course, in cases which have been tried by jury. In England also the power to order a new trial continues to exist though, so far as cases heard in the High Court are concerned, this power is now vested exclusively in the Court of Appeal: in practice, given the English rule that an appeal is 'by way of rehearing', and bearing in mind the great additional expense that a new trial inevitably involves, the Court of Appeal now has a broad discretion in the matter¹ and will order a new trial only when it considers that it cannot dispose of the case satisfactorily in any other way.² Generally speaking this will be the case only where the Court is satisfied that there has been such a miscarriage at the trial that all the evidence, and not only such fresh evidence as it may itself have admitted on the appeal, must be heard over again.³

Space precludes further consideration here of the motion or application for a new trial in the common law system, a kind of 'appeal' which has, in any case lost a great deal of its former importance in countries such as England where trial by jury in civil cases has become exceptional. In the U.S.S.R., however, as has already been noticed, there is no longer any 'appeal' as such, only the 'cassatory appeal' to which all judgments at first instance may be subjected, and since this procedure has certain characteristics which are not shared by Western legal systems, it is desirable to give a brief account of it at this stage.

The first and principal function of the Soviet appellate proceedings is to subject the decision reached at first instance to critical examination from all points of view, in order to decide whether or not it should be allowed to stand. This examination – the 'cassatory' aspect of the procedure – bears a superficial resemblance to the cassation of other systems, but it is much more far-reaching. In the first place, though the parties themselves must put forward their grounds of complaint against the judgment of the court below, at the hearing their arguments are not restricted to those grounds and, what is more, the court itself may of its own motion take up grounds which were not relied on by the parties; the court is required to investigate for itself the legality and the well-foundedness of the judgment in both fact and law. Secondly the court carries out this investigation upon the basis not only of the record of the proceedings in the court of first instance but also on

1. R.S.C., o. 59, r. 11 (2).

2. See e.g. *Ward v. James* [1966] 2 Q. B. 273, 301, *per.* Lord Denning M.R. In *Portland Managements Ltd. v. Harte* [1977] Q.B. 306, where the defendant had elected to call no evidence because of certain erroneous observations made by the judge in the course of the trial, the Court of Appeal did order a new trial instead of simply substituting a decision in favour of the plaintiff for the judge's decision in favour of the defendant, but only upon stringent conditions.

3. As in *Piotrowska v. Piotrowski* [1958] 1 W.L.R. 797 where, after a trial before a judge alone, certain witnesses confessed to perjury.

APPELLATE PROCEEDINGS

the basis of any new material which may be presented to it. Such new material is freely admissible, but it may only be presented in written form¹, and it may not itself form the basis of any new decision of fact on the part of the appellate court. Following the fundamental principle of Soviet law, that it is the duty of the courts to discover the objective or material truth, the new material is made available to the court and used by it for the purpose of verifying the accuracy and completeness of the fact finding process carried out at first instance. It is, however, also a fundamental principle that the facts may be found only in the court of first instance; if, therefore, the appellate court comes to the conclusion that the factual basis of the decision at first instance is unsatisfactory, either because it considers the evidence given below to have been incorrectly assessed or because of new evidence which was not before the court below, the appellate court must quash the decision and remit the case for a new hearing. On the other hand, if the appellate court is satisfied that no further evidence is required, that the facts have been completely investigated and correctly found in the court below and that the only error is one of law, then, although the decision must still be quashed, the appellate court does not remit the case; it may substitute its own judgment on the basis of the facts found below.

Turning to the legal systems of the non-socialist countries, in all of which – subject to the new trial procedure of the common law – the second stage appellate court substitutes its own judgment for that of the court below, interest centers, from the comparative point of view, upon the extent to which the appellate proceedings are less than a complete re-examination and rejudgment of the whole case. The importance in this connection of the character of the first instance proceedings themselves has already been mentioned. Two matters remain for consideration, namely, first, the limits, if any, which are imposed on the court's power to reconsider the material that was actually before the court of first instance and, secondly, the extent to which it may admit and take into account new material which was not before that court.

So far as the first point is concerned, the National Reports reveal a variety of solutions. In Germany, for example, it is a basic principle that the appellate court must examine the decision reached at first instance in all its aspects and *ex officio*; it is not, therefore, restricted to considering the grounds of appeal put forward by the parties. The same is true for Japan, where it is not even required of the parties that they state formal grounds of appeal, and for Belgium, Egypt and Sweden. Elsewhere, however, the court is restricted, at least so far as questions of fact are concerned, to the grounds of appeal put forward by the parties, and in the majority of legal systems the court is not allowed to interfere with a part of the judgment of the court below in respect of which no appeal is brought. These limitations may be intended, as they apparently are in Spain and Uruguay, to make the appeal more an examination of the judgment appealed from and less a re-examination of

1. Even evidence which would be presented orally by a witness or an expert in a court of first instance must be reduced to writing for the appellate proceedings.

whole case, but they may also, or alternatively, be imposed merely for the purpose of economy. This is, for example, the situation in England where, until 1955, an appellant was not obliged to specify the grounds for his appeal. The rule was then changed, and it is now provided that the appellant may not rely upon a ground which he has not stated in his notice of appeal unless the Court of Appeal actually grants him leave to do so¹; but the object of the new rule is largely if not wholly to eliminate from the appeal points which are not in controversy and so to avoid such expense as the unnecessary copying of documents. The Court of Appeal retains a discretion to allow other grounds to be argued at the hearing of the appeal, and the rule of 1955 is not intended to reduce the significance of the appeal 'by way of rehearing'.²

The question whether an appellate court may consider new claims and defences and the question whether such a court may receive evidence which was not before the court of first instance are not, of course, entirely distinct from the theoretical point of view: in the ultimate analysis the distinction between them is the same as that between the 'facts' upon which a claim or defence is founded and the 'evidence' by which those facts are sought to be proved, and this distinction is elusive as that between 'fact' and 'law' itself.³ As might be expected, therefore, in most of those countries just mentioned in which it is not even required that grounds of appeal be formally stated or adhered to, no restriction exists on the admissibility before the appellate court of probative material which, for one reason or another, had not been made available to the court of first instance. So, in Belgium the devolutive effect of the appeal has the consequence that the parties are free to produce new '*moyens de preuve*' in the court of appeal and the appeal judge may, at the request of a party or of his own motion, order a new '*mesure d'instruction*': as a matter of principle, the rules governing the procedure at first instance apply also on appeal.⁴ The same holds true for Egypt, Holland and Japan.⁵ In Italy, for ordinary civil proceedings, the general rule of admissibility was reintroduced in 1950 when the original idea of the appeal as *novum iudicium* was reinstated in replacement of the idea of *revisio prioris instantiae* contained in the Code of 1942. There are, however, even now some restrictions in Italian law when it is compared with that of the countries just mentioned; it is, for example, for the full adjudicating panel of the court of appeal, not for the '*giudice istruttore*' to order the taking of fresh evidence.⁶ For labour cases, however, the law of 1973 has substantially reduced the extent to which fresh evidence may be admitted on appeal, thereby following the more restricted approach for which, on the European continent, the Austrian code is usually taken to be the model and,

1. R.S.C., o. 59, r. 3 (2) and (3).

2. *Sansom v. Sansom* [1956] 1. W.L.R. 945.

3. Both distinctions, and especially the former, are in practice better seen as distinctions of degree than of kind. See Fleming Tames, *Civil Procedure*, 72.

4. *Code Judiciaire*, art. 1042.

5. Also France, *Nouveau code de procédure civile*, arts. 563, 910.

6. Cappelletti and Perillo, *Civil Procedure in Italy*, 268.

APPELLATE PROCEEDINGS

so far as countries covered by this Report are concerned, is that adopted by Spain for many years and, since 1965, Uruguay. In Germany also, but only since the new law of 1976¹, the former freedom to produce fresh evidence on appeal is now severely curtailed.

In those countries where the admissibility of fresh evidence is restricted, though the law varies in detail, the general principle is that such evidence must be limited to material the existence of which was, through no lack of proper preparation on his part, unknown at the time of the first instance proceedings to the party seeking to introduce it, and to material relating to facts which occurred subsequently to those proceedings. Greater freedom may, however, be allowed in cases not falling within the free disposition of the parties, such as matrimonial cases or others affecting personal status. Similar rules also apply in England, though without the exception for cases outside the parties' dispositive power, but, with some variations in the language of the judges, the case law requires the fulfilment of two additional conditions, namely, that the fresh evidence, to be admitted, must be apparently credible and also that it must be such that it is at least probable that its admission would have an important influence on the result of the case.²

As appears from the practice in those countries whose law imposes no restrictions on the use of fresh evidence on appeal and where the decision at first instance is reached mainly – and in principle – on the basis of written material, no especial procedural difficulty exists in giving more or less complete reality to the idea of a *novum judicium*. Problems arise rather from the depreciation of the value of the first instance proceedings themselves – a fact made most clear by the National Reporter for Germany – and the introduction of restrictions on the admissibility of fresh evidence has as its main objective the giving of greater significance to those proceedings and the discouragement of the parties from postponing their main effort until the appeal stage is reached. In England, however, though similar restrictions on the admission of fresh evidence exist, the particular problem of the depreciation of the first instance proceedings has not arisen, nor has English law ever acknowledged that the appeal should correspond to a right of the parties to a *novum judicium*. Such a right is clearly inconsistent with a procedure in which the proceedings at first instance are primarily oral, and only where a new trial is ordered is there a true *novum judicium*: the concept of the appeal by way of rehearing as explained above is not the same.

The explanation of the English restrictions lies elsewhere and, indeed, the cases leave no doubt that they are based upon the principle of finality in litigation: the position is not so much that the parties are free, subject to certain restrictions, to adduce new evidence on appeal but rather that the court has a discretion to admit such evidence where, and only where, the demands of justice in the particular case

1. The 'Vereinfachungsnovelle' of 1976.

2. The most frequently cited statement is that of Denning L.J. in *Ladd v. Marshall* [1954] 1. W.L.R. 1489.

outweigh those of the general principle of finality.¹ Even where the application for leave to bring fresh evidence is made within the time limit allowed for appealing, therefore, and notwithstanding the view sometimes expressed that 'the court should never speculate where it knows'², the Court of Appeal is unlikely to admit fresh evidence unless that evidence is such as to falsify important assumptions upon which the judgment at first instance was given. And where an application is made for leave to appeal out of time, which the court has a discretion in certain cases to allow, then 'the great principle "Interest rei-publicae ut sit finis litium" comes into its own. Without finally closing the door to a litigant who, after the time for appealing has passed, wants to reopen the matter by giving evidence of matters since the relevant judgment, I would think he should only be allowed to reopen the matter in very special and exceptional cases indeed'.³

The Third Stage

The procedure intended to be described here is typified by the appeal to a final court of appeal such as the House of Lords in England or the *pourvoi en cassation* of Belgian or French law. It is thus normally, a third stage in the proceedings. It should be observed, however, that a case may reach the final appellate court without necessarily passing through two prior stages. In England there is today a limited possibility that a case may proceed directly from the High Court (first instance) to the House of Lords, for example where the High Court Judge was bound by an existing decision of the Court of Appeal or the House of Lords, in which case there are just two stages through which the case may pass.⁴ In many countries having a system of cassation it is also possible, though for different reasons, that a case may proceed directly from the court of first instance to the Supreme Court: the non-existence of a right to a second instance before a 'court of appeal', either because the case was decided at first instance in first and last resort or because the parties have agreed to dispense with the right of appeal, does not mean that the '*pourvoi en cassation*' is excluded.

One further preliminary observation is necessary, namely that the third stage appeal is not invariably heard before the Supreme Court itself. This is the situation in Japan, where cases decided by the small claims courts are heard on appeal (the

1. 'When a litigant has obtained a judgment in a Court of Justice... he is by law entitled not to be deprived of the judgment without very solid grounds': *Brown v. Dean* [1910] A.C. 373, 374, per Lord Loreburn L.C.

2. *Curwen v. James* [1963] 1 W.L.R. 748, 752, per Harman L.J. In this case, in which a widow's prospects of remarriage were relevant to the assessment of the damages payable to her in respect of the death of her husband, the judge had taken into account her youth and the fact that she had no children and awarded damages on the basis that she might remarry at some future date. She in fact remarried about six weeks after the judgment. The Court of Appeal admitted the evidence of this fact and re-assessed the damages.

3. *Murphy v. Stone-Wallwork (Charlton Ltd)* [1969] 1 W.L.R. 1023, 1031, per Lord Upjohn; *Mulholland v. Mitchell* [1971] A.C. 666.

4. For the so-called 'leap-frog' appeal, see Administration of Justice Act 1969, ss. 12-15.

APPELLATE PROCEEDINGS

so-called 'Kôso' appeal) before a District Court and from the decision of that court the application for review (the so-called 'Jokôku' appeal) lies to the High Court, not the Supreme Court, which will only be seized of a 'small claims' case if a constitutional issue is involved. Similarly, in the Soviet Union the 'Review by way of Supervision', which applies only to judgments which have acquired the force of *res judicata*, will not necessarily be heard in the Supreme Court; for example, review by way of supervision of the decision of a district court will come before the presidium of the regional court, not before the Supreme Court of the Republic.

Although limited in principle to two stages only, the first instance and the cassatory appeal already described, the procedures of the Soviet Union and other socialist States do provide for an exceptional 'third stage' – the 'Review by way of Supervision'. This is a special development of Soviet Law, said to be without historical antecedent¹, which has been adopted, with some modifications, in the other socialist states. Not the least of its distinctive features is that it may not be initiated by a party but only by a high official such as the President of the Supreme Court or the Procurator General of a Republic of the Union.² This fact, and also the fact that, at least in the Soviet Union itself, the procedure may be initiated without limit of time and directed against the decision of any court once it has acquired the force of *res judicata*³, shows that at this stage the principle of the stability and finality of judgments is subordinated to the twin principles of legality and the search for the objective truth. On the other hand, once the review procedure has been set in motion, it is those who are bound by the judgment under review, not the official who instituted the review, who are the parties before the court, and both the role and the powers of the court of review are the same as those of the court seized in the ordinary way of the regular cassatory appeal.⁴ The court of review may, therefore, even go so far as to admit evidence which, for whatever reason, was not before the court below, and, if it does not affirm the decision under review, then, like the court of cassatory appeal, it must remit the case for a fresh decision unless the error found was not such as to make a fresh hearing on the facts necessary for the disposal of the case.

To the extent that the House of Lords in England and other courts of third instance also have powers which are, to all intents and purposes, the same as those of the court from whose decision the appeal is taken, a certain parallel may be said to exist between those systems which provide for a third instance, on the one hand, and those of the Soviet and other socialist systems on the other. Both provide for

1. Stalev, 56.

2. It is of interest to note the fact that in the majority of Republics the President of the superior court must be informed of any case in which a dissenting judgment has been recorded and in others the dissenting judge communicates with that President. In both situations the purpose is that the President shall consider whether the Review by way of Supervision should be instituted.

3. Except those of the plenary assembly of the Supreme Court of the U.S.S.R. itself. But if the Procurator-General of the U.S.S.R. considers that a decision of that plenary assembly is erroneous, he must raise the matter before the Presidium of the Supreme Soviet.

4. But see Stalev, 57.

the possibility of a third stage before a court whose powers do not differ substantially from those of the court seized of the second stage appeal. Both thus differ substantially, or at least appear to do so, from the third stage of those systems which have adopted the 'civil law' model of a court of review or cassation.

It would, of course, be absurd to make too much of this parallel: even restricting the comparison to more or less formal aspects, the powers of the English House of Lords, for example, are, from one point of view, more restricted than those of the Soviet Court of Review while, from another point of view, they are more extensive. They are more restricted in the sense that, like the Court of Appeal, the House of Lords may only admit fresh evidence under very exceptional circumstances and it will, in practice, do so even more rarely than will the Court of Appeal. They are more extensive in the sense that, though the House of Lords may find it necessary on rare occasions to order a new trial, it will almost invariably dispose of its cases finally by substituting its own judgment for that of the court below.¹

It is by reason of their character as courts of third instance that courts of third stage appellate proceedings such as those of England, other common law countries and some others, are normally distinguished sharply from the courts of cassation or review that are found in other legal systems. The latter kind of court, unlike the former, is normally restricted to quite specific grounds – in broad terms error of law by the court below – upon which they may intervene, and if they find that the decision of the court below is vitiated by an error of this kind then they can only quash it and remit the case for a fresh decision by another court.

The distinction drawn between a court of cassation, on the one hand, and a court of third instance, on the other, does, of course, remain a valid and important one, but it can be and commonly is exaggerated. This has become more apparent with the recent expansion in many countries – both by legislation and by jurisprudential development – of the powers of courts of cassation. In some countries the formal grounds for review have been extended, for example, from insistence that the error of the court below be one of 'law' in the restricted sense of '*loi*' to recognition that an error of law in the wider sense of '*droit*' will suffice², and in some those grounds have also been extended so as to include the omission of or the insufficient or contradictory character of the explanations of findings of fact given by the court below.³ Probably more important than actual legislative changes, however, has been the vagueness and thus the fluidity of the distinction be-

1. Because the House of Lords is not technically a part of the English 'Supreme Court' (which consists of the High Court and the Court of Appeal), a special procedure exists for making an order of the House of Lords an order of the Supreme Court (R.S.C., o. 32, r. 10) but this is no more than a matter of form.

2. This is now the case in Holland, Italy and Spain.

3. Italian Code of Civil Procedure, art. 350, no. 5, introduced in 1950. This corresponds to the French '*manque de base légale*', a jurisprudential development of great importance in France, but the Italian Reporter indicates that the Corte di Cassazione will use its power under this article only in extreme cases.

APPELLATE PROCEEDINGS

tween fact and law to which reference has already been made. A court of cassation minded to extend the scope of its power to intervene can, and frequently does, make use of this fluidity so as to give itself virtually the same scope as a court of second instance: As the German National Reporter puts it, at least for his country, 'Revision' has become, to an important extent, a '*Tatsacheninstanz*'.¹

If the scope of review or cassation shows a tendency to expand and grow closer to that of an 'appeal by way of rehearing' as English law understands that term, a parallel development may also be observed in the enlargement of the power of courts of cassation to dispose finally of the cases that come before them without ordering the remittal of the case to another court for fresh decision. Theoretically a court of revision or cassation, if it does not affirm the decision of the court below, must quash it and remit the case, but the obvious advantages of economy have led, in varying degrees in different countries, to a retreat from this theoretically correct position. In many countries today, for example, the court of cassation need not remit if it finds that the actual decision of the court below was correct but the reasons given were wrong, and in some countries the court is actually required to dispose of the case finally if it is possible for it to do so. This is the case in Holland, for example, where the Hoge Raad may only remit the case if new findings of fact are seen to be required or if a decision on a point of law not previously raised becomes necessary. But if the new question of fact is of a subsidiary character only, and is one which the court can answer from the material before it, then no remittal is necessary even on the question of fact, while remittal for the decision of a new point of law is always facultative, not compulsory. As the Dutch reporter puts it, '*la question de savoir qu'elle va faire – renvoyer ou vider la cause – est une question de politique où l'économie de procès joue à nouveau un rôle*'.

If the expansion of the powers of courts of cassation or review has had the effect of reducing the apparent differences between courts of that kind and courts of third instance, it must be borne in mind also that even in courts of third instance where the facts of a case may openly be considered as such, in practice only those questions of fact will be considered which can satisfactorily be considered on the basis of a transcript of the evidence given at first instance; questions of this kind are, today, commonly treated as questions of law by courts of cassation and so reviewed by them as freely as they are by courts of third instance. The closer approximation of the scope of the two kinds of court is also encouraged in practice by what, from a different point of view, may be seen as one of the remaining important differences, namely the apparently opposed attitudes taken towards the would-be appellant's right to have his case considered on 'third-stage' appellate proceedings.

It is true that some kind of preliminary screening of applications for review or cassation is not inconsistent with the theory of cassation; the French system, for

1. See also Mazeaud and Tunc, op. cit. *supra*, p. 137, n. 1, p. 332; Plaisant, '*Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrats*' Gaz. Pal. 1946, 1.26.

example, provided for such screening until 1947 by the institution of the '*Chambres des Requêtes*' of the Cour de cassation itself.¹ Nevertheless it is commonly held, and may even be a matter of constitutional right, that every litigant is entitled to have the legality of a decision against him tested in the court of cassation. So far, at least, as those countries covered by this report are concerned, of those having a court of review or cassation it is only exceptionally that there is any question that the exercise of the power of review is discretionary or even that the case in respect of which review is sought must have certain defined characteristics.² In other words, save in so far as there is a limit inherent in the stated grounds upon which a decision may be challenged, as a general rule no legal control over the submission of cases to the court of cassation exists. Where, on the other hand, the third stage appeal is acknowledged to amount to a third instance hearing of the case, some form of control over the cases which may be brought before the Supreme Court always exists.

The simplest form of such control is found in the law of Uruguay where an appeal to the Supreme Court from a Court of Appeal – no third instance appeal is possible from the '*Juzgados Letrados*' sitting as judges of appeal – is competent provided only that, first, the amount involved in the litigation exceeds a certain amount and, secondly, that the decision of the Court of Appeal had reversed that of the court of first instance. More usually, however, a measure of discretion over the admission of appeals, with or without the addition of formally stated criteria, is given to the courts themselves. In Sweden an application for 'review dispensation' is heard by a panel of three Supreme Court judges who may, today, only grant the application if either a decision of the Supreme Court is necessary in the interests of securing uniformity in the interpretation or application of the law, or, alternatively, if it appears that the decision of the court below is vitiated by a serious error. Formerly review dispensation could also be granted on the simple ground that some alteration in the decision of the court below seemed to be called for, but this ground was removed in 1971. In the United States and in England, on the other hand, no specific criteria are laid down in legislation, and the discretion to give leave to appeal is thus somewhat wider. For the United States, the American reporter says that 'in most states... the criteria have to do with the general importance of the legal questions involved, and successive review can be obtained only with the permission of the highest court. Review upon this basis is commonly called certiorari-type review.'³

1. In Egypt the '*pourvoi en cassation*' is first examined by the '*chambre du conseil*' which rejects those that are inadmissible on grounds such as that they are out of time or based on invalid reasons.

2. In Germany the leave of the Oberlandesgericht is required if the amount involved is less than DM 40,000; the grant of leave depends upon the importance of the question of law raised or upon the existence of conflicting decisions. In Egypt cassation is available only against decisions of courts of appeal. In Holland the decisions of the special court of appeal for agricultural leases is not subject to cassation.

3. Appeal to the Supreme Court of the U.S. lies as of right in a restricted class of case, namely, where the constitutionality of a statute is in question and the decision appealed from is that of the

Until 1934 appeal lay to the House of Lords in England from the Court of Appeal as of right. In that year, however, it was laid down that an appeal lay only with leave¹, but a peculiarity of the English system is that leave to appeal to the House of Lords may be granted either by the Court of Appeal or by the Appeal Committee of the House of Lords itself. This means, in practice, that a would-be appellant has two chances: at the conclusion of the case before the Court of Appeal he may seek the leave of that court to appeal to the House of Lords, and if leave is refused he may then petition the House of Lords itself for leave. Neither the Court of Appeal nor the Appeal Committee normally publish their reasons for granting or refusing leave to appeal to the House of Lords, and it may be that the attitudes of the two bodies to the question are not quite the same.² Nevertheless it seems clear that the importance of the question of law involved will be a major factor, as will the existence of controversy between the judges of the courts below. Although the role of the House of Lords as the creator of case law binding on all lower courts under the rule *stare decisis* is not officially acknowledged in any legislation, there can be no doubt of its own appreciation of its place as the most authoritative source of case law in the country. There can therefore also be no doubt that the significance of the decision of the court below to the law itself, and the need to remove, so far as possible, the uncertainty to which conflicting decisions can give rise, are two of the most important factors to be taken into account when the question whether leave to appeal to the House of Lords should be granted or refused falls to be answered.

Part III: The right to appeal and the function of appellate proceedings

Esmein has suggested that the concept of the appeal is not a simple one; it is a product of experience, '*mais elle répugne naturellement l'esprit populaire. Soumettre à un nouveau juge une cause déjà tranchée par un premier, parce qu'une erreur a pu se commettre, c'est mettre de parti pris la justice en suspicion; et si le premier juge a pu se tromper, pourquoi n'en serait il pas de même du second?*'³ To the two points contained in this passage, two answers may be given. First, if, today, the law were to assert, by denying all right of appeal, that its judges were not only incapable of dishonesty or bias but also infallible, the assertion would be so universally recognised as absurd that the administration of justice would straight

highest State court. Otherwise a petition for 'certiorari' must be submitted; it will be granted if not less than four of the nine Justices are in favour.

1. Administration of Justice (Appeals) Act 1934. A special procedure, also involving the grant of leave to appeal, applies to cases which it is sought to take directly to the House of Lords from the High Court by the 'leap-frog' method, *sup*, n. 39.

2. See Blom Cooper and Drewry, *Final Appeal*, Cap. 7.

3. *Op. cit.*, *supra*, p. 132, n. 1, 257.

away fall into disrepute. Secondly, it is unnecessary in order to justify the existence of a right of appeal to pretend that even final courts of appeal are infallible as well as final. Judicial error and judicial accuracy, like beauty, lie in the eye of the beholder, and it is in the nature of things that when an appellate court 'corrects' an 'error' of the court below, the most that it can actually do is to substitute for what appears to it to be error that which appears to it to be correct. It is, however, entirely natural or 'human' that a defeated litigant should often want a second chance to have his case considered even if he does not believe that he will thereby get 'absolute justice' or an 'objectively correct' decision, and there is, in any case, some reason to believe that the decision of an appellate court has a better prospect of being correct on most questions not depending on the credibility of witnesses than has the court below. Appellate court judges are generally more experienced; the parties and their lawyers will normally take greater pains in the preparation and presentation of the case before the appellate court; and, perhaps most important of all, the questions at issue between the parties will have been clarified and refined through the first instance proceedings so that the appellate court's attention can be concentrated on those aspects of the case that are of the greatest importance.

Satisfaction of the defeated litigant's natural desire to be given the opportunity of having his case reconsidered thus coincides with the public interest in maintaining confidence in the administration of justice and also, if the point is a separate one, with the public interest that even private litigation should be decided 'correctly'.¹ On the other hand, it is obviously contrary both to the public interest and to the private interests of litigants in general to allow an excessively elaborate system of appeals to exist. Apart from the demands of economy and the value of bringing litigation to an end in the interests of stability, as the German National Reporter points out, an '*Instanzenmentalität*' may so infect a legal system that the proceedings at first instance come to be regarded as little more than an unavoidable stage in the progress of the action to a court composed of higher calibre judges. And Professor Allott, in his report for Anglophone Africa, draws attention to the grave social evils that can result especially where, as in West Africa, the view is widely held that no cause is ever so hopeless that one should not keep on trying to pursue it: if too many appeals are open the consequence can be 'personal, family and community beggary.' It has also to be borne in mind that there are always at least two parties to contested litigation and that, even though some legal systems provide for a specific sanction against frivolous appeals and many 'penalise' the loser (whether the instigator of a 'frivolous' appeal or not) by making him pay his opponent's costs as well as his own, it is impossible to give a right of appeal to a defeated litigant with a legitimate grievance without also

1. In the Soviet Union and other socialist countries no litigation is regarded as exclusively the affair of the parties: it is held that there is always a public interest that the ascertainment of the facts and the application of the law be correct. In many classes of litigation representatives of certain organisations may intervene and, if necessary, exercise a right of appeal, and even where this is not so they may call upon the procurator to act.

APPELLATE PROCEEDINGS

putting into the hands of a justly defeated litigant a weapon which he may try to use to obtain an unfair settlement of the case; there is ultimately no way of deciding whether an appeal is justified or not except by submitting it to an appellate court.

It follows that the private interests of litigants as well as the public interest demand a compromise solution. In effect the matters discussed in Part II of this Report on the scope of appellate proceedings – the number of permissible appellate stages, the extent to which the appellate court may consider evidence not before the court below, and so on – represent aspects of the compromise solution which is adopted by every legal system. So also do such technical rules as those imposing time limits for appealing, those restricting the appeal to matters raised by the notice of appeal or equivalent document and others which cannot be mentioned here.¹ There is, however, one particular aspect of the compromise to which attention must be drawn because of its implications, namely, the distinction which is so commonly taken between appeals on fact and appeals on law, and the marked preference that is given almost everywhere to the latter.

This preference is, at least formally, most emphasised in countries where the final court of appeal is a court of cassation, not a court of third instance. In Italy and Belgium the right to take a case to the Court of cassation is actually protected by the Constitution itself; in many countries neither the statutory denial of a right of appeal, for example because of the small monetary value involved in the case, nor the agreement of the parties to dispense with appeal excludes recourse to the Court of cassation; in Uruguay, which does not normally admit cassation in civil cases, there is actually a special procedure – the '*Recurso Extraordinario de Nulidad Notoria*' – which is closely analogous to cassation and which is available, though little used in practice, in cases in which no normal appeal, or no appeal to the Supreme Court, is permitted and the judgment suffers from a manifest legal error. Elsewhere the preference given to appeals on law may be less clearly expressed, but it may be observed, for example, that in the Swedish legislation governing the grant of leave to appeal to the Supreme Court, pride of place is given to cases in which a Supreme Court decision is necessary for securing uniformity in the interpretation or application of the law.² Even in England and the United States, where the criteria for leave to appeal to the House of Lords or the Supreme Court are not legislatively defined, the importance of the question of law involved is clearly a major consideration.³

The preferential treatment accorded to appeals on questions of law is of such long standing and so familiar that it is today taken for granted. It may, there-

1. It is of interest, however, that in some countries the time limits for appeals are absolute while in others – England, for example – the court has a discretion to allow the appeal to be brought out of time. For England see R.S.C., o. 3, r. 5.

2. See *ante*.

3. The English 'leap frog' procedure may be used only if the judge certifies, amongst other things, that 'a point of law of general public importance' is involved. Note also that appeals from the County Court on a point of law lie as of right if more than £20 is at stake, but for an appeal on fact the sum must be £200. For Germany see *ante*, p. 150, n. 2.

fore, not be out of place to remark that its widespread acceptance save, perhaps, in the Soviet Union and other socialist countries where fact and law are equally open both at the stage of the ordinary 'cassatory appeal' and at the extraordinary stage of the Review by way of Supervision, is not to be explained in terms of the Review by way of Supervision, is not to be explained in terms of the private interests of the parties: it makes no difference to a defeated litigant that his opponent's success derives from the court's interpretation of the law rather than from its findings of fact, and it is no more important to him personally to have a right of appeal on law than to have one on fact.

The actual explanation of the preferential treatment given to appeals on law is, no doubt, to be found in the fact that it is generally held to be more important in the public interest that errors of law be exposed and corrected than that mistaken findings of fact be put right. At one level this explanation is no more than a statement of the obvious, but it must be observed that the public interest to be served here is not the mere maintenance of public confidence in the administration of justice, for that aspect of the public interest coincides with the private interests of defeated litigants; the public interest involved has, logically, to be one which is distinct from interests of the parties. Yet, with the exception of the little used recourse 'in the interest of the law' which exists in some countries, it is normally the defeated litigant alone who, outside the socialist countries, can initiate appellate proceedings, whether at the second or third stage of the litigation.

The situation thus arrived at is one of paradox. The second stage appeal, at which both fact and law are open, simultaneously meets both the public and the private interests and it is, no doubt, appropriate that the initiative should normally be restricted to the defeated litigant. The limitations on the scope of the second stage appeal which exist in so many countries may be justified not only by the need for compromise already mentioned but by the need to ensure, so far as possible, that the first instance proceedings are taken seriously by all concerned and are usually regarded by the parties as final: from the 'human' point of view, the best appellate proceedings are those to which neither party to the litigation feels it necessary to resort. On the other hand, where appeal is permitted only on a point of law it is difficult to avoid the conclusion that use is being made by the legislator of the defeated litigant's natural desire to seize upon any chance of avoiding the consequences of a decision against him in order thereby to serve some aspect of the public interest. This, on the face of things, is paradoxical enough, but comparison of the situation in common law countries, which recognise the rule of *stare decisis* with that in 'civil law' countries which, at least formally, do not, reveals a further paradox.

The task of the House of Lords in England, to take but one example of a common law 'Supreme Court,' is statutorily defined: it is to 'determine what of right, and according to the law and custom of this realm, ought to be done'¹ in the

1. *Ante*, p. 139, n. 2.

APPELLATE PROCEEDINGS

subject matter of the appeal. It would be difficult to define the task of an appellate court more widely and less specifically than that, but what is of particular interest here is the total absence of any reference, express or implied, to the fact that the House of Lords is the most authoritative source of binding case law in the English legal system. It is true that for many years after 1876, when the quoted words were enacted, the pretence was maintained that the courts do not make but only declare the law, but this fiction served to give greater, not less, actual authority to the decisions of the House of Lords: once the House had 'declared' the law in a certain sense it was impossible for it subsequently to come to any other conclusion for that would be to change the law, not to declare it, and he who changes the law necessarily also makes it.¹ Only in 1966 did the House of Lords finally free itself from the binding force of its own precedents.² We find, therefore, in a country where the final court of appeal has a fundamental role to play in the actual formulation of the rules of the substantive law – and it would be difficult to conceive of a matter of greater public interest than that – that there is no significant statutory control over the class of case that reaches that court, that no formal preference is given to cases raising important questions of law³, and that there is no provision for ensuring that such cases ever reach the House of Lords. As has been written by a former judge of the House of Lords, 'judges can only make law where there is litigation and there can be no litigation without a plaintiff; and if the point is at all a novel one, he has to be a fairly determined plaintiff and one who is prepared to take his case through the appellate courts and run the risk of having to pay a heavy bill of costs. Quite often the process sticks at the decision of the Court of Appeal and it is difficult to get it going again when it is known that there is not even a hope of success until the case gets to the House of Lords. Half a century is not an unreasonable estimate of the time that is likely to elapse before a doubtful point of law is finally settled.'⁴

From the formal point of view the position in those countries which have a court of cassation or of 'review' is entirely different. Appeal to such a court is supposed to be restricted to points of law, appeal to it is commonly allowed even when no ordinary appeal from the decision at first instance is available, there is a special form of appeal in the interest of the law when the parties do not avail themselves of their right of appeal, and the task of the court is often legislatively related to its role as the guardian of the country's jurisprudence. Italian law, for example, says of the Corte di Cassazione that, 'As the supreme organ of justice, it assures the exact observance and the uniform interpretation of the law, the unity of national law, respect for the limits of the various jurisdictions and it regulates conflicts of competence and attribution'⁵; not a word appears about the rights of

1. *Beamish v. Beamish* (1861) 9 H.L.C. 274.

2. *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234.

3. Except for the 'leap frog' procedure, *ante*, p. 153, n. 3.

4. Devlin, *Samples of Lawmaking*, 14.

5. R.D. of January 30, 1941, No. 12, art. 65; Code of Civil Procedure, art. 362, no. 2. '*Le rôle de la Cour de cassation*', writes Vincent, (*Procédure civile*, ed. 18, no. 145) '*est bien connu: il consiste*

the parties and, in any case, a court of cassation is not thought of as being seised of the entire litigation as a whole. Yet, with very limited exceptions such as the '*doctrina legal*' of Spanish law, no formal recognition of the legal force of precedent is to be found; on the contrary, it is often expressly denied.

The modern resolution of this second paradoxical aspect of the situation now under discussion is, no doubt, to be found in the great and increasing importance that attaches in practice in the 'civil law' countries to precedent decisions and especially to the jurisprudence of the Supreme Court. The inaccuracy of the elementary contrast between the binding rule of precedent of the common law and the theory of the 'civil law' that every judge must interpret the written law for himself is too well known to require elaboration here. What is more, the very large numbers of cases which are decided every year by most courts of cassation testify to the fact that even if the recourse in the interest of the law is little used, more than enough cases reach those courts for them to be able to fulfil their role as producers of '*jurisprudence*'. Indeed, the problem seems to be rather that so many cases reach the courts of cassation that they are unable, even when divided into numerous Chambers, to give adequate consideration to those that really do raise important and controversial points of law. This, it is tentatively suggested, is at least in part a product of the first aspect of the paradox. Since it is primarily if not exclusively left to the initiative of the defeated litigant to bring a case before the court of cassation, it is difficult for that court to avoid feeling a responsibility for the rights of the parties inter se and so to seek to correct any errors in the judgment of the court below which it may perceive, whether by doing so it will serve more than those rights or not: hence the expansion of the jurisdiction of courts of cassation by manipulation of the vague and uncertain distinction between law and fact to which reference has already been made.

Returning to the situation in the common law countries, it is certainly the case that the supreme courts handle far fewer cases than do the majority of those in the countries of the 'civil law'. The Italian Reporter states, for example, that in 1974 the Corte di Cassazione decided nearly 5,000 cases. This is to be contrasted with the Supreme Court of the United States which, in the year 1973–74 declined certiorari in over 3,700 cases and dealt fully with some 170.¹ In England, in 1975, the House of Lords refused leave to appeal in 62 civil cases and decided 27 civil appeals. In the nature of things, therefore, it is to be expected that a very much higher proportion of supreme court decisions in common law countries should be concerned with points of law of some importance, and this expectation seems to be borne out by the facts. The danger is, as indicated in the quotation cited above, that cases which should, in the interest of the law, reach the Supreme Court do not actually do so. The American Reporter claims – and what he says is true, by and large for England also – that legal questions of general importance, including

à réaliser, sans que le précédent ait, en principe, valeur contraignante, l'unification dans l'interprétation des règles de droit'.

1. See [1975] Public Law, 101.

APPELLATE PROCEEDINGS

those of importance to low income persons, racial minorities, or other socially disadvantaged persons, are presented to and decided by the appellate courts with a frequency proportionate to their social importance, thanks to legal aid and other sources of help, but it is probable that these cases, like most others, normally stop at the intermediate court of appeal level.¹ It must be remembered that the decisions of courts of appeal, in common law countries, carry considerable weight as precedents and that in England the decisions of the Court of Appeal are binding on all courts, including itself, except the House of Lords. So far as the Supreme Courts in both England and the United States are concerned, it is probably true that few cases which do not deserve it receive the full and elaborate consideration which is typical of those courts, but he would be a bold man who claimed that even a majority of the cases which, in the interests of the law itself, merit that kind of attention actually receive it.

On the face of things, therefore, it seems that the contribution of the supreme courts of both 'civil' and common law countries would be improved if different methods for the selection of their cases could be devised. It might, indeed, be useful if some system could be found for excluding from courts of cassation those cases in which no genuine point of law of importance was involved, so as to reduce their case loads and enable them to deal more fully and more at leisure with the remaining cases of importance. Such a system would also have the advantage of enhancing the respect accorded to the decisions of courts of cassation as the 'sources of law' that, today, they undoubtedly are in so many countries, strict legal theory to the contrary notwithstanding. To insist upon the grant of 'leave to appeal' before a case could reach a court of cassation would, however, require so radical a departure from the traditions of all the countries concerned and an actual amendment to the Constitution of some of them that its introduction seems unlikely in the foreseeable future. As to the other aspect of the problem – the paradox that appeals which are theoretically or in practice limited to points of law may be initiated only by a party – this Reporter, at least, would not be disposed to recommend any change. It is one thing to give the court itself discretion to exclude from further review cases which one of the parties seeks to have heard by the Supreme Court; it is quite another to give power to some external authority to select, from all those cases decided by a court of appeal, those which, in the public interest, merit further consideration by the Supreme Court. It is true that this is what, in effect, happens with the Soviet 'Review by way of Supervision', but the Soviet Reporter emphasises the exceptional character of that Review and that the Soviet system is essentially one with two and not three stages. The American Reporter observes that in the United States no one class of litigants is able to preempt the attention of the Supreme Court and attributes this to the fact that access is by party initiative alone. The present Reporter respectfully agrees with this and would add that, at least for an empirical and casuistical sys-

1. In 1975 the English Court of Appeal decided a total of 456 civil cases of which 182 (almost 40%) were appeals from the County Court.

tem, such as is the common law, which insists that only matters which have been strenuously argued by interested parties can be satisfactorily decided, the idea of a positive selection of cases for appeal to the Supreme Court to be made by some outside body would be both alien and unsuitable.¹

Part IV: “Humanisation” of appellate proceedings

Cynical though it may appear to be, it is difficult to avoid the conclusion that the role of the individual appellant in the third stage appellate proceedings is little more than that of the initiator of proceedings brought in the public interest: it is normally the party who lost before the court of second instance who brings the appeal before the Supreme Court and, presumably, he does so in what he believes to be his own best interests. But he is allowed to do so, at least in theory, only because it is in the public interest that the Supreme Court should be seised of his case: if and in so far as Supreme Courts concern themselves with questions which are of no general interest because they feel unable to allow a perceived error in the administration of justice between the parties to stand uncorrected, they do, in the opinion of almost all national reporters, go beyond their proper function. There is almost universal agreement that every defeated litigant should have a right of appeal of some kind to a court of second instance save, perhaps, in cases involving only very small amounts of money, but there is also almost universal agreement that the time and effort of Supreme Court Judges should be reserved for important questions of law. With the possible exception of the provision out of public funds for the costs of appeals the hearing of which is beneficial to the law, and thus to the public interest², therefore, there is little to be said about the ‘humanisation’ of the third stage appellate proceedings. Indeed, it might well be argued that a degree of ‘de-humanisation’, especially in the direction of making less accessible those Supreme Courts whose case loads number several thousand cases in each year, would be a desirable reform. It is to the humanisation of the second stage appellate proceedings that attention must be directed. Unfortunately this is more easily said than done.

Almost everyone agrees that a realistic right of appeal from first instance decisions must exist for the majority of cases, but many of the National Reporters also emphasise the importance of maintaining and improving the quality of those decisions so as to minimise the defeated party’s desire to exercise his right of appeal. The most frequently repeated criticism of existing appellate systems relates to their delays, and, though a number of National Reporters indicate that

1. It has to be admitted, however, that in England, of the 27 civil appeals decided by the House of Lords in 1975, 11 were concerned with Revenue.

2. This suggestion is made by a number of the National Reporters. The Egyptian National Reporter, however, takes the opposite view ‘*car les plaideurs ne manquent pas d’envie de se lancer dans des demandes de révision, et il faut bien que cela leur coute un peu, à l’un ou à l’autre, à celui des deux qui se révèle avoir persisté à tort dans cette voie*’.

APPELLATE PROCEEDINGS

certain technical reforms of their procedures may be capable of accelerating the appellate process in their countries, the principal cause of delay almost everywhere is the overloading of the courts of appeal. Only in Holland, it appears, is this over-loading not a problem, and only the Dutch National Reporter regrets the low proportion of appeals from first instance decisions that are taken in his country. He, and he alone, emphasises that the judge of appeal is the final judge of fact and urges appellate judges to make greater use of their powers to order new '*mesures d'instruction*' or the personal appearance of the parties so as to improve their performance at the appellate stage, when, he says, the factual aspect of the case has its greatest importance. Virtually all the other Reporters favour the retention or the introduction of restrictions on the powers of appellate courts to examine and decide the facts of the case *de novo*; the American Reporter actually suggests that the problem of allocating appellate judicial resources has become so serious that some traditional assumptions will have to be abandoned: 'A trial, a meaningful appeal, and an opportunity to present a novel point of law to the highest court, taken together, may be regarded as the fullest form of adjudicative justice. If so, most litigants will have to be given less than that... There are some who believe that greater emphasis should be given to mediation in all its forms, not by exhortation but by making the avenue of litigation even more unattractive than it is now for the irreconcilable disputant. In this perspective, justice with a human face entails an adjudicative process that is supportive rather than preemptive of other decisional processes'. The same Reporter also observes, however, that whether appeals in small claims cases are legally provided for or not, the combination of cost and the principle of party initiation is a powerful inhibitive to appeals in such cases. This, he says, may not be bad in itself, for small claims cases 'can be justly decided even on the basis of imprecise application of law and irregular procedure', but the *de facto* immunity of small claims courts from appellate review 'has left the opportunity to engage in "free jurisprudence" of the worst sort'.

Comparison of these two passages in a single National Report, both, of course, unexceptionable in themselves, reveals one of the principal aspects of the dilemma that faces every legal system. On the one hand a readily accessible, speedy, effective and inexpensive system of appeals is essential both in the interests of individual justice and in order to correct the errors, both substantive and procedural, that can develop and harden into erroneous rules of general application in any first instance court whose decisions are not sufficiently tested on appeal. On the other hand, experience shows almost everywhere that an accessible, effective and inexpensive appellate system is almost bound to become clogged by an excessive case-load and so fail to be speedy – and if it is not speedy it is neither effective nor even accessible in any realistic sense. What is more, the more that an appellate system produces delay in the final determination of a case the more it increases the opportunities which no appellate system can fail to offer to the justly defeated litigant who seeks to postpone the execution of the judgment against him or to force an unfair settlement on his opponent.

The need to arrive at a compromise solution, to which reference has already been made more than once in this Report, is obvious; the question is how best it can be reached. In view of the differences in the style of the proceedings at first instance, in the structure of the system of appellate courts¹, in the legal and judicial professions and, above all, in the traditions and modes of legal thought that exist in different countries, it is manifest that no single answer to this question can exist. Nevertheless, apart from the self-evident advantages that will flow from continued efforts to improve the quality of first instance decisions and to enhance public confidence in them, there are two matters to which reference can usefully be made in a General Report such as this, the first being one of relative detail and the second, much vaguer and more general, one of approach to the solution of the problem in individual legal systems.

1. The defeated plaintiff in any case will rarely have anything to gain by launching an appeal except the wholly legitimate chance that the decision against him will be reversed.² The defeated defendant, on the other hand, may be able to postpone execution of the judgment, thereby both acquiring an immediate benefit for himself and depriving the successful plaintiff of the fruits of his judgment. It is, of course, this fact which is principally responsible for making the right of appeal a weapon in the hands of the unscrupulous defendant. It is, however, impossible to discover whether a defendant has been justly held liable, let alone is making an unscrupulous use of his right of appeal, without at least a preliminary hearing of the appeal itself. Simply to enforce all judgments as soon as they are delivered at first instance is, therefore, as prone to lead to injustice as is invariable refusal of all enforcement until after the appeal has been determined or the time for appealing has expired. Once again, a compromise is essential.

In terms of principle the common law and the 'civil' law deal with this matter from diametrically opposed points of view. In 'civil law' countries a judgment is not perfect – it does not qualify as *res judicata* – until the expiry of the time for appealing, and, since the appeal itself has a suspensive as well as a devolutive effect, the launching of an appeal automatically means that perfection of the judgment, and thus its execution, is postponed until the determination of the appeal.³ In common law countries, on the other hand, a judgment is in theory perfect and enforceable from the moment it is delivered and may, therefore, be enforced immediately; the successful plaintiff need not even wait until the time for appealing has expired before proceeding to execution of the judgment.⁴

1. For example, Belgium and Holland each have five Courts of Appeal situated in different centres; England has but one and this, though it sits in more than one Division, is situated only in London.

2. If and in so far as a judgment against a plaintiff contains an order that he pay costs to the defendant, the launching of an appeal may delay enforcement of that order. To this extent the situation of a defeated plaintiff is similar to that of a defeated defendant.

3. Conversely, except in Holland, a '*pourvoi en cassation*' has no suspensive effect though execution may sometimes be stayed.

4. For the consequences in English law of the reversal of a judgment, see Gordon, 'Effect of

APPELLATE PROCEEDINGS

Needless to say, neither the 'civil' nor the common law systems adhere rigidly to their theoretical starting points. Speaking generally, the courts in 'civil law' countries have discretionary power to order measures aimed at preventing the defendant from disposing of the property in dispute while the appeal is pending and, in many countries, they have power also to order provisional execution, with or without demanding security from the other party. Conversely, in common law countries, the courts may at the request of the defendant order a stay of execution. In both families of legal system, therefore, the compromise solution is usually found by conferring a measure of discretion on the court itself. The emphasis is, however, different in each.

In Uruguay the normal 'civil law' rule that a judgment cannot be executed while an appeal is pending is, as yet, modified only to the extent that the court can order precautionary measures to preserve the property in issue. Even this it may only do on the provision of security by the other party, and in no case can it order provisional execution. This means, of course, that a defeated defendant can, by simply entering an appeal, always keep the plaintiff out of the fruits of the judgment and so bring pressure to bear upon him. In a very frank sentence the Uruguayan Reporter admits that the system of appeals in his country '*facilita el uso de las 'chicanas' y la demora del procedimiento.*'¹

Where the court has power to order provisional execution in addition to precautionary measures, the danger of 'chicanery' is reduced, but it must be remembered that in the 'civil law' systems it is for the plaintiff to persuade the court that provisional execution should be ordered, and he may himself have to give security. In the common law, on the other hand, the situation is reversed and it is for the defendant to show why a stay of execution should be granted. As one English judge put it many years ago, and in a case in which the ultimate payment of damages was already secured by a bond, 'there is no reason, in my opinion, why... we should make a practice of depriving a successful litigant of the fruits of his litigation, and locking up funds to which prima facie he is entitled'.² In general terms

Reversal of Judgment on Acts done between Pronouncement and Reversal' (1958) 74 L.Q.R. 517; (1959) 75 L.Q.R. 85. In Sweden and the U.S.S.R. different rules apply to different kinds of judgment. In the U.S.S.R. the general rule is that a judgment may be executed once it has entered into force, but in certain cases, such as judgments for the payment of maintenance or salaries and for reinstatement in employment, immediate execution is mandatory while in certain others, such as judgments for the payment of damages for personal injuries, complete or partial immediate execution may be ordered in the court's discretion. In Sweden a judgment that the defendant pay a sum of money to the plaintiff may be enforced by distraint, but the property seized may not be sold until the judgment has legal force; a judgment requiring the defendant to deliver up certain property may be enforced if the plaintiff provides security; a judgment of any other kind may be enforced if the court so directs and the plaintiff gives security for any damages to which he may become liable if the judgment is reversed.

1. There is throughout Latin-America a strong reaction against the present antiquated system of civil procedure and there has been agreement on '*Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal de los países latino-americanos*'. In Uruguay itself a proposal for a new code of civil procedure has been revised by the Uruguayan Institute of Procedural Law and is currently under consideration by the Council of State.

2. *The Annot Lyle* (1886) 11 P.D. 114, 116, *per* Bowen L.J.

the only ground upon which the English court will grant a stay of execution is that it is given reason to believe that if damages and costs were to be paid over to the plaintiff, he would be unable to repay them if and when the defendant's appeal succeeded.¹ What is more, at least in England, if a stay of execution is granted and the appeal eventually fails, interest on the amount of the judgment is payable for such time as the appeal has delayed payment of what is due.²

As a common lawyer himself, the General Reporter makes the suggestion with diffidence, but it does appear likely that the risk of abuse of the right of appeal is lessened without undue danger to the interests of the bona fide appellant if the presumption is, as it is in the common law, in favour of immediate execution of the judgment given at first instance and it is left to the appellant to seek the exercise of the court's discretion in favour of a stay.

It is, of course, true that for 'civil law' countries to reverse the presumption that presently operates against the immediate execution of first instance judgments while an appeal is pending would be to deny the suspensive effect of the appeal and would run counter to its theoretical nature as a continuation of the proceedings. If, therefore, the suggestion just made were to find favour on practical grounds in a 'civil law' country, its adoption would involve the sacrifice of theory to practice; it is appropriate, therefore, to conclude this Report with some reflections on the relationship between theoretical and practical considerations with reference to the 'humanisation' of appellate proceedings.

2. It is a well known feature of European legal history that the predominance of written procedures, the division of the proceedings themselves into rigidly separated stages and the anxiety to provide maximum guarantees against injustice gave rise to an exceedingly complex system of appellate proceedings and an excessive number of possibilities for appeal.³ The German National Reporter goes so far as to say for the Germany of today, that, '*Das Rechtsbehelfssystem der BRD zeichnet sich durch eine derart hypertrophe Vielfalt von Rechtsmitteln und – behelfen unterschiedlichster Benennung und Gestalt, durch ein solches Gewirr von Regeln und Ausnahmen und dermassen undurchsichtige Konkurrenz – und Kompetenzverhältnisse aus, dass man die BRD schon abschätzig als 'Rechtsmittelstaat' tituliert hat.*' For Uruguay, where the law of civil procedure in general still retains in larger measure than that of many European countries the characteristics of the romano-canonical system from which it is descended, the National Reporter actually says that '*nuestro sistema, como casi todos los de los demás países latino-americanos, prefieren conservar las garantías procesales del litigante que, con el fin de limitar los abusos, dotar al Juez de mayores poderes*' and that '*debemos concluir que el sistema uruguayo no responde, no sólo a las nuevas necesidades socio-económicas, sino, aún a las del siglo pasado.*'

In the common law world, on the other hand, though the influence of the old,

1. *Barker v. Lavery* (1885) 14 Q.B D 769.

2. R.S.C., o. 59, r. 13 (2).

3. See e.g. Engelmann and others, *History of Continental Civil Procedure*, 588 et seq.

APPELLATE PROCEEDINGS

technical, writ of error is more strongly felt in the United States¹, where jury trial retains so much of its original importance, than in England, the great reforms of the nineteenth century – and especially the adoption and adaptation in England of the old Equity appeal ‘by way of rehearing’ – has had a tendency to liberate the law from some of its earlier preconceptions and so to discourage attempts to solve modern problems by logical, even legalistic, attempts to deduce the solutions from ancient theory. In England, notwithstanding the near universality of the right of appeal, all rights of appeal are statutory, which means for a common law system that the right of appeal is not regarded as a built in and theoretically inevitable element of the legal structure², that technical rules such as those concerning the statement of grounds of appeal, time limits, admissibility of fresh evidence, and so on are contained in Rules of Court which are capable of relatively easy change by the so-called ‘Rules Committee’ within the statutory limits of its power of delegated legislation,³ and that considerably more is left to the discretion of the court in each case than appears to be the position elsewhere.

It is by no means the General Reporter’s intention to imply that one system is superior to another: this is neither the task of a General Reporter nor the proper role of a broadly based comparative account. As the Soviet Reporter has said, ‘*la question de savoir quel système de contrôle de jugements des tribunaux de première instance est le meilleur au vingtième siècle doit être résolue en fonction de l’expérience historique et des conditions concrètes de chaque pays.*’ It is, however, necessary to stress once again that attempts to modernise, to improve, to ‘humanize’, the system of appellate proceedings must consist essentially in trying to discover the most suitable form of compromise between giving to every defeated litigant an absolute right to a complete and unrestricted second consideration of the entire case, on the one hand, and the imposition of excessive and unfair limitations on the right of appeal in the form of technical rules or by failure to remove certain practical obstacles to the exercise of a right of appeal such as high costs and lack of legal aid, on the other. This has two important and connected consequences.

The first of these consequences is that it has to be appreciated that a satisfactory compromise is unlikely to be reached if a controlling part continues to be played by outmoded considerations of a largely theoretical character which are themselves based upon court structures and rules developed under conditions very dif-

1. See the discussion of appeal for ‘error’ and ‘rehearing’ in Fleming James, *Civil Procedure*, 521 et seq.

2. This is important much more for its effect on habits and modes of thought about appeals than as a factor restricting the right of appeal in practice. ‘When a question is stated to be referred to an established Court without more, it, in my opinion, imports that the ordinary incidents of the procedure of that Court are to attach, and also that any general right of appeal from its decisions likewise attaches’: *National Telephone Co. Ltd. v. Postmaster General* [1913] A.C. 546, 552, per Viscount Haldane L.C. See also *Final Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure*, Cmd. 8878 (1953) Section VII.

3. The power is defined by s. 99 of the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925. In general terms it covers all matters of ‘procedure and practice’.

ferent from those prevailing at the present time. It must be recognised, for example, that the 'principle' that every first instance decision is susceptible to appeal may well mean, in practice, that the right to appeal is available not to every defeated litigant but only to those who can finance an appeal out of their own resources and to those who can obtain legal aid. And, so far as the latter class of person is concerned, this in its turn may mean that in effect those who control the grant of legal aid actually exercise a power to grant or refuse 'leave to appeal'. If this is so then a compromise solution is already actually in operation; there is not in reality an unqualified right of appeal possessed by all defeated litigants, and it becomes important to ask whether the compromise solution that has come to operate by force of circumstances operates satisfactorily in practice. It might, perhaps, be preferable to abandon the 'paper' principle that the right of appeal is generally available and instead to provide openly that leave to appeal should be obtained from the court of first instance or from the court of appeal in all cases. Equally important is the avoidance, so far as possible, of unthinking, almost instinctive reliance upon familiar terminology, the inadequacy and ambiguity of which has been demonstrated beyond argument. There is, for example, a continuing tendency to employ as a major instrument in allocating competence and in defining the scope of an appeal the notoriously unsatisfactory distinction between law and fact to which reference has so often been made in this report. Compromises, almost by definition, require modification of principle and appreciation of realities within individual legal systems: empirical research and concrete analysis of the practical effect of particular rules of competence and procedure within a particular society at a particular time would seem to be indispensable.

The second consequence is that it has also to be appreciated that procedural and other devices that are introduced to correct imbalances in the compromise solution that must be sought, however satisfactorily they may work when first introduced, are likely to have no more than a limited useful life. For example, a reform which is introduced with the object of reducing delays and cutting down the opportunities for abuse of the right of appeal by limiting the scope of appellate review of the evidence, or limiting the right of the parties to introduce new evidence on appeal, is capable, in course of time, of having the undesired consequences of discouraging appeals which should be brought, of leaving errors uncorrected and of depriving appellate courts of the opportunity of keeping the substantive law itself up to date. This point can be illustrated both comparatively, between legal systems, and historically within a single legal system.

It has been mentioned that the Dutch Reporter considers that the number of appeals brought in his country is at present undesirably low, and he proposes, accordingly, that the scope of the appeal should be enlarged; but many other Reporters from 'civil law' countries, finding that in their situation the appellate courts are overloaded, take the exactly opposite view. It seems likely on the face of things that, in the light of different conditions actually prevailing in the different countries concerned, both views are, for the time being and in their different societies, correct. From the historical point of view the point emerges clearly

from the English appellate practice with regard to awards of damages for personal injuries. For many years the English Court of Appeal virtually refused to entertain appeals concerned with the amount of such awards: the view was taken that there can be little by way of principle in their assessment and that they could only be fixed impressionistically by a jury, or by a judge alone acting as would a jury. The virtual disappearance of juries, however, coupled with an increasingly felt need that comparable awards should be made in comparable cases has led to a revision by the Court of Appeal of its former attitude; not only does it now much more readily review awards of damages that it did in the past, but it has begun to develop principles for their assessment. In short, the need to find ways of making awards of damages more uniform has led the Court of Appeal to change its practice. And this, it is suggested, is a simple example of what must occur regularly if appellate systems are to serve the needs of their time. Empiricism and a willingness continually to adapt the law, by legislation and by case law or '*jurisprudence*', to changing needs are far more likely to produce and maintain an acceptable, efficient, and 'human' compromise solution than is a process of theoretical analysis and refinement based on 'principles' which were established in another age.

Conclusion and Apologia

In preparing the original questionnaire and request for help which was sent to the National Reporters, the General Reporter hoped, somewhat ingenuously as it now appears, that it would be possible for him to produce a General Report which would deal in some detail with appellate proceedings in different countries and would give consideration to their 'humanisation' from such points of view as that of improving contact between parties and court, simplifying procedures and increasing their comprehensibility, and overcoming the inequalities between the parties by legal aid or other means. Many of these matters are in fact dealt with in the National Reports, but the study of those reports as a group revealed that a comparative treatment of them would require not only the virtual reproduction of each National Report but also a substantial account of the background against which each of them was written. The 'humanization' of appellate proceedings, like other aspects of procedure, can only profit from comparative study, but such a study must itself start from the basis of an understanding of the language, the character, the modes of thought, of the different legal systems and also of the roles which each of them envisages for the different stages. If this Report helps to avoid the kind of misunderstandings which so frequently mar attempts to learn from the comparative study of procedural law and to provide a basis from which useful discussion can proceed, it will have succeeded in the more modest objectives which the General Reporter finally set himself.

ACCESSIBILITY OF LEGAL
PROCEDURES FOR THE
UNDERPRIVILEGED:
LEGAL AID AND ADVICE

PROF. DR. VITTORIO DENTI

(Pavia)

1. This general report is based on 20 national reports concerning the following countries: 1. Austria (König); 2. Australia (Epstein); 3. Belgium (Van Den Heuvel); 4. Canada (Zemans); 5. Colombia (Devis Echandia); 6. Denmark (Boman); 7. England (Partington); 8. Finland (Boman); 9. France (Pradel); 10. Italy (Vigoriti); 11. Japan (Kojima); 12. Malta (Ganado); 13. Mexico (Oñate); 14. Norway (Boman); 15. South Africa (Gross); 16. South Korea (Sang Hyn Song); 17. Spain (De Miguel); 18. Sweden (Boman); 19. United States (Handler); 20. West Germany (Baumgärtel), and on two reports dealing with groups of countries having similar systems, i.e. 1. the Socialist countries (Wengerek) and 2. the new African nations (Reyntjens).

Rather than analyzing in detail the rules which regulate legal assistance to the underprivileged in the countries considered, this report attempts to bring to light the general trends in this field, as they emerge from the most recent developments of legal systems. In order to understand this evolution, a few preliminary considerations should be made.

(a) Legal assistance, in its present meaning, is the result of an evolution of the concept of legal systems, which started at the end of the 19th century, from the merely formal right to legal protection to the guarantee of a more substantial equality of the parties before courts.

Prior to this evolution, triggered by the action of political movements in defense of social rights, legal assistance to the poor had always had a connotation of charity, both when provided by private organizations (which were mainly religious) and when recognized by Public Authorities (as in the proceedings *in forma pauperis* of the English law), or granted through public assistance bodies ('*Avvocatura dei Poveri*', staff attorney for the poor, which existed in some Italian states before the unification of the country.)

According to this charitable approach, the poor is not regarded as an individual with temporary economic difficulties, but is assigned to a rigid social class, governed by rules which, on one hand, tend to meet the needs of the poor while on the other they objectively contribute to the crystallization of the category and hinder social mobility. As is well known, these are the characteristics of the English *poor law*, which grants legal assistance to the indigent as a gift to a social class which, by definition, does not have the same rights as the ruling class.¹

(b) The increasing appeal of social ideologies at the turn of the century prompted the diffusion of legal aid services, essentially in three directions: 1. legal assistance as an honorary duty inherent to the professional *status* of lawyers who, according to the system first introduced in France² and subsequently adopted by other European countries (assistance judiciaire, gratuito patrocinio, etc.) were

1. On the historical evolution of this problem, see Abel-Smith and Stevens, *In Search of Justice: Law, Society and the Legal System*, London, 1968; Levitan, *The Great Society's Poor Law*, Baltimore, 1969.

2. The first organic French law on legal assistance dates back to 1851: see Solus and Perrot, *Droit judiciaire privé*, I, Paris, 1961, p. 960; Pelletier, *Legal Aid in France, Notre Dame Lawyer*, 42 (1967) 627.

to offer unpaid services; 2. solidary forms of legal assistance, initially within closely related social groups, and then extended to all underprivileged people (legal aid societies in the U.S., first found in groups of immigrants); 3. public intervention in legal assistance, mainly through local administrations (public defender offices in the U.S., public advice bureaus in Europe).

(c) The social ideology which exerted the strongest influence on the administration of justice in Europe is the so-called legal socialism, as theorized by the Austrian scholar Anton Menger. According to these theories, the substantial inequality of the parties before the judge can be eliminated by endowing the judge himself with the power to assist the socially weaker party: the Court thus departs from its passive umpire role to take investigatory initiative and to secure, assemble and present proof to get a better knowledge of material facts. This emerging trend was first carried into effect in the reform of the Austrian law of civil procedure of 1895 (due to the work of Franz Klein), which subsequently influenced the most important reforms in European countries.¹ In fact, along this line, the judge has been given *ex officio* initiative powers with regard to evidence mainly in connection with those proceedings where one of the parties is assumed to be economically weak, as in labor conflicts or small claims.

As I will discuss later, the reforms accomplished in the Socialist countries are also connected with this trend.

2. The political evolution of democratic states towards a higher social justice, mainly after World War II, has brought the problem of legal assistance to the poor into the bigger realm of social assistance, within the general frame of the so-called Welfare State. The major reforms in the field of legal aid, from the English reform of 1949 to the Swedish law of 1973, were prompted by a number of factors which are worth analyzing.

(a) In the first place, the traditional concept of the civil lawsuit as a structure of formal guarantees, derived from the 19th century liberal tradition, is increasingly challenged. Even the legal systems most reluctant to abandon the adversary system in civil proceedings are forced to introduce more and more exceptions, under the pressure of growing social demands. Thus, within the scheme of the ordinary civil proceeding, certain categories of conflicts (such as labor conflicts) are singled out and handled according to a different procedure (e.g. by endowing the judge with powers of *ex officio* initiative, following the above-mentioned trend derived from legal socialism); alternatively, the ordinary system is integrated with special judicial bodies (English tribunals, U.S. Administrative Agencies) which are less bound to ordinary legal procedures and are characterized by wider powers en-

1. On the influence exerted by Menger on the Austrian reform, and on Franz Klein's work, see the recent paper by Langer, *Rechtsuchender und Richter in Österreich, Jur. Zeit.*, 32, (1977) 376. On the role of Anton Menger within the framework of legal socialism, see the recently published book by Willrodt v. Westernhagen, *Recht und Soziale Frage. Die Sozial- und Rechtsphilosophie Anton Mengers*, Hamburg 1975.

trusted to the judge.¹ This evolution has also led to the diffusion of simpler proceedings for small claims, marked by the lower cost of the litigation, by a speedy procedure and by the equitable and conciliatory powers of the judge.²

(b) The persistence of the adversary system in ordinary proceedings emphasizes the need for guarantees of a true equality between the parties, and therefore the right of the weaker party to an adequate opportunity to present his evidence and argument to the Court. This need is in line with the traditional concept of proceedings, which stresses the neutrality of the judge as opposed to any active and direct involvement with inquisitory functions. It is thus recognized that the maintenance of the adversary system demands that the parties can effectively carry out their defense, which implies their assistance by a counsel.³

(c) The legal aid as an expression of the right to counsel, fully develops after World War II, as the fulfilment of a constitutional right, also codified in international treaties such as the European Convention for Human Rights. In this connection, one should also mention the significative evolution in the decisions of Constitutional Courts, which have put increasing emphasis on the right to counsel first in criminal and, more recently, also in civil cases. Generally, in the countries having a written constitution, the right to counsel is directly or indirectly embodied in constitutional principles. Direct recognition of this right can be found in the Italian constitution of 1947 (art. 24), and in the Japanese constitution of 1946 (art. 32), while in the constitution of the German Federal Republic (art. 101 and 103) and in the constitution of the United States (14th amendment) the recognition is indirect, resulting from the combination of different rules.

The most relevant example of the constitutional evolution mentioned above can be found in the decisions of the U.S. Supreme Court. Since the *Johnson vs. Zerbst* case of 1938, the Supreme Court has progressively stressed the constitutional right of defendants unable to pay for a lawyer to be assisted by a counsel appointed by the judge. Further ahead along this trend are the decisions in the famous case *Gideon vs. Wainwright* of 1963, where the indigent's right to appointed counsel was extended to state suits, and that of the *Argersinger vs. Hamlin* case of 1972, envisaging counsel paid with public funds whenever the defendant may be subject to imprisonment. In the *Boddie vs. Connecticut* case of 1971 the Supreme Court has extended these guarantees also to civil proceedings, by stating the principle of free counsel for the poor whenever (as in divorce cases) the intervention of the court is required to protect individual rights.⁴

1. This evolution in the concept of legal proceeding is discussed in detail by Cappelletti in *Social and Political Aspects of Civil Procedure. Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*. *Mich. L. Rev.*, 69 (1971), 847.

2. On this subject, see Ison, *Small Claims*, *Mod. L. Rev.*, 35, (1972), 18.

3. The problem is discussed by Goodpaster, *The Integration of Equal Protection, Due Process Standards, and the Indigent's Right of Free Access to the Courts*, *Iowa L. Rev.*, 56 (1970), 223 and by Adams, *Toward a Mobilization of the Adversary Process*, *Osgoode Hall L.J.*, 12 (1974) 569.

4. See Cappelletti, *Legal Assistance and Modern Constitutionalism*, in Cappelletti, Gordley and Johnson (Eds.): *Toward Equal Justice; A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*, Milan, 1975, p. 64.

V. DENTI

(d) Finally, the welfare state, the latest evolution of the liberal state, gives way to a more socially-oriented state, as reflected in the constitutions drawn after World War II. The most prominent task of the new state is to remove all obstacles which *de facto* prevent the attainment of true equality between citizens. The poor is thus no longer assisted as a member of a crystallized class, and the legal aid system becomes an instrument of social advancement. The attainment of a better social justice through civil justice is the goal of all the reforms which, from the English Legal Aid and Advice Act of 1949, have shaped the recent evolution of legal assistance in modern states.¹

3. Before analyzing the trends of legal aid systems in the second half of our century, it should be reminded that the attitude towards this problem has been greatly influenced by the characteristics of the legal profession. With the exception of Socialist countries, where the legal profession has become a public service (though conceived as a social organization of public interest, relatively unrelated to the State apparatus), in modern society the legal profession has maintained its liberal character stemming from the 19th century bourgeois tradition. These features have strongly influenced the attitude of the legal profession with regard to the evolution of the various forms of legal assistance. This attitude can be summarized as follows:

(a) Lawyers have clung to the principle of their 'neutrality' towards the values involved in legal conflicts. According to the traditional approach, the lawyer should only work to win the case, by bending the application of the law towards his client's interest, while disregarding any broader social or economical implication. This is a purely technical interpretation of the lawyer's function, directly derived from the kind of education administered in law schools: a strictly legal education, with little or no economic, historical or social background.²

(b) Lawyers have stubbornly defended the private character of their profession, sternly refusing any reform attempting to turn it into a kind of bureaucratic office, by accepting a public position for legal assistance purposes. This negative attitude became apparent in the U.S. in the first decade of this century, when the first public defender offices were established, and in subsequent years, up to the creation of public centers of legal assistance within the Legal Services Program which was begun in 1964. The same attitude could be found in Italy at the beginning of the century, when several bills were drawn up, aimed at creating staff-attorney offices for the indigent. Also in England, the proposal by labour lawyers

1. This subject is discussed in particular by the reformers who set up the O.E.O. Legal Services Program in the U.S. See Cahn, *The War on Poverty: a Civilian Perspective*, Yale L.J., 73 (1974) 1317; Carlin, Howard and Messinger, *Civil Justice and the Poor: Issues for Sociological Research*, *Law and Soc. Rev.*, 2 (1966) 9; and, lastly, Gordley, *Legal Aid as a Welfare Right*, in the vol. *Toward Equal Justice*, op. cit., p. 109.

2. For a discussion of the problem see, for example, Geck, *The Reform of Legal Education in the Federal Republic of Germany*, *Am. J. Comp. L.*, 25 (1977), 86.

LEGAL AID AND ADVICE

to set up public centers of legal advice, as provided for in the Legal Aid Act of 1949, has been strongly opposed.¹

(c) The legal profession has rejected any attempt to broaden the duties of lawyers beyond counseling in individual cases, to encompass the need to better inform the underprivileged on their rights, and to promote legislative and administrative reforms to ease their economic and social problems. The defense of this traditional image has been carried out by keeping the rules of lawyers' ethics along the line of a merely personal lawyer-client relationship, and by opposing any change in the canons, in response to arising social demands.

The traditional picture began to change only in the Sixties when, amidst a legal profession still largely bound to the old liberal schemes, the reform movements led to the birth of a new type of lawyer, the public interest lawyer. Among the new tasks of lawyers, in defense of general interest beyond the lawyer-client relationship, stands the fostering of the economic and social advancement of the underprivileged, as an integrant part of legal assistance. This implies a new approach and a new behavior, spanning from the spreading of information on the new legal assistance services to the handling of the costs of litigation.²

However, the resistance of the legal profession to these new trends is still very strong. In particular, any plan to turn the legal profession into a public service is still sternly opposed, while the intervention of the state is accepted only insofar as it is a means to pay for private lawyers' fees with public money. On the other hand, this kind of approach is also shared by some Constitutional Courts. For example, the Austrian Constitutional Court, in a decision of December 19 1972, ruled against the existing law on legal assistance on the grounds that the provision for free services by private lawyers to the indigent violated the equality principle.³

4. Another factor which has strongly spurred the evolution of the systems of legal assistance is the high number of sociological studies carried out in many countries on the relationships between poverty and justice. These investigations have been mainly performed in the U.S. and in England: in this respect, the contributions of the London School of Economics and of the American Bar Foundation are particularly noticeable.⁴ The Welfare State model and the expansion of

1. On these attitudes of the legal profession, see Countryman and Finman, *The Lawyer in Modern Society*, Boston 1966; Zander, *Lawyers and the Public Interest. A Study in Restrictive Practice*, London 1968; Auerbach, *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, New York Bloomfield, *American Lawyers in a Changing Society*, Cambridge, Mass., 1976.

2. On the figure of the public lawyer, see Cappelletti, *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, *Mich. L. Rev.*, 73 (1975), 793; Rabin, *Lawyers for Social Change: Perspective on Public Interest Law*, *Stanf. L. Rev.*, 28 (1976), 207.

3. The decision of the Austrian Verfassungsgerichtshof can be found in Cappelletti, Gordley and Johnson, *Toward Equal Justice*, op. cit., 721.

4. With regard to England, see Abel-Smith, Zander and Brooke, *Legal Problems and the Citizen*, London, 1972 and Morris (et. al.) *Social Needs and Legal Action*, London, 1973. For

the Antipoverty Program have both led to the awareness that, among the many needs of the underprivileged, legal assistance is an essential component of their social advancement. In particular, the investigations performed have pointed out a series of factors which still hamper this process, among which:

(a) The lack of information, among the poor, about their rights and the way to enforce them. This is true even for special statutes in favor of the lower classes, such as those on housing and welfare. Moreover, the lack of information is often accompanied by the traditional suspiciousness of the poor towards the administration of justice, which has long been considered repressive and inflexible, as criminal justice is.

(b) The fact that poor people generally live far from the center of big cities, where are most lawyers' offices, together with tight working schedules, make it difficult for them to consult a lawyer in case of need. This also holds for rural communities in isolated areas.

(c) A social and cultural gap generally divides the poor from lawyers and judges. Besides differences in economic status and level of education, factors such as race, nationality or recent immigration also play a major role. Actually, within a poor community, there are often minorities further hampered by communication problems due to language, habits or religious beliefs.

(d) Finally, it is becoming increasingly clear that legal protection, in the case of the underprivileged, does not simply mean to solve individual controversies, and that only special statutes and administrative measures can tackle the difficult problems of housing, education, employment and welfare these groups are faced with.

In the light of the studies mentioned above, the 'need for justice' has acquired a clearer contour: it is no longer the need to be represented by a lawyer, according to the traditional model, but rather the need to be assisted at different levels, throughout the course of a legal action. In this context, the function of legal advice as a necessary integration of legal aid, has come to be regarded as a basic step in social assistance.

The sociological studies performed have also yielded data on the relationship between costs and benefits afforded by the different types of legal assistance (private lawyers, staff attorneys, etc.). In addition, these investigations have shown the types of controversies for which assistance is most commonly sought. The poor have thus been found to resort to counsel for 'traditional' needs only: consequently, a promotion activity would be necessary, to make the underprivileged aware of their actual need for social advancement.

5. Looking at the overall picture of legal assistance in contemporary countries (with the exception of Socialist countries, which will be dealt with separately), three basic trends emerge:

the United States, see the review by Rumi Paroni, *Studi e ricerche sull'assistenza legale ai non abbienti negli Stati Uniti, Sociologia del Diritto*, 1974, p. 171.

LEGAL AID AND ADVICE

(1) The first views legal assistance as a problem of equality before the judge: the emphasis is thus on the granting of free counsel, which can be attained in different ways: coverage of the lawyer's fee by the state or, at any rate, by public funds; introduction of a system of prepaid legal services as a form of (public or private) insurance¹, unpaid services by private lawyers, counterbalanced by other advantages from the point of view of their professional status.

(2) A second approach sees the services rendered by private lawyers as being of public and social interest, within the framework of a wider assistance program directed, or at least controlled, by public bodies, even though not completely ruling out assistance on a private basis (e.g. the assistance afforded by some workers unions to their members).²

(3) The third trend envisages legal assistance as part of a wider scope social service: according to this concept, the goal of social advancement should in principle be more effectively reached by public centers, operating within the general plan for a more advanced social justice.³

These three trends should be examined separately even if, in some countries, they coexist. Often, in fact, the traditional models of legal assistance can be found together with more advanced forms, as expressed by progressive political movements.

6. The first trend, certainly more homogeneous with the laws of civil procedure in liberal countries, can be traced in the legal systems which have maintained practically unchanged the scheme of legal assistance introduced in the second half of the 19th century. These were based on: (a) the obligation for the lawyer to render free services to indigent litigants; (b) special committees establishing the requisites to be met to be eligible for free assistance; (c) a preliminary inquiry into the probability of a favorable outcome.

This view of legal assistance as an honorary duty of the lawyer, has remained practically unchanged in the countries (like Italy, Spain and Belgium) where the legislation is still that of the 19th century. On the contrary, in other countries, changes have recently been made, leading to the introduction of direct or indirect coverage of lawyers' fees. In general, these fees are kept lower than ordinary ones. Also, the most recent statutes (i.e. the French statute of 1972)⁴ envisage the possibility of partial assistance only, for those who can in part sustain the cost of litigation. All these reforms provide that fees are paid directly to the lawyer on

1. On this form of assistance, see the investigation carried out by Pfennigstorf, *Legal Impense Insurance. The European Experience in Financing Legal Services*, Chicago, 1975.

2. On legal assistance by trade unions, see, e.g., Latta and Lewis, *Trade Union Legal Services*, *Brit. Journ. Ind. Rel.*, 12 (1974) 56.

3. The various ways of delivering legal assistance are discussed in Johnson, *Alternative Methods of Delivering Legal Services to Low-Income Persons*, in Cappelletti, Gordley and Johnson, *Toward Equal Justice*, op. cit., p. 136.

4. On the French reform of 1972, see Oppetit, *L'aide judiciaire*, *Rec. Dalloz, Chr.*, 1972, 41; Danses, *Reform des Armenrechts in Frankreich*, *Juristenz.*, 1976, 208.

public funds; however, proposals of some indirect compensation have been put forward: for example, the Austrian law of 1972 has solved the problem created by the above mentioned decision of the Constitutional Court by allocating public money to increase lawyers' insurance and social security funds. All these systems leave a great deal of autonomy to professional associations in deciding the forms of legal assistance and in checking the effectiveness of services rendered by lawyers, while lacking any capillary legal advice organization. In fact, even in the countries (like Germany and France) where some forms of legal advice have been introduced there is no socially-oriented public service but merely bar associations offering advice on an occasional, and consequently cursory, basis.

As already mentioned, the solution to the problem usually preferred in these countries is simply the provision for free civil justice, a goal which is sometimes attained by private forms of insurance to cover legal expenses. This approach is favored, when not promoted, by many professional associations even in countries (like the U.S.¹) where legal aid has long shown different trends. On the other hand, it is perfectly understandable that lawyers tend to avoid any kind of public control of their professional activity: and such a control would to a certain extent be unavoidable if the state takes upon itself the coverage of legal expenses for the poor. It should also be remembered that the traditional attitude of the legal profession stands against any form of assistance which goes beyond the solution of technical problems connected with individual cases, and which tries to establish a link between legal aid and social advancement.

Furthermore, it is not surprising that the lawyers' attitude can strongly influence the reforms taking place in the field of legal assistance, given the political weight that the category has maintained (though reduced if compared to the past) in legislative bodies.

7. The second trend, which envisages private lawyers services within the framework of an organic system, integrated by the activity of public organisms, is embodied in the reforms carried out in England after 1949, in the Canadian province of Quebec in 1972 and in Sweden after 1973. These reforms clearly fall within a broader system of social assistance, where legal assistance is only one of the basic tasks of the state, according to the Welfare state ideology. What has been done up to now is still a long way from a National Legal Service, comparable to the National Health Service in the field of health care, but the idea underlying the two programs is the same. The only partial accomplishment of these plans can be accounted for by the opposition of lawyers who, also in these countries, are unwilling to accept any form of public control or organization, and also by the economic crisis which, from the beginning of the Seventies, has led to drastic cuts in public assistance funds.

As already said, the most important model of this trend is the English Legal

1. See, for example, the *National Conference on Prepaid Legal Services*, sponsored by the American Bar Association in 1972.

LEGAL AID AND ADVICE

Aid and Advice Act of 1949, a flexible scheme allowing partial realizations at different times. Indeed, even now the English Legal Aid does not cover all the forms of assistance of the initial scheme, since it does not provide for any kind of representation before most tribunals (special administrative courts) and since public assistance bureaus have not yet been created. On the other hand, a connection has recently been established between Legal Advice and Citizens' Advice Bureaus, which is regarded as one of the most important points of the scheme. In addition, outside this national plan, Legal Center and Neighborhood Law Center have been set up on the initiative of local administrations, in line with the basic principle of assistance, according to the Society of Labour Lawyers, which advocates a widening of the social basis of legal assistance.¹ In England, the obstacles to the full accomplishment of this program are difficult to overcome also because, since the beginning, the Legal Aid has been run by the Law Society, the association of English solicitors which has carried out its realization mainly in accordance with the interests of the category. As a consequence, proposals have been made to entrust an independent public body, not connected with the Government (Legal Services Commission) with the administration of Legal Aid, in order to overcome the present conflict between public interest and the private interests of the members of the Law Society.²

Like the English reform, the Swedish reform of 1973, though one of the most advanced legal assistance laws in Europe, is a compromise between the traditional model of services rendered by private lawyers and the need to organize assistance by means of public offices established for this purpose. Based on the public offices of legal assistance created since 1919 by local bodies and subsequently financially supported by the state, the Swedish reform regulates the activity of public law offices (30 in the whole country) under the supervision of regional bodies and financially supported by the state, in addition to assistance by private lawyers. Those who need legal assistance may choose either the private practitioner or the lawyer in a public law office, there is therefore no monopoly, but it is worth reminding that these public law offices have been set up mainly to meet the need for legal advice, on the assumption that the underprivileged would benefit more from a public service created to this purpose, than from advice given by private lawyers.

As we have seen, the solution adopted in these countries is basically a compromise between Legal Aid through private lawyers and assistance by public law offices. And if public Legal Advice schemes are aimed at relating assistance to the needs of the categories involved, they too view assistance as the mere solution of individual problems in a given situation, failing to take into account the legal needs of the underprivileged as social categories. Assistance is closely connected

1. On the English experience, see the comprehensive work by Pollock, *Legal Aid. The First 25 Years*, London, 1975.

2. On the subject, see the *Evidence* presented to the Royal Commission on Legal Services by the Society of Labour Lawyers in July 1977, and the *Evidence* presented to the same Commission by M. Zander in September 1976.

with the phenomenon of the 'right to counsel' and therefore disregards the problems which go beyond the courtroom, to broaden the scope of the law reform for the poor.

8. The most significant example of the third trend outlined above is no doubt represented by the Legal Service Program, the most advanced Legal Aid program in capitalist countries, carried out between 1964 and 1974 within the frame of the Office of Economic Opportunity (O.E.O.), created by the Johnson administration for the purpose of fighting poverty in the U.S.¹

The program was devised by experts who had spent several years investigating the 'need for justice' and who were convinced that a true social promotion of the underprivileged would call for a modification in the traditional client lawyer relationship. Pivot of the reform were the Neighborhood Law Firms, set up in low-class neighborhoods in big cities and in rural areas, where legal assistance was provided, either on a part-time or on a full-time basis, by lawyers whose salary was paid on public funds. According to the philosophy of the program.²

(a) The activity of the centers of legal assistance was to be advertised among the social categories to be helped, through a widespread network of information (public debates, leaflets distributed in the streets, ads through local radio and TV stations). Mobile offices were also used to take the advice centers as close to the poor people as possible. This activity, in contrast with the traditional privacy of the legal profession, was the source of many ethical problems which were brought before the judge by many lawyers associations and were solved with great difficulties.

(b) The program intended to exert a strong law reform action. This was done through test cases, relevant to the needs of the poor, so as to lead to significant decisions mainly by the Supreme Court. This technique of legal action availed itself of common law procedures such as the class actions, to enforce rights belonging to the whole category involved, through the case brought by some of the class members. Actually, many decisions of the U.S. Supreme Court concerning civil right and social equality were the result of actions brought by the lawyers belonging to O.E.O. This law reform activity, carried out with the traditional means of new trends of decisions of the upper courts, was combined with actions aiming at bringing about legislative and administrative changes in favor of the poor, where intervention was most dramatically needed: housing, welfare, urban policy. For this purpose citizens interested in these problems were also organized into pressure groups, exerting their action before central and local administrations.

(c) Finally, the program was also characterized by the direct participation, in the running of the assistance centers, of representatives of the benefiting catego-

1. The American experience is described in detail in Johnson, *Justice and Reform. The Formative Years of the OEO Legal Services Program*, New York, 1974.

2. The Guidelines for Legal Services Programs can be found in Cappelletti, Gordley and Johnson, *Toward Equal Justice*, op. cit., p. 453.

ries. This kind of intervention, which is no doubt a novelty in the history of legal assistance, is an expression of the widespread need for participation, typical of the evolution of administrative action in contemporary world.

Because of the innovations it entailed, in spite of difficult compromise with professional associations, the Legal Services Program was faced with strong opposition which reached its peak with the direct attack by the then Vice-President of the United States, Spiro Agnew.¹ His main target was the clearly progressive political connotation of the program, together with the fact that most often the actions in defense of the poor were brought against public administrations. The Nixon administration supported these criticisms and withdrew financial aid, leading to the dismantling of the program which, in 1974, was replaced by a new private organism, supported by public funds, the Legal Services Corporation. Being the expression of a restrictive policy with regard to the social promotion action carried out through legal assistance, this body is governed by rules strongly limiting legal assistance, and excluding the categories of conflicts which had involved a strong political commitment.² This is therefore an attempt to bring legal assistance back into traditional schemes, even though it is perhaps too early to say whether the Carter policy will be able to give new strength to those who had supported the O.E.O. program.

To further clarify the significance of the O.E.O. experience in the evolution of legal assistance in the U.S., it should be noted that this program, based on the activity of public offices, was part of a multifaceted Legal Aid pattern, which is the consequence of differences in the systems adopted by the various states, as well as of the survival of private assistance organizations. Indeed, at the side of the traditional Legal Aid Societies, which have maintained their private structure and operate mainly in big cities, we can find assistance programs based on payment for private lawyers' fees through public funds (the so-called *Judicare*), reminiscent of the English Legal Aid. The choice between these two systems of assistance (staff attorney system or compensated private counsel system) is often presented as a technical choice, based on efficiency and cost criteria.³ But the choice is also a political one, since the activity of public offices is founded on the concept of legal assistance as a social right, as opposed to the merely individualistic approach of traditional systems.

9. As already mentioned, the situation in Socialist countries should be exam-

1. See Agnew, *What's Wrong with the Legal Services Program*, *Am. Bar Ass. J.*, 58 (1972) 930 and the answer by Falk and Pollock, *What's Wrong with Attacks on the Legal Services Program*, *ibid.* 1287.

2. On the subject, see Green, Keyser and Nadas, *Depoliticizing Legal Aid: A constitutional Analysis of the Legal Services Corporation Act*, *Cornell L. Rev.*, 61 (1976) 734. Apparently, since the beginning of Carter's administration, the limitations provided for by the Legal Services Corporation institutive law have been de facto not implemented.

3. See, for example, Cole and Gremberger, *Staff Attorney vs. Judicare: A Cost Analysis*, *J. Urb. Law*, 50 (1973), 705.

ined separately, since the problem of the 'right to counsel' is seen in a different perspective and even the concept of underprivileged, in this connection, can not be clearly defined.

The basic principle of Socialist legal systems can be found in the attainment of substantial equality through simple and free procedures, enabling all citizens to assert their own rights quickly and at no cost. In particular, the following points should be considered:

(a) According to a principle found in the procedural codes of all Socialist countries, the judge is to exert an auxiliary function with regard to all parties, both intervening in the drawing up of the complaint (which can also be presented orally) and giving appropriate directions in the course of the proceeding. This is a duty, not a discretionary power of the judge; and in some systems its violation may lead to the invalidation of the proceedings.

(b) According to the Socialist system, the assistance of a counsel in civil actions is not compulsory: as a consequence, the problem does not arise of providing one for people unable to pay for a lawyer.¹ Moreover, hiring a member of bar associations is fairly easy since fees are low and can be further reduced for given categories of litigants.

(c) Also with regard to legal expenses, the rules in force in the Socialist countries differ from those of the Western world, exemption being granted not in relation to the economic status of the parties but *a priori* for given categories of conflicts (labor, alimony, damages for work accidents, et.). Only subsidiarily, individual exemptions can be granted on the discretion of the judge, on the basis of economic conditions. A similar discretionary evaluation is made by the chairmen of the collegia of attorneys upon request of free legal assistance.

(d) The organization of lawyers into public offices allows the solution of the problem of legal advice on a general basis.² The collegia of attorneys are bound to offer free oral advice to all those who ask for it, while for written advice a low fee should be paid. It should also be emphasized that the judge himself exerts an essential legal advice function, as a consequence of his duty to assist all parties throughout the proceeding.

(e) Finally, Socialist systems meet the needs for a more accessible justice through public organs peculiar of these systems. In the first place, the Public Prosecutor who can bring civil action as a substitute for private parties and to protect their rights, when failure to act is a consequence of economic conditions. Secondly, Social Organizations which can intervene in the proceedings in support of one of the parties and, finally, Social Courts which are special jurisdiction organs entrusted with the decision of minor controversies, mainly with conciliatory and social education functions.

1. See Stalev, *Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings: A Survey of Laws of the European Peoples Democracies*, in the volume edited by Cappelletti and Tallon, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milan, 1973, p. 389.

2. On the nature of professional organizations in the Soviet Union, see Stetsovskii, *The Legal Standing of Soviet Collegia of Attorneys*, *Soviet Law and Gov.*, 15 (1977) 28.

If this is the overall picture of the problem of true equality with regard to the accessibility of legal procedures in the Socialist countries, it should on the other hand be underlined that a tendency has recently emerged to increase the parties' responsibility in the proceeding.¹ This trend, which gives wider initiative powers to the parties, though still in collaboration with the judge, increases the need for a counsel in civil proceedings, thus extending the tasks of lawyers' organizations as far as legal assistance to economically weak parties is concerned.

10. The problems of Legal Aid in developing countries deserve special attention. In these countries the first need is that of reconciling the rationalization of the legal system with the access to justice for the great majority of populations still bound to tribal laws and therefore to the settlement of disputes on the basis of customary law.²

As is well known, in developing countries attempts are mainly directed at reducing the pluralism which exists both in the administration of justice and in substantive law. This implies a restriction of the area of customary law, which is itself an obstacle to the access to justice by poor people. The centralization of courts and the rationalization of the law require more professional judges and the assistance of a lawyer; moreover, 'right or wrong' decisions of disputes (as opposed to the conciliatory approach of the past) widen the gap between justice and the people.

The professional specialization made necessary by the suppression of legal pluralism thus stresses the need for Legal Aid: however, at this point the danger arises of the monopolization of counseling by the few lawyers available, who are mainly concentrated in the capitals.

On the other hand, the cost of an efficient legal aid system would be unbearable for these essentially poor countries. As a consequence, Legal Aid on a general basis is not yet feasible, at least as far as civil cases are concerned. It has correctly been observed that an efficient Legal Aid system requires not only a high economic standard at national level but also a relatively small proportion of poor people, the availability of many lawyers willing to exert a socially-oriented activity, the independence of courts and the existence of constitutional principles regulating fundamental guarantees in the administration of justice.

The absence of these conditions in developing countries has led to the conviction that accessibility to justice can be attained not through the introduction of Legal Aid systems such as those of Western countries, but by making the administration of justice accessible without the need to be assisted by a counsel. This means simpler procedures, initiative powers to the judge with regard to the course

1. See Fasching, *Entwicklungstendenzen in Zivilprozessrecht der sozialistische Staaten Osteuropa*, *Zeit. f. Rechtsvergl.* 10 (1969) 98; Nevai, *I fondamenti dell'attuale diritto processuale e civile ungherese*, *Riv. dir. proc.*, 1972, 775.

2. On the problems of legal services in Africa, see Dunning, *Legal Systems and Legal Services in Africa*, in the volume *Legal Aid and World Poverty. A Survey of Asia, Africa and Latin America*, New York, 1974, p. 21.

of the proceeding and to the assembly of evidence¹, and the creation of special conciliation bodies and widespread jurisdictions for small claims. The maintenance of legal pluralism and of traditional techniques to settle disputes (typical of the customary law) is therefore, to a certain extent, regarded as necessary.¹

It should also be pointed out that partially similar problems have to be faced by developed countries where there are still areas of underdeveloped populations (e.g. aboriginal communities in Australia).

11. The picture emerging from the evolution of the problem of legal assistance in the contemporary world is highly differentiated and reflects the political contrapositions of present societies. The reforms carried out in capitalist countries show basically homogeneous trends, since they all move from the assumption, derived from the liberal ideology, that *de facto* inequality with regard to the access to justice is mainly due to the lack of adequate legal assistance. Reforms thus aim at improving the existing assistance systems, extending their benefits to the lower middle class, for which the cost of legal assistance is also becoming too high.

Along this line, in most systems a contraposition can be found between the system based on services rendered by private lawyers, remunerated out of public funds, and the system based on the creation of public offices of counseling and advice, which include part-time or full-time salaried staff attorneys. The first solution is generally regarded as closer to the traditional values of the legal profession, and therefore more individualistic, while the latter is more socially-oriented, viewing the accessibility of justice as a social right. Put in these terms, the contraposition is probably too strong, since the entrusting of public offices with legal assistance is not always the result of an acknowledgement of the legal problems of the underprivileged, but may be preferred because of its lower cost. From this standpoint, the experience of the O.E.O. Legal Services Program in the U.S., in spite of all its limitations, remains a fairly unique phenomenon, one of the great illusions of the Sixties, which has not outlived its times.²

On the other hand, in capitalist countries, the attempts to reform the system by widening the scope of legal assistance are sometimes viewed with distrust. This typically radical attitude stems from the consideration that there is no point in favoring the access to justice, when the law which is enforced in the courtroom reflects the interests of ruling classes and is therefore substantially unfavorable to the lower ones, which have no control over the means of production. Social

1. On the need for an 'activist role of the Courts', similar to the 'judicial activism' of customary procedure, see in particular Bush, *Modern Role for Customary Justice: Integration of Civil Procedure in African Courts*, *Stanf. L. Rev.* 26 (1974) 1124. On the same subject, see also Smith, *Man and Law in Urban Africa: A Role for Customary Courts in the Urbanization Process*, *Am. Bar Ass. J.*, 58 (1972) 33.

2. See Cramton, *Promise and Reality in Legal Services*, *Cornell L. Rev.*, 61 (1976), 670.

inequality should therefore be removed through laws capable of drastically modifying social structures.¹

At odds with these trends and these inner tensions in capitalist countries, we find the solutions adopted by Socialist countries and developing countries. In the former countries the problem is dealt with through the organization of lawyers into public offices and through simple and informal proceedings, characterized by auxiliary powers of the judge, the Public Prosecutor and the Social Organizations. In the latter countries, as we have seen, the attempts made at rationalizing the law result in a wider gap between justice and the people: the administration of justice should therefore follow the route mainly of conciliatory procedures, thus decreasing the need for professional lawyers.

In conclusion, the overall picture allows the outlining of trends only within homogeneous systems² and clearly reflects the deep political contrapositions of the present world.

1. The contrast between the *liberal* and *radical* approaches to the problem of access to justice is emphasized in Levinson's review to Auerbach (*Unequal Justice*, op. cit.) in *Vand. L. Rev.*; 29 (1976) 1487. With regard to the radical approach, see the papers collected in the volume edited by Lefcourt, *Law Against the People*, New York, 1971; in particular, by Lefcourt, see *Lawyers for the Poor Can't Win*, *ibid.*, 123. With reference to *civil law* systems, see Rasehorn, *Recht und Klassen. Zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik*, Darmstadt u. Neuwied, 1974 and Wassermann, *Justiz im sozialen Rechtsstaat*, Darmstadt u. Neuwied, 1974.

2. An example of this kind of study is Baumgärtel, *Gleicher Zugang zum Recht für Alle*, Köln, 1976.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

HUMANIZING THE PROCEDURE (I)

PROF. DR. V. FAIRÉN GUILLÉN

(Valencia)

LA HUMANIZACION DEL PROCESO:
LENGUAJE, FORMAS, CONTACTO
ENTRE LOS JUECES Y LAS PARTES
DESDE FINLANDIA HASTA GRECIA*

COLABORADORES

Exmo. Sr. Dr. Joaõ De Castro Nunes (Excedente, Universidad de Lisboa).
Chiarmo. Prof. O. Dr. Vittorio Denti (Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Pavía).
Herr O. Prof. Dr. Hans W. Fasching (Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Viena).
Herr O. Prof. Dr. W. Grunsky (Facultad de Derecho, Universidad de Bielefeld).
Herr Wiss. Ass. N. Klamaris (Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Atenas).
Exo. y Mf. Sr. Dr. Prof. G. Mitsopoulos (Rector de la Universidad de Atenas. Miembro del Areópago).
II. Sr. M. Trousse (Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Lieja).
Chiarmo. Prof. Dr. M. Taruffo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Pavía).
Herr O. Prof. Dr. Hans U. Walder (Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Zürich).

Advertencia al lector

Al haberme impuesto los organizadores del Congreso, la máxima extensión de 60 folios mecanografiados para esta Ponencia General, hemos debido de dejar sin utilizar gran cantidad del material recogido, y de dejar 'abiertas graves lagunas'. Rogamos a nuestros lectores lo excusen todo y acepten esta precisión.

Victor Fairén

* El tema comprende una serie de materias, ligadas de modo extraño (su 'Explanación, dice a la letra: "¿Como se puede obtener una justicia más humana? ¿El proceso, no es un mal? ¿Como evitar el "stress" psicológico? Lenguaje y forma de los juicios").

El Prof. Storme, organizador del Congreso, pretendía que elaborásemos la ponencia que se desarrolle aquí, *para todo el mundo*. Le demostramos la imposibilidad de hacerlo, y nos limitamos a tratar de una parte de Europa. Le recomendamos que, para los países socialistas, nombrase otro Ponente General.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

SUMARIO

PARTE PRIMERA

Capitulo Unico 191

PARTE SEGUNDA

Capitulo Segundo

1. La 'humanizacion' del Proceso en general 194
2. El ambito de la humanizacion del proceso 204
 A. Aspectos internacionales 204
 B. Casos legales contradictorios de 'humanización' y 'deshumanización' del proceso 204
 C. Las 'formas' procesales 206
 D. El origen práctico de la 'humanización' procesal 207

Capitulo Tercero

1. Los elementos personales del Proceso y su humanizacion 210
 A. La independencia judicial 210
 B. La 'moralidad' del proceso 211
 a. La 'moralidad' de las partes 'antes del proceso' 211
 b. La 'moralidad' de las partes 'durante el proceso' 212
 a. Oralidad y regla moral 212
 b. La 'probidad' de las partes 213
 c. El 'deber de veracidad' de las partes 214
 C. El Abogado 216
2. Los elementos formales del proceso y su humanizacion 218
 A. La 'forma' 218
 B. El 'debido proceso legal' 219

Capitulo Cuarto

1. El procedimiento y principios conducentes a 'su humanizacion' 220
 A. El principio de la oralidad 220
 B. El principio de la inmediación 221
 C. El principio de la concentración 223
 D. El principio de publicidad general 227
 E. Otros principios 228
 F. Escolio social fundamental 228
 G. El 'Stress' 229

Capítulo Quinto

1. Lenguaje y terminología procesales	231
2. La oratoria forense	233
3. Problemas de plurilingüismo en el proceso	233
PALABRAS FINALES	236

SIGLAS

A.	Autor
ADC.	Anuario de Derecho civil (Madrid)
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch
Bibl.	Bibliografía
BMDC.	'Boletín Mexicano de Derecho Comparado' (Mexico)
CC.	Código civil
CPC.	Code de Procédure civile, o Codice di Procedura civile
CPP.	Code de Procédute Pénale, o Codice di Procedura penale
DRiZ.	Deutsche Richterzeitung (Alemania federal)
Erl. Bem.	Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), en Materialien zu den neuen österreichischen Gesetzen, k.u.k. Mimirterum. Wien, 1897
FG.	Freiwillige Gerichtsbarkeit
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JV	Jurisdicción voluntaria
LAR.	Ley de Arrendamientos Bústicos
LAU.	Ley de Arrendamientos Urbanos
KO.	Konkursordnung
OJ.	Ordenamiento jurídico
RAP.	Revista de Administración Pública (Madrid)
RDP.	Revista de Derecho Privado (Madrid)
RDPArg.	Revista de Derecho proceal argentina (Buenos Aires)
RDPriber.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana (Madrid)
Rev. Der. Jud.	Revista de Derecho Judicial (Madrid)
RFA.	República Federal de Alemania
Riv. Dir. Proc.	Rivista di Diritto Processuale (Padua)
Riv. Dir. Proc. Civ.	Rivista di Diritto Processuale civile (Padua)
ScStL.	Scandinavian Studies in Law (Stockholm)
StPO.	Strafprozessordnung
TF	Tribunal Federal
TS.	Tribunal Supremo
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZPr.	Zeitschrift für Zivilprozess (Alemania Federal)

Parte Primera

CAPITULO UNICO

1. Formular la pregunta de si el proceso es o nó un mal, es muy semejante a preguntar si la medicación de una enfermedad lo es, o más vale 'dejar que siga su curso normal'; lo cual puede llevar al hombre incluso a la muerte.

El proceso, es la consecuencia de un mal individual o social; de la 'insatisfacción' de una o de una pluralidad de personas ante lo que estiman constituye una vulneración de sus intereses jurídicos.

Para acabar con esa situación de 'insatisfacción', se nos ofrecen diversas soluciones: la resignación, la autodefensa, la autocomposición y el proceso (heterocomposición) o el para-proceso (el arbitraje en sus diversas manifestaciones).

A través de la primera¹ la persona – o comunidad – 'insatisfechas' subjetivamente, no exteriorizan oposición alguna del objeto – o del sujeto y del objeto – que les causa tal 'insatisfacción'²; mediante la segunda, el 'insatisfecho' acude a sus propias fuerzas para repeler al causante de su 'insatisfacción'; es la 'tutela privada', en la actualidad rigurosamente prohibida por ser ocasionada a excesos (a no ser en casos perfectamente fijados por las leyes)³; por medio de la tercera, el 'insatisfecho', sin acudir a una tercera persona, acude su propia superioridad de medios sobre el contrario, para imponerle la solución, o se somete – si es inferior – a la que aquél le dicta⁴; y por último, a través del proceso, el 'insatisfecho', acude a una tercera persona (heterocomposición) a fin de que, imparcialmente, ponga fin al conflicto de intereses que la opone a la que, según él, motiva dicha 'insatisfacción jurídica'.⁵

Si esa tercera persona, es 'alguien escogido por el Estado y que nos viene impuesto a todos los ciudadanos – seamos litigantes o nó – en virtud de su potestad de Soberanía – que se manifiesta así como 'potestad jurisdiccional'⁶ –; si ese 'al-

1. Cfr. nuestro trabajo 'El proceso como función de satisfacción jurídica', en 'Temas del Ordenamiento procesal', Ed. Tecnos, Madrid, 1969, Vol. I, pp. 352 a 433, en donde desarrollamos nuestra teoría sobre la 'Satisfacción jurídica'; también, en la Rev. Jur. Cat., Oct. Dic. 1968, ('El proceso como satisfacción jurídica') pas sim; y en 'La Ley', Buenos Aires, 5 de Agosto de 1968 pp. 1 y ss.

Igualmente, cfr. Guasp, 'La pretensión procesal', en RDPArg., 1951 (Homenaje postumo a J. Goldschmidt), Vol. I, pp. 337 y ss; y también en Adc, Madrid, 1952, pp. 7 y ss.

También, sobre la satisfacción jurídica, Dante Barrios De Angelis 'La teoría general del proceso: enseñanza de la misma', en RDPriber, Madrid, 1968, pp. 119 y ss., considerando a la 'insatisfacción jurídica' como una realidad objeto del proceso.

2. Alcalá-Zamora Castillo, incluye a la 'resignación' como una forma de la 'autocomposición; la 'altruista', frente a la 'egoista', Cfr. su libro 'Proceso, autocomposición y autodefensa', 2ª ed., Unam, Mexico, 1970, § 45, p. 77.

3. Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob.cit., § 17 y ss., pp. 35 y ss.

4. Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob.cit., § 43 y ss. pp. 71 y ss.

5. Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob.cit., § 61 y ss., pp. 103 y ss.

6. Cfr. nuestro trabajo 'La potestad jurisdiccional', en Rev. Der. Jud., Madrid, Julio-Diciembre de 1972, pp. 45 y ss., passim.

guien' existía antes de producirse el conflicto y permanecerá como solventador de otros, una vez resuelto el nuestro, contando incluso con 'potestad ejecutiva', esto es, si fuere necesario, coerción a fin de dar realidad a su resoluciones; entonces, nos hallamos ante el verdadero proceso. Pero si son los dos interesados en el conflicto de intereses los que, se ponen de acuerdo, para nombrar a una (o varia) tercera persona que resuelva aquél, y se 'someten a la resolución que dicte' (con lo que se agota la potestad que contractualmente le concedieron los interesados), en tal caso, nos hallamos ante un 'para-proceso,' que llamamos 'arbitraje'.

Para evitar la injusticia que significa la 'resignación' del mas débil ante el mas fuerte; para evitar los excesos a que casi normalmente puede llevar la 'autodefensa'; para evitar las 'autocomposiciones' egoístas y por tanto, abusivas: para evitar todo ello, aparece el *proceso*.

Si tenemos en cuenta que se produce, al aparecer en la superficie de la comunidad social, una 'insatisfacción', que puede venir 'remontando' desde el plano de lo subjetivo interno, hasta 'manifestarse como 'jurídica' (y, en ocasiones, incluso 'fáctica', si el 'insatisfecho' comienza a acudir a la vía de la 'autodefensa'): Si tenemos en cuenta además, que al final del proceso se alcanza una nueva situación de 'satisfacción jurídica' (para el vencedor; para el vencido, su 'insatisfacción' ha de plegarse ante la fuerza jurídica y coercitiva que emana de la sentencia, y desaparece en los abismos de su subjetividad): llegaremos a la conclusión de que el *proceso*, no es un mal, sino un remedio de un mal; mal individual (v.gr., 'insatisfacción jurídico-civil') o social (v.gr. 'insatisfacción jurídico-social' ante la comisión de un delito público).

Un 'mal menor' que, según sea la entidad de la 'insatisfacción' a corregir, ha de ser mas o menos enérgico – lo que vá desde una 'medicación suave' a una 'intervención quirúrgica' grave –; pero se trata de un 'mal' instrumental para alcanzar el plano de la Justicia.¹

Otra cosa es que, históricamente, como todas las instituciones nacen se desarrollan, declinan y se extinguen, determinados tipos de proceso, por sus mismos defectos intrínsecos – que no lo eran en las épocas en que fueron creados² – lleguen, en la actualidad, a ser un 'mal'; de nosotros depende el quitar de ese 'mal' todo lo que resulte, que histórica o socialmente, hoy día, no está justificado (v.gr., multitud de formalismos desuetos, que sin embargo, se hallan ún en la letra de las leyes; duración exagerada de los procesos³, dada la velocidad del tráfico actual; carestía⁴,

1. Diferente es el caso de los procesos en que, el importe de las costas, supere el valor del objeto litigioso. Precisa acabar con esta aberración, que ataca al proceso en lo más íntimo.

2. Cfr. nuestro libro 'El juicio ordinario y los plenarios rápidos', Barcelona, Bosch, 1953, passi.

3. Cfr. y. gr., Muntero Aroca, 'La duración del proceso civil' con abundantes datos y bibl., en 'Sociología y Psicología', sep. del 'Anuario' de 1975, Barcelona, pp. 179 y ss.

4. Cfr. v. gr., Sentis Melendo, 'El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones, en RDPriber, 1971-3, pp. 27 y ss., con la bibl. cit. Este problema, fué objeto de la Ponencia General presentada a las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho procesal (Drs. Prof. Devis Echandía y Murales Medina) (Bogotá, Junio de 1970); sobre el mismo tema, presentaron comunicaciones los Prof. Schwab, Areal, De Gregorio, de la Rua, Kralik, De Castro Filho, Herrera Anzoategui, Sulana, de Miguel Alunso, Fix Zamudio, Barodi Remon y Arrieta Gallegos (además de la yá cit. de Sentis Melendo). Fueron reproducidas en mimeografía.

etc.). Más nunca deberemos pensar ni siquiera en la abolición del proceso¹; así suprimiríamos la ‘medicina; volveríamos al imperio de la autodefensa, o de la injusta resignación del débil; de la ‘medicina’ a la ‘hechicería’; al caos social.

Descartada la solución de sustituir al proceso civil por la llamada ‘jurisdicción voluntaria’², debemos aplicarnos a la labor de depurar lo que sobra actualmente de los viejos tipos de proceso, analizando meticulosamente cada una de sus actuaciones, de sus periodos, y su totalidad, así como la función que desempeñaron y que ahora, inad cuadamente, se pretende sigan desempeñando³; que nos pongamos *todos* a el labor, sin egoísmos – pretextos egoístas – nacionales o raciales o de grupo, de a plicar los inventos, los perfeccionamientos procesales que otros estudiosos han conseguido, a nuestros respectivos ordenamientos procesales.

Ayudémonos todos a que ese ‘mal instrumental’ pasejero que es el proceso – inevitable para combatir mayores males – sea lo menos gravoso, lo menos molesto posible para la Humanidad; solo así justificaremos el que se nos llame ‘juristas’ y

1. Algo análogo pretendió el alemán Baumbach (cfr. su trabajo ‘Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit, en la ‘Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht’, V, 1938, pp. 583 y ss.) proponiendo el reemplazo del proceso civil por una ‘pseudo jurisdicción voluntaria’. Cfr. p. ej., la severa crítica a tan demoledora propuesta, de Calamandrei, en Riv. Dir. Prov. Civv. 1938–I, pp. 336 y ss. (Hay trad. esp. de Sentis Melendo, en los ‘Estudios sobre el proceso civil’ del mismo Calamandrei, Ed. Bibl. Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 343 y ss.); del mismo Calamandrei, crítica en su trabajo ‘La relatività del concetto di azione’, en la misma Rev. Dir. Proc. Civ., 1939–I, pp. 22 y ss. (trad. esp. de Sentis Melendo, en los ‘Estudios’ cit., pp. 133 y ss.); y de Romero, en la ‘Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia’ (Mexico), VI, 1922, pp. 43 y ss.; Prieto Castro, ‘Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil’, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950–II, pp. 655 y ss. (‘Revisión de los conceptos básicos de Derecho procesal: examen y crítica de las direcciones germánicas de los últimos tiempos’) esp. pp. 665 y ss.; Alcalá-Zamora Castillo, ‘Proceso, autocomposición y autodefensa’ cit., 2ª ed., § 130, pp. 223 y s.

2. Cfr. obras cit. en las notas 10 y 1; y esp. Calamandrei, ‘Abolizione del processo civile?’ cit.

El problema, volvió a renovarse en Alemania (República Federal) por la tendencia autilizar el procedimiento de la Jurisdicción voluntaria en vez del proceso civil, por razones de que se pretendía que el refuerzo de la autoridad del Tribunal conduciría a una aceleración del proceso (economía procesal); mas este movimiento se retrajo, preparándose reformas de la ZPU, cuando pasó a imperar la idea de que la soberanía del Tribunal ante las partes en la JV, no era sino efecto de una falta de ‘estatalidad’ de la misma lo que era preciso remediar rápidamente; según estas ideas, la tendencia a utilizar las vías de la JV decreció rápidamente. Cfr. sobre ello Ponencia Nacional de la RFA, W. Grunsky, ‘ad hoc’ para el ‘Coloquio Internacional’ sobre ‘75 años de evolución jurídica en el Mundo’, y utilizada aquí, § II, 1, g).

3. Esto es lo que hemos tratado de hacer (parcialmente) en nuestro libro ‘El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del Derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales’, Barcelona, Ed. Bosch, 1953, passim.; y en nuestros trabajos ‘Una perspectiva histórica del proceso: la ‘litis contestatio’ y sus consecuencias’, en ‘Atti del (I) Congresso internazionale di Diritto processuale civile’ (Firenze, 1950), Cedapt, Padua, 1953, pp. 239 y ss.; ‘La recepción n en España del recurso de casación francés (1812–1813)’, en ‘Temas’ cit., Vol. I, pp. 195 y ss.; ‘El proceso aragonés de Manifestación y el británico de “Habeas corpus”’, en la misma obra y Vol., pp. 131 y ss.; ‘La defensa del derecho de libertad personal en la Historia y en la actualidad españolas’, en RAP, nº 69, (1972), Madrid, pp. 9 a 59, etc,

nó simples 'rábulas' 1; 'Médicos jurídicos' – incluso especialistas – y nó toscos y crueles curanderos apoyados en el mito² e la 'magia' (a la cual se podría asimilar la autodefensa).³

Parte Segunda

CAPITULO SEGUNDO

1. La 'Humanización' del proceso en general

'Sin que sea menester dar a la expresión de "humanismo" un sentido específico (definitorio de algunas de las corrientes que procuran explicar la naturaleza del proceso) – dice Gelsi Bidart⁴ –, puede señalarse que el proceso nace como respuesta o vía propuesta por la ley, para determinar la solución justa (según el orden jurídico vigente) de un conflicto planteado entre partes'. – "Previene así a la violencia como medio de solución y a la venganza como modo de reparación". – "Crea un medio "civilizado" y humano para que se resuelva, dado que la violencia – claro está – no puede investigar o determinar la justicia, sólo responde a un aspecto secundario en el hombre (psico orgánica y socialmente considerado), lo fragmenta y subvierte la jerarquía de los factores que lo integran"... "El proceso – sigue – se desenvuelve en el ámbito de la razón, lo cual no significa excluir el "sentimiento del derecho" y el "sentimiento" de aprecio hacia los hombres que en él se mueven (fraternidad), sino que, con tal motivación, se pretende asegurar el

1. 'Pres son las notas o cualidades que deben adornar a un jurisconsulto: saber las leyes, interpretarlas y aplicarlas en el foro. El que sabe las leyes y no las interpreta ni las aplica, es *leguleyo*; el que las sabe, las interpreta, pero ignora su aplicación, se llama *jurisperito*; el que reúne las tres cualidades, se llama propiamente *jurisconsulto*; finalmente, el que... se entrega a la práctica temerariamente y a producir allí los estudios, careciendo todavía de la competente ciencia, discreción y tino, se llama *rábula*. Véase a Tomasio, 'Orat. de jurisprudendiae corpore scheleto et umbra'.

(Cfr. las 'Observaciones de Jose Vicente, en los 'Elementos del Derecho Romano según el orden de las instituciones de J. Heinecio', Madrid, Imprenta de D. Pedro Sanz y Sanz, 1842, p. 10, nota.)

2. Cfr. nuestro trabajo 'Proceso, procedimiento, mito jurídico', en 'Temas' cit., Vol. II, pp. 435 y ss.

3. Además de la bibl. cit. y que se citará, puede meditarse sobre los siguientes trabajos, entre otros: Calamandrei, 'Verità e verosimiglianza nel processo civile', últ. en sus 'Opere Giuridiche', Vol. V, Morano, Nápoles, 1972, pp. 615 y ss.; 'Processo e Giustizia', idem, Vol. I, pp. 576 y ss.; Satta, 'Il misterio del processo', en Riv. Dir. Proc. 1949, I, pp. 273 y ss.; Carnelutti, 'Torniamo al giudizio', en la misma revista, 1949, I, pp. 165 y ss.; Capograssi, 'Giustizia, processo, scienza, verità', en la misma revista, 1950, I, pp. 1 y ss.; Baur, 'Wege zur einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess', Berlin, 1966 (Walter de Gruyter), passim y demás bibl. que se citará sobre el 'proceso modelo de Stuttgart', infra.

4. Cfr. Gelsi Bidart, 'Proceso y época de cambio', sep. de la 'Revista de Estudios Procesales', nº 19 (1974), Rosario (Argentina), pp. 35 y s.

mejor medio para que se alcance la satisfacción¹ de una necesidad de la vida social: la justicia que en el orden jurídico acuerda'.^{2,3}

Como la 'humanización del proceso' es un fenómeno reclamado insistentemente-

1. Ya apareció de nuevo la expresión 'satisfacción' dirigida a lo jurídico y a lo social - humano - a la vez. Cfr. las obras cit. en nota nº 1, supra.

2. Sin pretender agotar el tema lingüísticamente, en el 'Diccionario de la Real Academia Española', 'humanizar' significa 'Hacer a uno o algo humano, familiar, afable. - Ablandarse, desenojarse, hacerse benigno'; y 'humano entre sus acepciones, tiene la del 'respeto humano' y en sentido figurado 'Aplicase a la persona que se compadece de las desgracias de sus semejantes'; 'Humanidad', a su vez, nos dá entre sus acepciones, la de 'benignidad, mansedumbre, afabilidad'.

3. Aunque no tratemos de hacer historia sobre la 'humanización' del proceso, encontramos una notable aplicación de la misma en el Derecho (procesal penal) romano:

'Codex Theodosianus':

'Ipp. Gr(at)ianus Val(entinianus) et Theod(osius) aaa. Flaviano P(raefecto) Pr(aetorio) Illiryci et Ital(iae).

'Si vindicari in aliquos severius contra nostra consuetudine pro causae intuitu iusserimus, nolimus statim eos aut subire poenam aut excipere sententiam, sed per dios XXX super statu eorum sors et fortuna suspensa sit. Reos sane accipiat vinciatque custodia et excubiis sollertibus vigilanter observet. - Dat XV Kal. Sept. Veronae Antonio et Syagrio Conss.

'Interpretatio. Si principis cuiuscumque gravi accusatione commotus quemquam occidi praeceperit, non statim a iudicibus, quae ab irato principe iussa sunt, compleantur, sed triginta diebus qui puniri iussus est, reservetur, donec pietas dominorum iustitiae amica subveniat'.

(Theod. VIII, 40, 'de poenis', 13) (Manejamos el Mommsen-Krueger, 2ª reimpression, Berlín, 1954, p. 503).

Estimamos que, este aplamiento de la ejecución de la pena de muerte, constituye un síntoma de 'humanización' del proceso; se espera durante treinta días, por ver si durante tal lapso de tiempo, aparece algo que provoque la 'pietas' del 'príncipe iracundo'.

En la Edad Media, hallamos síntomas de 'humanización' del proceso civil (y comercial) a través de intentar hacerlo económico (prescindiendo de formalismos que lo alargaban, y por tanto, lo encarecían).

Así, en el 'Breve Pisani communis' (Estatutos de Pisa, reformados en 1286, Libro I, Cap. 202); en los Estatutos de Módena (1306-7) (Cfr. 'Respublica mutinensis', Milán, 1929), y otros, se trata de abreviar el proceso; y en algunos casos, el motivo de esta abreviación se halla en consideraciones claramente humanitarias; así, el Estatuto de Intra, Pallanza y Vallintrasca (de 1393, Lib. III, Cap. XIII, 'De causis in quibus non datur libellus') se hace expresa referencia a las causas 'por alimentos'; el Estatuto de Perugia (Cap. XXV, 'De la sommaria cognitione') se refiere a 'la questione de gle povere e de gl'orfane'; son las 'Presentis necessitatis' y las causas de las 'miserabilium personarum' de Yanez Parladorio (Cfr. su 'Opera Juridica', Colonia Allobrogum, sumptibus fratrum De Tournes, 1761, pp. 375 y ss.).

Estas reglas y otras, las hemos estudiado más a fondo en nuestro libro 'El juicio ordinario y los plenarios rápidos' cit., pp. 41 y ss.

La expresión 'summarie' que aparece en la regulación de todos estos procesos, tiene un doble significado: A) o bien, en un 'proceso sumario' se ventilaba tan solo una parte del litigio, dejando la totalidad para un proceso ulterior ('plenario'); (aquella es la verdadera sumariedad para nosotros) o bien, B), se estimaba como 'sumario' un proceso que comprendía la totalidad del litigio, pero de modo abreviado, suprimiendo formalidades (nosotros, llamamos a este tipo de procesos, 'plenarios rápidos') (Cfr. nuestro libro cit., passim, y nuestros trabajos 'El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios', en nuestros 'Estudios de Derecho procesal', Madrid, ed. de la RDP, pp. 373 y ss.; y 'Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo', Comunicación al V Congreso de Derecho Procesal Argentino (Salta, 1968), en nuestros 'Temas' cit., Vol. II, pp. 822 y ss.).

mente en todas las épocas y ramas de aquél, es lógico que apareciera con mayor claridad en el penal, como principio opuesto al de la 'severidad', llevada en ciertas épocas y por ciertos tribunales hasta la antijurídica 'crueldad' (hipócritamente disfrazada bajo expresiones como 'question' y otras); de aquí que las primeras protestas modernas para la 'humanización' del proceso, salgan del alma de un gran penalista, de Beccaria.

¿Cual es el dogma moral que alimenta desde su profundidad las páginas de Beccaria'? – se preguntaba Calamandrei – y se contestaba: 'No solo sus admiradores, sino también sus detractores... están de acuerdo en alabar el "amor a la humanidad" que inflama todo el libro; él mismo, habla en él, como de una obra que patrocina "la causa de la humanidad" y se proclama seguidor de la filosofía del corazón" que "pone por encima de la del intelecto"¹... "Y a través de acciones y reacciones históricas², este es el motivo de que el dogma moral de Beccaria siga siendo de actualidad³: el 'amor a la humanidad'^{4,5}

1. Cfr. Calamandrei, 'Prefazione' a la obra de Beccaria, 'Dei delitti e delle pene', 2ª ed., Firenze, Felice Le Monnier, 1950, pp. 73 y s.

2. Sobre algunas de ellas, cfr. al mismo Calamandrei, 'Prefazione' cit., p. 74 y ss.

3. Cfr. Calamandrei, 'Prefazione' cit. pp. 78 y s.

"Todas las argumentaciones con que Beccaria – sigue Calamandrei – acompaña a sus propuestas, parten de la noción de 'utilidad' social ('Prefazione' cit., pp. 111 y s.); pero en el fondo radica una fuerte roca de razón moral; si aparece en la forma exterior como un simple 'utilitarista sin prejuicios', en el fondo, es un espíritu religioso, que en todos sus razonamientos subyace ciertos y firmes principios morales, sentidos por la conciencia y que no es menester de mostrar; y es en estos principios en donde radica su fuerza y su novedad' (Cfr. Calamandrei, 'Prefazione' cit., p. 116).

4. Una indicación del lugar hacia donde apuntan sus baterías los modernos Maestros del Derecho procesal, lo vemos también en Redenti ('L'umanità nel nuovo processo civile' (1940), en sus 'Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo', Milán, Giuffrè, 1962, Vol. I, pp. 759 y ss.):

Si Klein nos hablaba de la 'adecuación' y 'practicabilidad' de su Proyecto de ZPO austríaca (cfr. infra en base a la oralidad y principios conexos, Redenti se refería a la 'adaptabilidad del procedimiento a las exigencias de la causa' o 'elasticidad del procedimiento'; haciendo que el Juez se reuniese con los abogados en su 'cámara' y 'alrededor de la mesa' fuera de tentaciones de retórica, allí se verían de frente, por placer o por fuerza, y se haría necesario descubrir las cartas y el Juez podría interrogar, avisar, pedir razones de los actos, eliminar o corregir los vicios y las causas de nulidad procesales antes de que pudieran gangrenar el proceso... allí podría ejercitar sus poderes, hacer más o menos expeditivo el proceso...' (ob. cit., pp. 760 a 763).

(Posiblemente los ataques más duros, salpicados de inigualable ironía, a la 'oratoria forense', tan proclive a la retórica, le han sido dirigidos por Calamandrei, en su famosa obra 'Elogio dei giudici scritti da un avvocato' (hay traducción española de Sentis Melendo y Medina, Madrid, Góngora, 1936). Mangiamos la 1ª y la 3ª edición de la obra (esta última publ. en Firenze, s.a., ed. Le Monnier).

5. Una muestra histórica de la 'humanización' del proceso civil, tomando sus fuentes en las regulaciones del penal, la hallamos en la 'Manifestación civil de personas' en el antiguo Ordenamiento del Reino de Aragón.

La 'Manifestación', comenzó siendo un proceso penal, en su primera parte cautelar, destinado a evitar las sevicias que contra los detenidos o presos pudieran cometerse por quienes los apresaron; a requerimiento del Justicia Mayor del Reino, se les 'manifestaba' (se les llevaba a presencia del Justicia) el cual, los tenía bajo su jurisdicción en cuanto a la integridad física y psíquica de sus personas, hasta el final del proceso (Cfr. sobre este tema, nuestro libro 'Antecedentes aragoneses de los 'juicios de amparo', Unam, Mexico, 1971, pp. 77 y ss.; 'La defensa

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

Se ha ocupado intensamente de la 'humanización del proceso', el Prof. Sentis Melendo. Al titular así su trabajo¹, dice el autor: 'no he querido siquiera insinuar que nuestro proceso, este proceso regulado por los códigos liberales del pasado siglo, sea un proceso inhumano o antihumano. Lo considero, simplemente, como un proceso 'a-humano' o inactual; un proceso que nada tiene que ver con la humanidad de hoy, a la que, con todas sus particularidades, debe tratar de resolver sus problemas judiciales; es un proceso que se olvida de la vida humana de hoy'

Para Sentis Melendo, no se trata aquí de 'enfrentar humanismo y barbarismo'²; para él, la humanidad se enfrenta con un tipo de proceso retrasado. 'Nuestro problema de humanización del proceso es el de su actualización para adaptarlo a las necesidades de la humanidad de hoy, tan cambiada desde que contempló el nacimiento de nuestros códigos'.³ Estima – con acierto, a nuestro entender – que 'todos los procesos ('de las enfermedades'; 'bélicos', 'religiosos o litúrgicos') se han modificado, evolucionado para el bien o para el mal'.⁴

Para él, el único inmóvil, es el 'proceso judicial'⁵; es 'tabú' en lo civil, en lo administrativo, en lo militar, en lo eclesiástico; es un proceso inmovilizado; resulta teatral, y en muchos casos de teatro bufo o de marionetas'. 'Cuando la vida exige un proceso sociológico, una justicia funcional, seguimos teniendo un proceso que, por lo desconcertante, encuentra su mejor intérprete y comentarista en Kafka: el proceso judicial, es hoy día, en efecto, un proceso kafkiano'.^{6,7,8}

procesal penal: necesidad de reintroducir el recurso de Manifestación', en RGLJ, Madrid, 1976 (4), *passim*).

Pasó al dominio del proceso civil; por este recurso, una persona injustamente retenida (pero sin sevicias) por otras – parientes suyos –, podía pedir por sí misma, o por medio de otra persona, 'ser puesta de manifiesto' ante el Tribunal del Justicia de Aragón; si este dictaba la orden de manifestación, las personas que tenían en su poder a otra, debían entregarla – bajo amenaza de graves penas – a Justicia, el cual, la dejaba en libertad o la confiaba en 'depósito' a persona de su confianza.

Del carácter 'humanitario' de este proceso en lo civil, nos dá idea el resumen que, de uno de ellos, nos dá Sainz de Tejada, en 1816, una jóven, que deseaba contraer matrimonio honestamente, era retenida de modo injusto por su padre; solicitada y obtenida la 'manifestación' de la misma, la jóven fué entregada al Justicia (entonces, dadas las circunstancias políticas, este cargo estaba confundido con el de Capitán General de Aragón), el cual, la puso en 'depósito' de una persona de su confianza; y así, la citada joven, pudo contraer libremente, matrimonio.

(Cfr. Sainz de Tejada, 'El Derecho de Manifestación aragonés y el Habeas corpus inglés', Madrid, s.a.; y – hecho curioso – el Procurador de la jóven que soltitó la manifestación, era nuestro antepasado, D. Pedro Nolasco Guillen).

1. Cfr. Sentis Melendo, 'Humanización del proceso', en sus 'Estudios de Derecho procesal', I, EJEA, Buenos Aires, 1967, pp. 219 y ss.

2. Opone Sentis como 'bárbaro' a Baumbach (cfr. supra) frente al humanista Calamandrei ob. cit., p. 220.

3. Cfr. Sentis Melendo, ob.cit., p. 220.

4. Cfr. Sentis Melendo, ob.cit., pp. 222 y s.

5. Cfr. Sentis Melendo, ob.cit., pp. 223 y ss.

6. 'Pueden los Magistrados – dice – viajar en avión, pero el testigo debe seguir caminando a razón de seis leguas (30 Kms.) por día' (la alusión es clara a la 'velocidad procesal' de la LEC española; mas en otros ordenamientos – el de Noruega p.ej., – los testigos deben comparecer personalmente ante el Juez que los llama cuando la distancia que los separa del Tribunal no

En resumen, para Sentis Melendo, las razones de esta lamentable situación, radican 'en la no adaptación del órgano a la función; por eso el mecanismo no funciona'.¹

Pero quizás la más importante aportación de Sentis al tema, lo constituye su crítica de las diversas concepciones sobre la naturaleza jurídica del proceso (contrato, cuasi-contrato, relación jurídica), para manifestarse resuelto partidario de la de la 'situación jurídica', debida a J. Goldschmidt.^{2,3,4}

excede de 300 Kms.; si es mayor, se acude al 'auxilio judicial'). – 'Se discutirá la utilización de las grabaciones como medio de prueba, no por razones técnicas, en virtud de posibles falsificaciones (que también caben en los escritos, que por algo pueden ser impugnados), sino por no encajar en los medios regulados por las legislaciones vigentes' [recordemos nosotros, sin embargo que p.ej., en la legislación procesal austriaca, (Ley de 14.2.1973) se introdujo la protocolización de bandas sonoras, magnetófonos etc., autorizada de modo análogo a la estenografía. En ambos casos, las piezas deben ser reproducidas íntegramente, y las partes tienen derecho a su control y a protestar (Cfr. Fasching, 'Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen' ('Ergänzungsband') Viena, Librería Manz y de la Universidad, 1974, pp. 60 y ss., sobre el nuevo § 212a de la ZPO). – Sigue Sentis: 'Se aprecia resistencia a sustituir los taquígrafos por esos mismos procedimientos mecánicos' (anotemos nosotros que el 'stenographisches Protokoll' está también admitido en Austria. Cfr. los 'Kommentar' de Fasching cit., al § 209 de la ZPO, Vol. II, pp. 992, en las condiciones que allí se exponen).

7. '... y no se hable de novedades cinematográficas o televisivas, aunque las mismas hayan entrado hasta en la vida de la Iglesia, mientras no se trate de juzgar' – sigue Sentis.

El A., roza aquí y comenta un tema muy vidrioso: el de la posibilidad de que terceras personas ('aparentes espectadores' de los juicios orales) utilicen medios de reproducción de las palabras o de las actitudes de los miembros del Tribunal, partes, testigos, etc., esto es, de los protagonistas del proceso, posiblemente con finalidad crematística. Recordemos p.ej., que el 'Code de Procédure pénale' francés de 1958, vigente, en su nuevo art. 308 dice que 'Desde la apertura de la audiencia, está prohibido el empleo de cualquier aparato de registro o de difusión sonora, de cámara de televisión o cine, de aparatos fotográficos, bajo pena de una multa de 300 a 90.000 Fr. que puede ser impuesta en las condiciones previstas en el Título VIII del Libro IV'.

[Otra cosa es que el A., haya querido expresar su desagrado ante la inadmisión 'judicial' de la fotografía y de la televisión. En cuanto a la primera, p.ej., en España, se halla admitida 'de facto', siempre que se halle debidamente protocolizada y unida a los autos con todas las garantías para evitar manipulaciones. La introducción en el proceso civil de la televisión, padecería igualmente de los peligros de su manipulación por persona interesada (v.gr., se podría 'montar' la supuesta invasión de un predio rústico para justificar un proceso interdital)].

8. Cfr. Sentis Melendo, ob.cit., p. 222.

1. Cfr. Sentis Melendo, ob.cit., p. 224.

2. Se trata de la fundamentalmente desarrollada en su obra 'Der Prozess als Rechtslage.– Eine Kritik des prozessualen Denkens', Berlin, Springer, 1925; una trad. del mismo autor, de su resumen 'Teoría general del proceso' ha sido objeto de dos ediciones; una, española (Ed. Labor, 1936); la otra argentina ('Principios generales del proceso' colección 'Breviarios de Derecho' dirigida por Sentis, Buenos Aires) Cfr. también su 'Derecho procesal civil', trad. esp. de Prieto Castro, con adiciones de Alcalá-Zamora Castillo, ed. Labor, Barcelona, 1936.

3. Cfr. Sentis Melendo, ob.cit., pp. 225 y ss.

4. 29 generaciones de alumnos nuestros pueden aclarar que esta es la doctrina para mí básica en cuanto a la naturaleza jurídica del proceso; mas dando especial carácter dinámico a la aparición de las 'posibilidades' y las 'cargas' (que solo armónicamente pueden ser entendidas y las 'cargas' (que solo armónicamente pueden ser entendidas y efectivas; de tal modo que una 'posibilidad' aprovechada engendra una 'carga' para el contrario; y la 'absolución de la carga' es a su vez una 'posibilidad' de lanzarla sobre el contrario).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

Para Sentis – y estamos de acuerdo con él – en esta concepción del proceso como ‘situación jurídica’, se atenúa su aspecto jurídico, para intensificarse el aspecto humano; la *situación* es ‘vida’¹, es ‘empirismo’, aunque ‘conceptualmente al menos, la evolución contrato, – cuasi-contrato – relación, situación significa una constante humanización de la idea de proceso y una constante disminución de rigidez jurídica: desde los romanos hasta J. Goldschmidt, el proceso se va incorporando a la vida humana; va perdiendo formalismo para ganar vitalidad’.²

La trascendencia de esta doctrina estriba en el impacto que supuso el dar a la sociología toda la importancia que merece, en el proceso; ésto se impuso notablemente incluso en Calamandrei, quien, al principio, fuerte crítico de la obra de Goldschmidt³, al cabo de los años escribió sobre élla palabras – en 1950 – que merecen ser transcriptas:

‘Al releer, a distancia de más de veinte años, la nota que escribí sobre aquel libro a poco de aparecer, no me sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que entonces me pareció poder expresar sobre la teoría de la ‘situación jurídica’... Aún ahora, de las dos partes de la obra, me parece que la segunda, la constructiva, tiene más vigor y contenido que la primera, que encierra una negativa de la doctrina tradicional⁴; creo, en efecto, que con pocas modificaciones no radicales, se puede aceptar la segunda sin repudiar la primera, y que el deber del juez⁵ de proveer, en general, sobre las demandas de las partes (que es el eje de la relación procesal) no deja de existir como obligación sólo porque el contenido específico y concreto de esta providencia debida no se puede establecer ‘a priori’, sine que se puede conocer sólo al final del proceso, cuando el juego de las partes... haya concluido.’ ‘Creo que se puede permanecer fieles a la doctrina tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa sin perder de vista (sin desconocer) la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt sobre la situa-

1. Cfr. Sentis Melendo, ob.cit., pp. 225 y s.

2. Cfr. también el análisis de esta doctrina por Prieto Castro, ‘Tratado de Derecho procesal’, Madrid, 1952, Vol. I, pp. 21 y ss.; ‘Notas sobre la eficacia del pragmatismo del proceso civil o política del pragmatismo procesal’, en RDPA rg., 1950-II (Homenaje póstumo a J. Goldschmidt) pp. 197 y ss.

3. Cfr. Calamandrei, ‘Il processo come situazione giuridica’, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1927 (I), pp. 219 y ss. (trad. española por Sentis-Melendo, en ‘Estudios sobre el proceso civil’ cit. del mismo Calamandrei, ya cit., pp. 215 y ss.).

4. Se refería a la doctrina del proceso como ‘relación jurídica’.

En cuanto a la compatibilidad de la doctrina del proceso como ‘relación jurídica’ y como ‘situación jurídica’, cfr. Alcalá-Zamora Castiello y Levene, ‘Derecho procesal penal’, Buenos Aires, 1945, Vol. II, pp. 126 y ss.; los autores citados por Couture (Cfr. nota sig.); el propio Sentis Melendo, ‘Estudios’ cit., Vol. I, pp. 544 y ss. y nota sobre Alsina en su trabajo ‘Prólogo al ‘Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial’ (Vol. IV, actualizado, así como los sigs. por Jesus Cuadrao), en los cit. ‘Estudios de Sentis, Vol. II pp. 135 y s. (nota) y 147; Prieto Castro, ‘Tratado de Derecho procesal’, Vol. I, pp. 21 y ss. (Madrid, 1952), etc.

5. Nosotros, encuadramos este ‘deber’ del Juez, en el Derecho Constitucional (lo cual, no nos exime de estudiarlo a los procesalistas); siguiendo aquí a Couture (V.gr., su trabajo ‘Las garantías constitucionales del proceso civil’ en sus ‘Estudios de Derecho procesal’, ed. Ediar, Buenos Aires, Vol. I, 1948, pp. 19 y ss., con abundante bibl. a la que nos remitimos).

ción jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en fallo judicial, opera de modo determinante sobre el contenido de la sentencia.^{1,2}

Si la doctrina de Goldschmidt, al aparecer, fué criticada, imputándosele 'la falta de certeza y aleatoriedad de la justicia' (y por lo tanto, el no ser jurídica), Calamandrei, en su trabajo de 1951, sigue así:

Esta censura (la citada) no se le puede dirigir a Goldschmidt, el cual, con su 'situación jurídica, a conseguido construir una teoría que, aún siendo rigurosamente jurídica es, sin embargo, más que cualquier otra, adherente a la realidad viva del proceso de tipo dispositivo, en el cual la aleatoriedad del resultado final dependiente del juego dialéctico de la actividad de las partes, no debe considerarse como una degeneración patológica y excepcional que pueda ser descuidada en una reconstrucción de los institutos procesales 'secundum ius', sino que es precisamente una expresión esencial y característica del principio dispositivo, según el cual el juez debe juzgar 'secundum allegate et probata'.³

'Para obtener justicia – seguía el Maestro florentino – no basta tener razón, sino que es necesario hacerla valer, esto es, conocer y saber maniobrar la técnica para hacerla valer. En el proceso no existe distinción entre ciencia y técnica:

1. Cfr. Calamandrei, 'Un maestro del liberalismo procesal', en RDPA rg., 1951, nº 1-2 (Homenaje póstumo a J. Goldschmidt), pp. 159 y ss. y esp. 1961.

2. 'En la base de la teoría de Goldschmidt – sigue Calamandrei – se encuentra una enseñanza moral (la cita latina es suya), 'faber est suae quisque fortunae', muy próxima al viejo dicitio 'iura vigilantibus subveniunt'; traducido en terminos jurídicos es el principio de auto-responsabilidad de las partes. Los litigantes... tienen entre ellos, más que derechos a los cuales corresponda una obligación de prestación del adversario, una serie de expectativas y de posibilidades ('Möglichkeiten'), de las cuales cada uno de ellos puede valerse en el propio interés, para crear una situación que considere ventajosa a sí mismo y una situación de desventaja para el adversario; el cual, a su vez, si no quiere permanecer bajo la desventaja de esta carga, puede reaccionar, valiéndose de las posibilidades que el proceso le ofrece para librarse de ella y para destruirla' (ob.cit., pp. 162 y s.). Después de aludir a Chiovenda como cultivador de la categoría de los 'derechos postestativos', sigue Calamandrei: '...Pero Goldschmidt ha tenido el mérito de hacer de esta noción uno de los fundamentos de su sistema, y de mostrar que, en un proceso de tipo dispositivo, el contenido de la sentencia no puede ser otro que el reflejo de la situación jurídica final, creada, sin que el juez pueda modificarla, por el juego dialéctico de las partes en el curso del proceso: la suma de todas las situaciones jurídicas que las partes han sabido sucesivamente crear con sus actos alternados, el recuento final, se podría decir, de los puntos que cada una de ellas ha marcado así en el curso del debate' (Cfr. 'Un Maestro...' cit., pp. 162 y s.).

3. 'Es fácil – sigue Calamandrei, ob.cit., p. 164 –, cuando uno se pone a estudiar como se comportan en realidad en el proceso los hombres vivos, partes y jueces, caer en la sociología o en la psicología; pero la teoría de Goldschmidt, aún llevando la construcción dogmática hasta los límites extremos más allá de los cuales comienza la investigación sociológica o psicológica, ha permanecido, sin embargo, en el campo del derecho, logrando, más que cualquier otra, dar del proceso civil una reconstrucción jurídica adaptable y flexible, capaz de adaptarse a todos los accidentes de la táctica procesal, y de individualizar, con fórmulas apropiadas su función específica'.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

la técnica es incluso elemento esencial de la construcción dogmática.¹ Esta es la realidad del proceso de tipo dispositivo, como es claramente teorizada en la obra de Goldschmidt; alguno podrá pensar que de este modo, introduciendo en ella este elementos de aleatoriedad técnica, la concepción del proceso se rebaje y la dignidad de la justicia se desacredite, pero al final, deberá reconocer, como la experiencia forense confirma cada día, que el proceso de tipo dispositivo quiere ser precisamente esto y es conveniente que lo sea'.²

Tras hacer una comparación entre la doctrina de Goldschmidt – destinado al 'proceso' y sus propias palabras sobre su transformación en una 'crítica del pensamiento político' (la táctica procesal se asemeja a la lucha política) –, Calamandrei, refuta parcialmente la acusación de 'maquiavelismo procesal' dirigida contra el primero, y termina así: 'Pero se podría responder que en el proceso quien tiene el derecho de su parte, aún cuando por la ignorancia de su defensor haya perdido la causa en primer grado, termina siempre, cambiando de abogado, por tener razón en apelación; del mismo modo que en política, cuando existe la libertad de oposición, la honestidad, a la larga, se manifiesta siempre, por los triunfos a largo plazo, como el más fructuoso maquiavelismo. Y se podría también añadir que, desde luego, el proceso dispositivo, a la par del sistema parlamentario, tiene sus sombras y sus peligros: pero en suma (dice Goldschmidt, maestro de liberalismo procesal) 'malo periculosam libertatem'.^{3,4}

¿Que es lo que tratamos de conseguir con estas largas cétsas de Calamandrei y de Sentis Melendo?

Que el considerar al proceso como 'una serie de situaciones jurídicas' armoniosamente combinadas, facilita grandemente el llegar a la conclusión de deber humanizarlo. Goldschmidt, nos trazó una imagen de un 'proceso vivo' y 'vivido por los hombres', con sus ventajas y defectos; que Sentis Melendo, apoyado en la 'humanidad' de Calamandrei (y no solo de él), extrajo las 'enseñanzas' 'necesarias para 'humanizar' el proceso, reduciéndolas a 'adaptación o adecuación', ideas que desarrelló combinando la idea-madre del curso de un proceso, con los principios que en él deben imperar⁵; esa 'adecuación' del proceso a la actual vida humana, ya estaba prevista como conclusión necesaria, por Klein; y su desarrollo se producía en gran medida a través del nuevo sistema procesal – y naturalmente, procedimental – por él tan ejemplarmente creado.⁶

1. Cfr. sobre una aplicación de esta doctrina a la función del proceso como la de obtener 'satisfacciones jurídicas', nuestro trabajo 'El proceso como función de satisfacción jurídica' cit., 'Temas' cit., I, edp. pp. 378 y ss.

2. Cfr. Calamandrei, 'Un Maestro...' cit., pp. 164 y s.

3. Cfr. Calamandrei, 'Un Maestro...' cit., p. 166.

4. Curiosamente, en el cit. libro (o mejor, revista) homenaje póstumo a J. Goldschmidt, aparece un trabajo de Carnelutti ('Nuevas reflexiones en torno a la certeza del Derecho'), meditativo sobre ideas de Flavio Lopez de Onate y de Capograssi; tornando a plantearse con alarma 'la vida del Derecho, tendiendo a la unidad entre certeza y justicia' que 'se debate en su contradicción' (ob.cit., passim).

5. Cfr. Sentis Melendo, 'Humanización del proceso' cit., pp. 233 y ss.

6. Cfr. Franz Klein, 'Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das ge-

¿Y que es, en qué consiste la ‘humanización’ del proceso?

Ya hemos visto que, etimológicamente, los significados de la expresión son muy amplios. Es un ‘algo’ – que afecta, tanto al Juez, como a las partes, como a los terceros, como a ‘todo el organismo’ que hemos construido los hombres y que llamamos ‘proceso, evidentemente suprajurídico –. Hay algún procesalista que, llevado de su impetuoso carácter (el prematuramente desaparecido Prof. Salvatore Satta, dijo lo siguiente:

‘... el formalismo del legislador, el formalismo del jurista desemboca finalmente en el formalismo del juez’. – ‘De lo que se deduce que el mismo no es – ni puede ser – cosa diversa de aquel formalismo del legislador y del jurista: solo que el mismo, en cuanto el juez opera en lo concreto, presenta aspectos más sensibles, diría más dramáticos, porque al juez uno se dirige para pedir ayuda, y el formalismo del juez se resuelve, o nos parece que se resuelve, en una repulsa de ayuda. *La conciencia común expresa eficazmente este drama cuando habla de ‘humanidad’ del juez: vago sentimiento de algo que lleva la lógica formal a la inmediatez de la vida, de algo que no está escrito en el código, pero circula como la sangre por los tejidos inertes de la ley.*’^{1,2}

Y ahora, queremos trasplantar esta vaga figura, del juez, a todo el proceso. La labor, ha de ser dura y quisás parezca prolija; deberemos reducir las amplísimas acepciones de la expresión ‘humanización’ a lo jurídico (no olvidemos que el nombre que llevamos, no es el de ‘homo iuridicus’, sino de ‘homo sapiens sapiens’); reducir y especializar, hasta llegar a los mecanismos del alma humana, y a los fabricados por ella, que pretendemos hacer confluir de nuevo, en el mismo concepto general, a modo de la misma circulación de la sangre; concepto general que aquí se integrará por los del ‘cerebro’ y ‘corazón’ (aunque empleemos estas palabras algo eufemísticamente, sobre sus acepciones, feurtemente tecnificadas por otras ramas de la ciencia.³

richtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreiten (Civilprozessordnung)’, en ‘Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen’, publ. por el k.u.k. Justizministerium, Viena, 1897 (‘Commissionsverlag der Manz’schen k.u.k. Hof-Verlags u. Universitäts-Buchhandlung’), Vol. I, pp. 189 y ss. Cfr. infra. (Desde ahora, a esta obra, la designaremos por la abreviatura ‘Erl. Bem’).

1. Cfr. Satta, ‘El formalismo en el proceso’, relación leída el 4 de octubre de 1958, en la IV reunión de la Asociación Italiana de Estudiosos del proceso civil, celebrada en Florencia. Traducción española de Sentis Melendo, en sus ‘Soliloquios y coloquios de un jurista’ (de Satta, naturalmente), en la colección ‘Derecho procesal civil’ del último, Vol. III, (Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971), p. 62.

2. No es posible comprender esta acertada intuición de Satta si no se la lee en el contexto completo de su trabajo cit.

3. Por nuestra parte, al trazar de la ‘función del proceso’ como la de ‘conseguir satisfacciones jurídicas’, hemos arrancado de una ‘insatisfacción subjetiva’ que, por un determinado ‘iter’ y bajo el principio dialéctico de contradicción ante jueces imparciales, se transforma dinámica, progresivamente, en un ‘estado de equilibrio de situaciones jurídicas de los sujetos... en el seno de un orden social y jurídico’; estimamos haber contribuido así, modestamente, a explicar el proceso como fenómeno ‘humano’, o mejor dicho, como ‘humanizador’ de situaciones de equilibradas (Cfr. nuestro trabajo cit. ‘El proceso como función de satisfacción jurídica’, esp. pp. 361 y ss. hasta el final).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

Mas antes de seguir por este camino, tratemos de sosegar un poco al menos, la razonable inquietud de los que llamaré ‘pesimistas’ en cuanto a la humanización del proceso civil.

Sentis Melendo, atribuye su sensación de ‘fracaso’ ¹—en parte al menos— en que ‘todos ellos (los estudiosos de diferentes países) tienen que aplicar las doctrinas nuevas, que van elaborando, a códigos viejos’ (premisa que no resiste cuando la ‘doctrina moderna’ se aplica a ‘códigos modernos’ pero ‘inhumanos’— que tambien los hay—).

‘Como “síntesis de lo humano”, entre los grandes procesalistas italianos autores de proyectos de códigos o de códigos (Mortara, Chiovenda, Redenti, Carnelutti etc.) Sentis escoge como superior, a la figura de Calamandrei: “Calamandrei dice es el humanista, el antibárbaro absoluto. Y frente a nuestra necesidad de humanizar el proceso, de adaptarlo a las necesidades humanas, Calamandrei es el hombre que escribió (más aún que el “Elogio de los jueces”) “De

1. Cfr. Sentis Melendo, ‘Humanización’ cit., pp. 228 y ss.

Más pesimista, Satta (Cfr, p.ej., ‘El misterio del proceso’ (Riv.Dir. Proc. 1949-I, pp. 273 y ss. Hay trad. española de Sentis Melendo en la obra cit. en nota 1, p. 202); ‘El formalismo en el proceso’ cit., passim.

Los dos autores llegan a consecuencias diferentes cuando se trata del formalismo y de la modernización del proceso, irreversible. Así, Satta, al explicar ‘el formalismo del jurista’ dice que ‘no se trata de una crítica al juicio según derecho, de una absurda reexhumación del derecho libre, de evocar, del mito, al juez bajo la encina, o del museo de curiosidades, al juez Magnaud. El juicio según derecho, y según el rigor del derecho, no sólo es el único posible, sino que está en los antípodas del formalismo’ (ob. últ. cit., p. 62).

Por su parte, Sentis Melendo, dice ‘algo’ que deja ver un resquicio de cielo azul, de esperanza: ‘Prescindamos de la justicia paternal administrada por el histórico monarca bajo la encina no menos histórica; eso ya no es posible ni siquiera en los minúsculos Estados que, tambien por razones históricas, han llegado a nuestros días. *Prescindamos igualmente de los tribunales especializados que juzgan sobre controversias de tipo bien particularizado* (;por qué no traer a colación al Tribunal de las Aguas de Valencia, con sus mil años de historia y con su actuación siempre ejemplar?). La historia debe tener su importancia y su influencia en la perfección de las instituciones, ya que las creadas hoy en día, no obstante su especialización, dejan bastante que desear en orden a su funcionamiento’ (Cfr. ‘Humanización’ cit., p. 231).

Al estudio de este Milenario Tribunal, hemos dedicado muchos años (Cfr. nuestro libro ‘El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso’, Valencia, 1975); lo hemos contrastado con las modernas doctrinas procesales y lo hemos hallado coincidente con ellas en nó pequeña parte. De ahí nuestra conclusión de que, pese a su antigüedad, se trata de un ‘proceso modélico’ y altamente utilizable como fuente de inspiración para los procesalistas actuales. El mismo Sentis Melendo, termina una afectuosa recensión del libro así: ‘Desde hace más de mil años, unos cuantos labradores de la Vega de Valencia, vienen practicando en sus procesos la publicidad, la oralidad, la concentración, la inmediatez, la instancia única; y todo ello con economía de tiempo y de dinero. Ninguno de ellos -me refiero a los de la época actual- habra oido mencionar a los graves autores que desde hace un siglo luchan por conseguirlo, por hacer más moderno y más dinámico el proceso de todos y cada uno de nuestros países. Y ellos, desde el primer día, lo consiguieron y lo practicaron. — Creo que la Historia no ofrecerá otro caso más palpable de lo que el clásico francés denominó ‘escribir en prosa sin saberlo’. El Tribunal de las Aguas de Valencia viene aplicando desde siempre y sin darse cuenta los principios del hoy moderno Derecho procesal’ (Cfr. esta recensión, en RDPrIber., 1976-1, pp. 238 a 247).

No ‘todo’ debe ser, pues, pesimismo en cuanto a la ‘humanización’ del proceso. La Historia nos lo demuestra.

las buenas relaciones entre los jueces y los abogados?...¹ Y, en efecto, en ellas debe hallar una de sus bases la “humanización” del proceso’.²

Mas sigamos la no muy cómoda ruta que se nos ha marcado.

2. El ambito de la humanizacion del proceso

Con mayor o menor desarrollo, y de manera más o menos concreta, este ámbito es enorme.

A. Diversas normas supranacionales, incluyen una, de orden ‘humanitarista’ que, aunque preferentemente dedicada al campo de acción de lo penal – en donde los atentados a la ‘Humanidad’ han sido y son más frecuentes y violentos –, puede entenderse también aplicable al campo de lo civil; así, los arts. 5° y 10° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre³; los 3° y 6° de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales.⁴

B. En diversos Ordenamientos nacionales, vemos, tanto normas muy favore-

1. Cfr. Sentis, ‘Humanización’ cit., p. 230.

2. Sin perjuicio de tratar, infra, del papel del Abogado como elemento humanizador del proceso, véase lo que se dice de las relaciones entre Jueces y Abogados en Holanda:

‘Casi la mitad de los jueces holandeses, proviene de la profesión de abogado; tras muchos años de ejercicio de esta profesión o de la de procurador – y en ocasiones, de periodos de corta delegación de funciones por parte de los jueces – se puede esperar ser nombrado juez. Este llamamiento, es, pues – en razón a los pequeños emolumentos que los jueces perciben – una especial distinción, un honor, por el prestigio de que el Juez disfruta ante la comunidad social. Y de este contacto – en otros países desconocido (no así v. gr., en Noruega, interpolamos nosotros), deriva en gran medida el trabajo de colaboración, pleno de confianza, entre jueces y abogados’.

(Cfr. Birmanns, ‘Die Gerichtsorganisation in Nederlanden’, en DRiZ, 1971, pp. 236 y ss.).

3. Art. 5. – ‘Ninguna persona será sometida a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes’.

Art. 10. – ‘Toda persona tiene derecho, en régimen de igualdad, a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, que *decidirá ya de sus derechos y obligaciones*, ya del fundamento de toda acusación difigida contra aquella en materia penal’.

4. Art. 3. – ‘Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes’.

Art. 6. – ‘Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente y en plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá por medio de respuestas *sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil*, sea sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella. El juicio debe ser hecho públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público, o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exigen o en la medida juzgada estrictamente por el Tribunal cuando en circunstancias especiales, la publicidad implicaría inconvenientes a los intereses de la justicia...’.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

cedoras de la ‘humanización’, como absurdamente ignorantes de aquélla (y a desaparecer, naturalmente). La brevedad del espacio que para el desarrollo de esta Ponencia se nos ha concedido, impide el desarrollo de las dos casuísticas¹, aunque se verán, infra, alusiones directas a algunas de ellas.

1. Cfr. infra, v. gr., cuando se trate de ciertos procesos especiales o de los intentos de conciliación.

Sin embargo, entendemos interesante dar aquí algunos ejemplos contradictorios de ‘humanización’ y de ‘dehumanización’ procesales.

1) Así, en la RFA, la demanda de separación matrimonial (‘Ehescheidung’) o de reanudación de la vida matrimonial, debe ser precedida de un intento de conciliación (§ 608 ZPO) (excepto en los casos de reconversión; ésta se admite sin previo intento de conciliación, § 614-II ZPO). El intento de conciliación se admite en cualquier estado del procedimiento, debiendo ordenarse la comparecencia personal de las partes (§ 296 ZPO y 610-1-2). Este intento de conciliación es especialmente insistente en el ‘favor matrimonii’; si el actor no comparece en él, el Presidente del Tribunal debe intentarlo celebrar por segunda vez; si es la parte a ser demandada la que no comparece, el Presidente ‘puede’ ordenar un segundo intento, pero también puede declarar fracasada la conciliación (§ 610-II ZPO).

La presencia personal de los cónyuges es tan importante – principio de intermediación – que se concede capacidad procesal a quien tenga limitada su capacidad negocial, excepto en los casos de demanda por causa de la misma para contraer o confirmar el matrimonio, en cuyo caso, se precisa de un representante especial (el cual, para pedir el alzamiento de la separación matrimonial o la anulación, debe contar con la autorización del Tribunal de incapacitaciones) (§ 612-II ZPO).

Rige en el proceso, el sistema inquisitivo; en interés del total esclarecimiento del asunto, el Tribunal puede ordenar la comparecencia personal de las partes (§ 619-1 ZPO); la incomparecencia, produce la imposición de la conducción forsoza ante aquél, o la de una multa (§§ 619 y 377 ZPO); pero no la detención (§ 619-3 ZPO).

Cuando el intento de separación se base en enfermedad mental, contagiosa o repulsiva (‘ekelerregender Krankheit’) (Ley Matrimonial, §§ 44 a 46), el interesado debe ser examinado pericialmente por un médico (§ 623 ZPO).

Se prevén medidas provisionales durante el curso del proceso principal: alimentación recíproca (BGB, 1360, pero sin estricta sujeción a él, según la jurisprudencia); se regulan los gastos de quien cuida de los hijos, así como el pago de la alimentación de los mismos por el padre o la madre (§§ 627 y 627a ZPO).

Si no comparece la parte demandante, a petición de la otra, se dicta sentencia en rebeldía (contumacia) rechazando como infundada su demanda de separación, anulación o restauración del matrimonio (§ 330, 635, 638); también se puede resolver ‘según el estado de los autos’ (§ 331a). Pero si no comparece el demandado, no se le puede sentenciar en ausencia (§ 618-IV), incluso aun cuando se trate de una declaración de co-culpabilidad (Jurisprudencia). El actor debe probar en una audiencia (naturalmente, unilateral) los hechos constitutivos de su demanda para obtener una sentencia favorable (§ 618-2 ZPO, arg. en Stein-Jonas Pohle, completado por Grunsky, Leopold, Münzberg, Schlosser y Schumann, 19 ed., Mohr, Tübingen, 1968, com. al § 618, II, 2) (Esta es la solución normal española de la rebeldía en el proceso ordinario: esto es, no se condena automáticamente al demandado rebelde, art. 541 LEC).

Además de la ob.cit., cfr. también Rosenberg-Schwab, ‘Zivilprozessrecht’, 11 ed., Beck, Munich, 1974 I, § 167-IV, pp. 915 y ss.

2) Una nota de ‘humanización’, la vemos también en materia de divorcio (del matrimonio civil; el divorcio canónico no admite la disolución del vínculo) en España (art. 74 cc); ‘La reconciliación – dice – pone término al juicio (civil) de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio’. – ‘Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, subsistirán, en cuanto a los hijos, los efectos de la sentencia, cuando ésta se funde en

C. Las 'formas' procesales. – Aunque dedicaremos un apartado especial a estudiarlas, aquí conviene recordar (y a éllo se dedican otros temas del programa),

el conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas; en cuyo caso, si aún continúan los unos o las otras bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o de la prostitución'.

He aquí a la 'humanización', actuando en doble sentido; a) en el del 'favor matrimonii', y b) para la protección de los hijos contra maniobras inmorales y antijurídicas de los padres.

3) Un caso de evolución desde una legislación 'poco humana' a otra 'humana' (también en España): el de los de las Leyes de Arrendamientos.

La LEC (de 1881, muy individualista) preveía, para los casos de sentencias de desahucio, una serie de plazos muy cortos, si el desalojo de la finca era urbano (habitación), y aún ningún plazo específico en ciertos casos de desalojo de fincas rústicas (arts 1596 y 1597). Y en el 1599 dice textualmente que 'transcurrido el término ... señalado en el art. 1596, sin que el inquilino o el colono haya desalojado la finca, se procederá a lanzarlo, sin prórroga ni consideración alguna'.

Esto es, sin 'plazos de humanidad'.

Tal legislación, comenzó a ser modificada – en Arrendamientos Urbanos – por el Decr. de 29.12.1931, que establecía la 'prórroga del contrato de inquilinato' a voluntad del arrendatario. Y más tarde, una serie de LAU (la 1ª, de 1946; seguida de las de 1956 y 1964) introdujo una serie de normas 'humanizadoras' del desahucio.

Así, si éste se produjo por falta de pago, el vencido y amenazado de desalojo 'podrá enervar la acción' en cualquier momento anterior a la notificación de una sentencia que no apareje recurso (pagando al actor o depositando en el Tribunal las cantidades debidas, art. 147-1º); si se trata de arrendamientos de vivienda, cualquiera que sea su importe y en los de locales de negocios modestos (renta no superior a las 12.000 pts. anuales), el demandado vencido puede rehabilitar el contrato y evitar el desalojo (o lanzamiento) si, *hasta el momento mismo en que fuera a practicarse*, él, u otra persona en su nombre, paga las cantidades debidas, más el 25% de las mismas, etc. (art. 147-2º).

De otro lado, los exigüos plazos de la vieja LEC para evacuar la vivienda objeto del desahucio, se han ampliado notablemente; aludiéndose, en cuanto a su prórroga a 'razones de equidad o personas del demandado' que el Juez aprecie (art. 142 de LAU, 1964).

Además, existe una serie de Disp. sobre 'Viviendas Protegidas' por el Estado y Corporaciones públicas, p.ej., ocupadas por trabajadores en paro forzoso; viviendas de 'renta limitada' en las que se contienen igualmente normas humanitarias para los desalojos.

Hay que hacer constar, que la 'humanización' no solo juega en favor del arrendatario, sino también del propietario del inmueble; la prórroga del contrato a favor del primero, no rige para los casos en que éste necesite la habitación para sí mismo o para sus familiares. La casuística de la LAU, es muy copiosa e imposible de reproducir aquí.

En materia de Arrendamientos Rústicos, como modernas medidas procesales cuya base se halla en la 'humanización', podemos citar, en España, la medida que los Tribunales pueden adoptar en caso de que por el propietario del fundo se pida una revisión de la renta (en su favor, naturalmente); pueden sentenciar, *incluso rebajando la renta*, aunque el arrendatario no hubiere opuesto reconvencción (art. 53 LAR de 1935 y 51 del Decr. de 29.4.1959); existe, además, un tipo de arrendamientos rústicos, llamados 'protegidos' (de pequeña producción); si el propietario-arrendador intenta recuperar su cultivo para sí o los suyos, se produce una curiosa inversión de la carga de la prueba, en favor del arrendatario que sería expulsado: debe alegar y probar el arrendador reclamante una serie de hechos 'impeditivos' (cuya prueba 'normal' correspondería al demandado, considerado así 'más débil'); se trata, fundamentalmente, de evitar la simulación por parte del propietario reclamante (que en el fondo, no vá a cultivar directamente las tierras que recupera, sino probablemente las vá a arrendar por renta superior) frente al agricultor-cultivador modesto (arts. 88-89 Regl. de 1959).

El fenómeno de la 'humanización' – a través del de la 'socialización' – de los procesos de arrendamientos rústicos y urbanos, es una constante de los Ordenamientos europeos.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

que son claves para obtener 'Justicia', que el 'iter' sea formalmente rápido y económicamente barato (interviniendo, si es preciso, lo que en Austria denominan 'ayuda judicial', en Italia el 'gratuito patrocinio', en Bélgica 'asistencia judicial'; en España 'beneficio de justicia gratuita' o 'de pobreza' etc.).

Aquí – y para no 'chocar' con otro tema – solo deberemos ocuparnos de la 'celeridad' del proceso en su forma exterior (procedimiento); y así nos hallaremos con los principios de oralidad y escritura; con sus necesariamente combinados, *a.* de inmediación o inmediatividad y de concentración de las actuaciones en un mínimo posible de tiempo; y *b.* con los combinados principios de la 'escritura', o sea, los de preclusión rígida (orden rígido-legal de los actos) y eventualidad.

D. El origen de la 'humanización' del proceso, no solo puede hallarse, directamente, en la fuente más clásica del Derecho procesal positivo, o sea, en la 'Ley', sino también en otras, admitidas en algunos países¹, como lo son, los 'principios generales del Derecho' y las 'reglas de la sana crítica' o del 'criterio racional'², que a nuestro juicio, son las llamadas 'Erfahrungssätze', por Stein.³

Entendemos parece la pena explanarse sobre una concepción probatoria que puede contribuir en gran medida a 'humanizar' las normas legales procesales.

En diversos puntos de la LEC y CC españoles, aparecen, en relación con la apreciación de la prueba⁴ las expresiones 'apreciación según las reglas de la sana crítica'⁵ y 'según las reglas del criterio humano'.⁶

No podemos extendernos aquí sobre el lugar que debe ocupar este sistema de apreciación de la prueba; lo hemos calificado de 'freno impuesto al juez en la libre apreciación de la prueba'^{7,8}; la noción se desparrama por los diversos cuerpos

1. Nos referimos concretamente, al CC español.

2. Cfr. la explicación, infra, con la bibl. cit. en el texto.

3. O sea, 'definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso que se examina en el proceso concreto y de los hechos que lo componen, obtenidos de la ciencia, pero no vinculados a los casos singulares de cuya observación se inducen y por ello válidos para otros' (Cfr. Stein, 'Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse', Leipzig, 1893 (trad. española de De la Oliva, Ed. de la Universidad de Pamplona, 1973, pp. 25 y ss.); Stein, 'Die ZPO für das deutsche Reich', 11ª ed. de los Grandes Comentarios inaugurados por Gaupp, Mohr, Tübingen, 1913, V.I., pp. 689 y ss. com. al § 282; 'Grundriss des Zivilprozessrechts', Mohr, Tübingen, 1921, esp. p. 159 y ss.; Stein-Juncker (con prólogo conmemorativo de Richard Schmidt), 'Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts', Mohr, Tübingen, 1928, pp. 241 y ss.).

4. En los casos en que ésta no se halla 'tasada' por la Ley, como ocurre con la confesión judicial y (en parte) con la prueba de documentos públicos.

5. LEC: art. 609 sobre la apreciación de la prueba de 'cotejo de letras'; 632, sobre el valor de la prueba pericial; 659, con ref. al valor de la testifical.

6. CC: art. 1253, con ref. a la construcción de presunciones judiciales.

7. Diversas tomas de posición sobre el tema, pueden verse, v. gr. en Guasp, 'Comentarios a la LEC', Madrid, 1947, T.II, Vol. I, Parte 2ª, p. 674; Prieto Castro, 'Derecho procesal civil', Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1970, Vol. I, pp. 457 y ss.; 'Los hechos en casación', en 'Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil' Madrid, Ed. Reus, 1950, V.I, pp. 260 y ss.; Sentis Melendo, 'Apreciación de la prueba civil en Derecho argentino', en

legales españoles; así, los 'usos mercantiles' del Código de Comercio; en el mismo, la idea del 'comerciante cuidadoso'; el 'infortunio del comerciante' (que le lleva a la quiebra fortuita); la 'diligencia de un buen padre de familia' (art. 1102-2 CC y 1555-2o del mismo); el 'cabal' (perfecto) 'juicio' del testador (art. 663-2o CC), etc.

Se trata de una noción o concepción propia y exclusiva de los ordenamientos españoles e hispano-americanos¹, más debidamente apreciada por otros ilustres juristas extranjeros.² Así, Gorphe, calificaba a las 'reglas de la sana crítica como' sabia prescripción que... si se aplica con método, puede mejorar el empirismo y la subjetividad de la simple 'convicción frítila' a la vez que hace innecesaria una reglamentación complicada de exclusiones y tachas de testigos³; 'la juiciosa

'Estudios' cit., V. I, esp. pp. 404 y ss.; Serra Dominguez, 'Contribución al estudio de la prueba', en 'Estudios de Derecho procesal', Barcelona, Ariel, esp. pp. 362 y s.; Alcalá-Zamora Castillo, 'Acertios terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico', en 'Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia', Mexico, 1948, ed. separada, pp. 48 y ss.; De La Plaza, 'Derecho procesal civil', Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, V. I, pp. 419 y ss.; y antes que nadie Vicente y Caravantes, 'Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento', Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, Ed., 1856, V. II, pp. 222 y ss. – Cfr. también, muy interesante, Couture, 'Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial', en sus 'Estudios de Derecho procesal civil', V. II ('Pruebas en materia civil') Ediar, Buenos Aires, 1949, pp. 179 y ss.

Hemos procurado contribuir al esclarecimiento del tema, en nuestro trabajo 'La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española', Ponencia para el IV Congreso Internacional de Derecho procesal (Atenas, 1967), publ. también en 'Temas' cit., V. II, esp. pp. 1052 y ss.

8. Cfr. Fairen 'Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966' cit., p. 173; 'El "Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil" de 1966', en 'Temas' cit., V. II, p. 705

1. Cfr. v. gr., Sentis Melendo, 'Apreciación de la prueba civil' cit., p. 405 y s., nota nº 16.

Cfr., v. gr., los cc español, francés e italiano, en cuanto a la construcción de las presunciones judiciales;

Art. 1253 del cc. español: 'Para que las presunciones no establecidas por la Ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado (que es el "indicio" o "indicios" interpolamos nosotros, según el art. 1249 cc) y aquél que se trate de deducir *haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano*'.

Art. 1353 del cc francés: 'Las presunciones que no están establecidas por la ley, son abandonadas a las luces y prudencia del magistrado, que no debe admitir mas que las presunciones graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite las pruebas testificales, a menos que el acto sea atacado como consecuencia de fraude o dolo'.

Art. 2729 del cc. italiano: 'Presunciones simples. – Las presunciones no establecidas por la ley, son dejadas a la prudencia del juez, el cual no debe admitir sino presunciones graves, precisas y concordantes'.

'Las presunciones no pueden ser admitidas en los casos en que la ley excluye la prueba por testigos'.

Nos parece evidente la superioridad del concepto 'reglas del criterio humano' al de 'luces y prudencia del magistrado', mas proclive, por apelativo individual, a la posible arbitrariedad en la elaboración de presunciones.

2. Cfr. Gorphe, 'La crítica del testimonio', trad. española de Ruiz Funes, Madrid, Ed. Reus, 1933, p. 22.

3. Se equivocó Gorphe al atribuir la introducción del concepto de 'reglas de la sana crítica' a la

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

prescripción de la LEC española de 1881¹ que recomienda a los jueces apreciar siempre el valor de los testimonios² ‘conforme a las reglas de la sana crítica’ y de acuerdo con las circunstancias (art. 659): ese principio encierra todo un programa; y si está bien trazado, vale lo que un gran número de normas legales³.

Las ‘reglas de la sana crítica’ – y las ‘del criterio humano’ – son máximas de la ‘experiencia’; y no solo de la ‘experiencia’, sino también de la ‘ciencia’, de la ‘técnica’, del ‘arte’; son aplicadas por los Tribunales – que también pueden crear otras nuevas – y creadas, corregidas y aplicadas por el Tribunal Supremo en casación. Esta utilísima figura permite que la famosa ‘premisa mayor’ de las sentencias, se integre, no por ‘normas jurídicas’, sino por ‘normas’ (‘o principios, o máximas’) extrajurídicas, pertenecientes a ámbitos extrajurídicos, como lo puede ser, v.gr., la medicina; y son numerosos los ej. de aplicación de ‘máximas de la ciencia médica’ por la Sala VI del TS en materia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales.^{4,5,6}

Pues bien: las ‘reglas de la sana crítica’, como ‘máximas de la experiencia’ que son⁷, en manos de los tribunales españoles para apreciar la prueba, pueden constituir un valiosísimo elemento de humanización del proceso.⁸

LEC española de 1881; ya existía en la de 1855. Y Sentis Melendo, con Couture, señalan el paso del citado concepto a varios Códigos hispanoamericanos (que Gorphe ignoró). Y el primero dice: ‘En disculpa de Gorphe debe decirse que, como veremos, el concepto que estudiamos, si bien se reproduce en otras legislaciones, lo fue en las de pueblos de habla castellana; y no hay que pretender que un autor francés se ocupe de las legislaciones de aquí (de las hispanoamericanas); ya es bastante si se asoma – pocas veces lo hace – a la española que la tiene tan cerca’ (Cfr. Sentis, ‘Apreciación de la prueba civil’ cit., p. 405 y s., nota n° 16).

1. Cfr. Gorphe, ‘De la apreciación de la prueba’, trad. esp. de Alcalá-Zamora Castillo (Luis), ed. Ejea, Buenos Aires, 1950, p. 418.

2. Y como hemos dicho antes (p. 207, notas 5 y 6), no solo en cuanto a los testimonios.

3. Cfr. ob. cit. en nota n° 1, loc. cit.

4. Sobre el lugar que las ‘reglas de la sana crítica’ deben ocupar en las sentencias, el problema nos llevaría a una digresión más. Cfr. la bibl. cit. en p. 207, n. 7 y p. 208, n. 8.

5. Desde luego, el TS, no solo ‘controla’ las creadas o aplicadas por los Tribunales ‘a quo’, como elemento para colmar ‘normas abiertas’, sino que también las construye.

6. Para comprender el fenómeno, hay que tener en cuenta las diferencias ‘a nativitate’ de la ‘casación’ española con ref. a la francesa y otras europeas (Cfr. Fairen, ‘La recepción en España del recurso de casación francés’ cit., passim.).

7. Cfr. Cfr. p.ej., Guasp, ‘Comentarios a la LEC’ cit., loc. cit., p. 674; Prieto Castro, ‘Los hechos en casación’ cit., pp. 260 y ss.; Fairen, ‘La doctrina legal y el control de los hechos en la casación etc.’ cit., esp. pp. 1052 y ss.

8. Un ejemplo práctico bastará.

Sobre la base de una simple norma administrativa (Reglamento de Enfermedades Profesionales de 9 de Mayo de 1962), se llegó a pretender que tal norma, en materia probatoria jurisdiccional – se trataba del dictámen médico emitido por el entonces llamado ‘Tribunal’ (?) Médico de Enfermedades Profesionales- vinculaba a los Tribunales, prevaleciendo sobre cualquier otro dictámen médico emitido en el expediente administrativo previo.

La Sala VI del TS (Sentencia de 12.2.1964), rechazó dicha interpretación, diciendo que ‘cierto que el dictámen de ese Tribunal Médico, por su jerarquía, por su independencia (?) y por la alta categoría profesional de sus componentes, ha de ser estimado como elemento probatorio de extraordinario valor, e incluso tiene carácter prevalente sobre el resto de los dictámenes, por

En el ejemplo suministrado en la nota no. 79, encontramos como el TS español, aprovechó las posibilidades ‘humanizadoras’ que se le ofrecían; en efecto, la sentencia a que nos referimos (y otras análogas), fué ‘humanizadora’: el ‘contacto directo, humano’ del médico con el enfermo, tiene mayor valor probatorio que el mantenido tan solo a base del examen de un ‘historial médico’, o ‘clínico’ del caso.

CAPITULO TERCERO

1. Los elementos personales del proceso y su humanización

A. Un principio político de la organización judicial, que le permitirá actuar con la elasticidad que la condición humana a la que sirve en cada caso concreto, es el de su *independencia*. Lo cual, conduce a una serie de exigencias, tanto en cuanto al nombramiento de los jueces¹, como a su inamovilidad en el desempeño de sus funciones, en relación con el principio de su responsabilidad.²

Mas no solo es la independencia judicial lo que debe influir en la ‘humanización’ del proceso; es también – y antes, naturalmente su ‘moralidad’. Demos potestad judicial independiente a una persona ‘inmoral’ y el resultado será catastrófico; máxime si por haberla hecho ‘inamovible’ debemos esperar largo

aplicación del... art. 83 del Regl. de 9.5.62, cuando se trata de reclamaciones administrativas ante los organismos de tal carácter, pero... ni puede vincular el criterio de los organismos jurisdiccionales, ni puede ser suficiente para invalidar totalmente el diagnóstico anterior y unánime establecido por numerosos dictámenes de médicos especialistas *que vieron y reconocieron al paciente, a diferencia del Tribunal Médico Central, que se limita a expresar su contrario criterio por el simple examen de los datos que le fueron suministrados* (esto es, el ‘historial clínico y radiografías), *pero sin un directo examen o reconocimiento del enfermo*’.

Aquí hallamos una ‘regla de la sana crítica’ que así puede resumirse: ‘tiene mayor valor probatorio un examen médico con inspección personal del enformo, que otro, según el cual, no se procedió a tal inspección corporal, sino solo en virtud de información escrita o análoga’.

Un examen de la jurisprudencia del TS en esta interesante materia médica, con elaboración o crítica de ‘máximas de la experiencia’ (‘reglas de la sana crítica’) puede hellarse en nuestro trabajo cit., ‘La doctrina legal y el control de los hechos en la casacion etc.’, esp. pp. 1127 y ss. 1. Se trata aquí de otro Tema del Congreso, titulado ‘Training, selection and appointment of the judges’, por lo que no nos adentramos en su vasta problemática.

Sin embargo, no podemos abstenernos de citar el ejemplo de Suiza, como clásico país democrático con tribunales de jueces-legos en derecho, en cuyo país, se nota una evolución desde el sistema de los tribunales de Jurados hacia los escabinatos en lo penal (Cfr. p.ej., Graven, ‘Le Jury et les Tribunaux d’échevins en Suisse’, Ponencia a la ‘Schweizerische Juristenverein’, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1938, pp. 121a y ss.); y en lo civil, la de sustituir a los jueces legos por técnicos, según aumenta el número y complicación de los procesos (Cfr. sobre el tema, la Ponencia de Walder, para el Coloquio ‘75 años de evolución jurídica en el mundo’ (Mexico, 1976) sobre Suiza, § 2.); aunque pese a éllo, en los cantones pequeños y agrícolas, siguen predominando los tribunales de jueces legos.

2. Cfr. nuestro trabajo ‘Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial Española de 1870 vigente’, en ‘Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldenner, Zürich, Schulthess, 1973, passim, y bibl. cit. al final.

Cfr. igualmente, Fairen, ‘La figura del Juez’, en ‘Temas’ cit., V. I, esp. pp. 474 y ss.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

tiempo – hasta pillar – la en ‘inmoralidad’ que puede ser muy tortuosa – para arrojarla de su cargo. En tales casos, no cabe ni siquiera esbozar la idea de que los procesos en que actúen sean ‘humanos’ o nó. Serán, antetodo, ‘injustos’, o sea, una especie de ‘falsos-procesos’ (aunque desgraciadamente, en sus resultados, puedan ser tan eficaces como los ‘justos’).

B. Para poder obtener un proceso ‘humanizado’, a la moralidad – y ciencia – del Juez – ha de corresponder la ‘moralidad’ de las partes. De esta ‘moralidad’, podemos tratar, con respecto a la conducta de las partes *anterior* al proceso – y puede ser la ‘inmoralidad’ de una de éllas la que lo provoque – y durante el *desarrollo* del mismo.

a. Una muestra del la progresiva ‘humanización’ del proceso, la hallamos en la evolución de los *procesos concursales*; según cual haya sido la conducta de la parte sometida a éllos por los acreedores, se la tratará legalmente con mayor o menor benignidad.

Y con la mayor benignidad, se le concede la posibilidad de evitar el verdadero concurso (o quiebra, o bancarrota) por medio del ‘concordato preventivo’.

Así, p.ej., en Austria, según la ‘Vergleichsordnung’ de 1935, una base exigible para que el deudor pueda ‘concordar preventivamente’ con los acreedores, es la de que ‘sea digno de ello’¹ – en lo que pueden mucho sus buenos o malos antecedentes comerciales –; en Francia, el ‘Réglement judiciaire’ (antes y despues de la Ley de 13 de Julio de 1967), tiene como objetivo proteger al comerciante honrado y desgraciado, de buena fé (‘débiteurs malheureux et de bonne foi’); sin lo cual, se vá al concurso; ha de mostrar además, que es capaz de proponer un concordato serio²; en Suiza (Ley Federal de ‘Schuldbetreibung – und Konkurs de 1889), tambien se investiga si el deudor ‘es digno de concluir un convenio con sus acreedores’ –concordato preventivo–³; en Dinamarca, en la figura pré-concursal del ‘acuerdo preventivo (Leyes de 14.4.05 y 12.4-06), la solicitud del deudor de convenir, ha de ir acompañada de un minucioso informe de dos ‘Hombres de confianza’ autorizados por el Ministerio de Justicia (que no pueden ser parientes del deudor); y en él, entre otras cosas, han de consignar su comprobación de la ‘honorabilidad’ de aquél⁴; en Suecia (Ley de 13.5.21), en el periodo inicial del proceso de concordato, el Juez debe comprobar si el ‘solicitante, es digno o nó de un con-

1. Si las consideraciones que casi todos los autores hacen sobre la ‘ruina’ que significa un concurso (o quiebra) – por lo que debe ser considerada como la ‘ultima ratio’ de los acreedores – son especialmente acertadas, Cfr. las de H. W. Fasching – para Austria – (Cfr. Fasching, ‘Oesterreich’, en ‘Insolvenzrecht’ verschiedener Staaten Europas und der Vereinigten Staaten von Amerika’, Viena, 1970, Kreditschutzverband, esp. pp. 288 y 299 y s.

2. Esta concepción, basada en gran parte, en el subjetivismo de la ‘buena fé’ del deudor, se ha debilitado como consecuencia de la Ley de 1967. Cfr. sobre todo ello, Auboin, ‘Frankreich’, en ‘Insolvenzrecht’ cit., esp. pp. 203 y ss.

3. Cfr. Keller, ‘Schweiz’, en ‘Insolvenzrecht’ cit., pp. 171 y ss.

4. Cfr. Repsdorph, ‘Dänemark’, en ‘Insolvenzrecht’ cit., p. 171 y ss.

venio, por su conducta anterior'¹; en la RFA (rige la 'Vergleichsordnung' de 1935), el Juez puede rechazar una solicitud de concordato preventivo por 'indignidad' del deudor solicitante², etc.

Mas en el Derecho concursal, modernamente, opera tambien su 'humanización' en favor de los acreedores más débiles (los trabajadores) o socialmente más trascendentes (la 'Seguridad Social') y sus créditos contra el sujeto a concurso (o quiebra). Así, v. gr., Austria, Francia, España, Suiza, Noruega³, etc.

b. Pero la 'moralidad', actúa no solo para situaciones producidas antes de producirse el proceso (supuesto contemplado con respecto a quien solicita un concordato preventivo, supra), sino tambien durante el *desarrollo del proceso*; por escasez de espacio, tan solo nos fijaremos en una genérica de esta moralidad, y en los principios processales de 'probidad' y de 'deber de veracidad' de las partes.

a. 'oralidad y regla moral – escribía Couture, apuntando yá claramente a una posible 'moralización' del proceso- son dos elementos diferenciales del proceso: el primero, atañe a la forma, el segundo, a la substancia'.⁴

'La oralidad – sique De Pina – no es recomendable tan solo desde un punto de vista técnico... sino tambien teniendo en cuenta la influencia que ejerce en la moralización del proceso...' 'En el proceso oral... no hay lugar para las chicanas. En este sentido influye poderosamente en la moral procesal. Mediante la oralidad, los procesos maliciosos o dilatorios son inútiles y, consiguientemente no existen. (Aquí reproduce De Pina un párrafo del austríaco Hellmann)⁵.

'La oralidad – continúa De Pina –, que supone el contacto directo entre cuantas personas intervienen en el proceso... constituye una serie de obstáculos al éxito de las maquinaciones fraudulentas o dolosas que en él puedan intentarse. Por muy escasa que sea la experiencia del juez y su conocimiento de los hombres, en un sistema como el oral, en el que el principio de la intermediación se manifiesta en forma rigurosa, le será siempre bien fácil, no solo darse cuenta de la disposición de ánimo de los personajes que desempeñen algún papel en el drama del proceso y de sus cualidades éticas, sino tambien influir en ellos, dándoles, con una conducta diligente y ejemplar, la sensación de que una falta de *probidad* no solo habría de ser ineficaz, sino advertida a tiempo y sancionada oportunamente con

1. Cfr. Pap, 'Schweden', en 'Insolvenzrecht' cit., p. 315.

2. Cfr. Schönke-Baur, 'Zwangsvollstreckungs, Konkurs und Vergleichsrecht', 9ª ed., Müller, Karlsruhe, 1974, p. 373; Ohlenbruck, 'Bundesrepublik Deutschland', en 'Insolvenzrecht' cit., p. 163 y s.

3. En algunos países europeos, aparece tambien como acreedor concursal privilegiado el 'fisco' (la Hacienda Pública, por impuestos debidos).

4. Cfr. Couture, 'Oralidad y regla moral en el proceso', Buenos Aires, 1939, cit. por De Pina, en su trabajo 'La moralización del proceso', en 'Scritti in memoria di Piero Calamandrei', V.II, Cedam, Padua, 1958, p. 187.

5. Cfr. De Pina, ob.cit., p. 187.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

todo el rigor de la Ley'.^{1,2,3}

'El sistema oral sería preferible sobre el escrito – sigue De Pina – aunque no fuese mas que por su trascendencia en la conducta de las partes, en virtud de que el principio de inmediación permite un control directo del juez sobre sus actividades. Pero la inmediación, no hace solo posible el control del juez sobre las partes, sino el de éstas (y el de sus representantes y asesores) sobre la conducta del juez. En el proceso de tipo oral, la comunicación directa entre cuantas personas intervienen en él, establece la posibilidad de un control recíproco, que equivale a un freno moral decisivo para quien lo necesite'.⁴

b. El principio de *probidad* de las partes en el proceso – diferente del 'deber de veracidad'; el primero, genérico y el segundo específico⁵ – es el de 'lealtad y respeto a la justicia'⁶; un ej. de ello nos lo dá el art. 88 del CPC italiano: 'Deber de lealtad y de probidad. Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad'.⁷ 'En caso de que los defensores falten a este deber, el juez debe dar cuenta de ellos a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos'.⁸

1. Cfr. De Pina, ob.cit., p. 188.

2. Esta actuación del Juez, ha sido muy tenida en cuenta en la reforma – reciente – procesal civil francesa; y así, para Perrot, 'existe la idea, bastante difusa y no exenta de exageración, de que son los abogados, siempre con demasiado trabajo, los causantes de la lentitud de la justicia. Por ello nace (en la reforma) la tentativa de desviar el equilibrio de fuerzas, aumentando los poderes del juez, considerado como una especie de 'animador' del proceso, cuya función es la de acelerar el procedimiento...' (Cfr. Perrot, 'Il nuovo e futuro Codice di Procedura civile francese', en Riv. Dir. Proc., 1975-II, p. 241.

3. Este incremento de los poderes del Juez a efectos de agilizar (sobre sus diferencias con el 'socializar', cfr. Baur, 'Liberalización y socialización del proceso civil', Ponencia Gral. al Coloquio 'LXXV años de evolución jurídica en el Mundo', en RDPriber., 1972 esp. pp. 318 y ss.; también Fasching, 'Liberalización y socialización del proceso civil', Ponencia nacional austríaca al cit. Coloquio, en BMDC, en.ag. 1972, esp. pp. 26 y ss.) el proceso a través de la oralidad, además de los dos autores citados (y ante todos, Klein y Wach) se nos muestra p. ej., en la ZPU de la RFA (Cfr. Grunsky, 'Die Entwicklung des deutschen Zivilprozessrechts von 1900-1975', Ponencia 'ad hoc' al mismo Coloquio; en la misma ZPU austríaca; en el CPC de Portugal de 1939 (reformado en 1967, art. 266; cfr. la Ponencia 'ad hoc' al mismo Coloquio de De Castro Mendes), etc.

4. 'Este aspecto de la oralidad – continúa De Pina p. 88 – debe tenerse en cuenta... cuando se trata de adoptar medidas contra la mala fé y el dolo procesal, que cada día se manifiestan con mayor empuje... como efecto de una crisis tan extendida y profunda que pone en peligro los valores fundamentales de la vida humana'.

5. Cfr. Couture, 'El deber de las partes de decir verdad', en sus 'Estudios' cit., V.III ('El Juez, las partes y el proceso'), Ediar, Buenos Aires, 1950, p. 253.

6. Cfr. Couture, 'Proyecto de Código de Procedimiento civil', Montevideo, 1945, art. 7º: 'Principio de probidad. El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y las faltas de lealtad y probidad en el debate'.

7. En el 'Proyecto Solmi', art. 26, se preveía 'la obligación' de veracidad de las partes. Cfr. con el texto del art. 88 del CPC italiano.

8. Con motivo de la existencia de este 'deber de probidad' y sus relaciones con el de 'veracidad de

(Si recordamos que en las españolas Ordenanzas de Bilbao (1737), Cap. I, § VI, se ordena que se resuelvan los juicios ‘la verdad sabida y la buena fé guardada’¹, llegaremos casi a identificar la ‘buena fé’, con la ‘probidad’ procesal).²

Con toda esta aparente digresión, no nos hemos salido del tema; en donde no hay verdadera ‘humanidad’ no puede haber ‘probidad’.

c. El principio del ‘deber de veracidad de las partes’, tan controvertido³ debemos estudiarlo sintéticamente y con dirección tan solo a nuestro tema.

‘Derechos y deberes sobre las afirmaciones hechas en sus actuaciones – dice Schima recientemente – están limitadas por el llamado ‘deber de veracidad’, esto es, por la exigencia legal de que las partes declaren sobre las circunstancias

las partes’, se ha originado una vasta discrepancia de opiniones – cfr. un resumen de las mismas en Sentis Melendo, ‘Deberes del Juez y cargas de las partes’, en ‘Estudios’ cit., I, pp. 366 y ss. y la bibl. que citar. Lo que entendemos no se puede ignorar, es la diferencia entre ‘deber’ y ‘obligación’ (bien clara, v.gr., en Santi Rumano, ‘Frammenti di un dizionario giuridico’, Giuffrè, Milan, 1947, pp. 91 y ss.).

1. Cfr. sobre éllo, nuestro libro ‘El juicio ordinario y los plenarios rápidos’ cit., esp. pp. 86 y ss. y nota 226.

2. Couture, en su ob. últ. cit., trajo a colación la Real Cédula española de 1794, instituyendo el Tribunal del Consulado de Buenos Aires (p. 237); en ella se reproduce, en este punto a las Ordenanzas de Bilbao (y también en otros).

3. Para unos autores, existe un verdadero ‘deber’ de las partes de decir verdad en el proceso (Cfr. v. gr., Von Hippel, ‘Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess: Beiträge zum natürlichen Ausbau des Prozessrechts und zur Erforschung des Rechts-theorie des 19. Jahrhunderts’, Frankfurt a.M., Klostermann, 1939, passim; Schönke, ‘Zivilprozessrecht’, 2ª ed., Decker’s Verlag, Berlin, 1943 2-III nótese que ambas obras están escritas en época nazi; en especial, la de Von Hippel, criticó a Goldschmidt como ‘amoral’ en su doctrina del proceso como situación jurídica, basado en una filosofía nazi, lo cual no es de recibo). Sobre ello, cfr. Prieto Castro, ‘Notas sobre la eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal’, en RDPrArg., 1951-III-IV (Estudios en memoria de J. Goldschmidt) pp. 201 y ss. esp.

Como el problema se originó por el § 178 de la ZPO austríaca, que hablaba de que ‘Jede Partei, hat in ihren Vorträgen... erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäss vollständig und bestimmt anzugeben...’ (que fué seguida por el § 138 de la ZPO alemana según la Novela de 1933), conviene aclarar – así lo explica su autor, Franz Klein – que la sanción a este ‘deber de veracidad’ de la parte, no se halla en una conminación con un castigo al desobediente, sino sino en que el tribunal complete, de modo sustitutivo, lo que falta a aquélla verdad (esto es, un incremento de los poderes del juez). Cfr. Klein, ‘Erl. Bem.’, pp. 259 y s.; Fasching, ‘Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen’, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1962, Vol. II, com. al § 178, p. 846 y s.; y ob.cit. pp. 29 y s.

Para otros autores, (V. gr., Sentis Melendo, ‘Deberes del Juez etc.’ cit., p. 371) no existen deberes procesales de las partes; y otros, se quedan en mitad del camino (v.gr. Prieto Castro, ob. últ. cit. pp. 203 y ss.

Nosotros, en algún tiempo (en 1948, ‘Concepto, Método, fuentes y Programa de Derecho procesal’, Memoria para las Oposiciones a la Cátedra de Santiago de Compostela, que obrará en el Ministerio de Educación y Ciencia español) opinamos se trataría en este caso – y en otros – de un deber de naturaleza extraprocesal, pero que se pone de manifiesto en el proceso (fol. 7 y ss.) Coincidíamos así con Couture casi totalmente. Para él, ‘el deber de decir la verdad, existe, porque es deber de conducta humana’ (El deber de las partes de decir la verdad’ cit., 1950, p. 253.

fácticas de modo completo y determinado (§ 178, ZPO). *Se trata simplemente de un deber de sinceridad*; no deben producirse afirmaciones cuya mendacidad conoce la parte'.¹

Y a seguida, retorna a la argumentación de Klein²: 'Puede suceder – sigue – que el principio dispositivo, como 'cultivo puro' opere como impedimento para la búsqueda de una resolución justa; pero la dirección del proceso por el juez, a través de exigencia de esclarecimientos (cuya omisión puede constituir un motivo de impugnación), hace aparecer como superado tal pensamiento'.³ Pero las dificultades que el imperio del principio dispositivo, produce en el sistema austríaco de las 'sentencias en contumacia del demandado'⁴, le hacen decir: 'La discusión en torno a la reforma, deja intacto al principio dispositivo. Ni el tránsito hacia el principio de la 'audiencia principal' de modelo sueco, según la iniciativa de Baur⁵ o del 'modelo de Stuttgart' de Bender⁶, ni las aspiraciones del Ministerio Federal de Justicia a una simplificación, racionalización y aceleración del procedimiento, persiguen dejar de lado al principio dispositivo... Mas, sin embargo, deberían organizarse 'medidas para flanquearlo' como las que se han propuesto; contra ellas no podrían revolverse los adversarios del principio dispositivo'.⁷

'El deber de veracidad de las partes', se le vé, a través de la trayectoria que hemos seguido, como un deber 'extraprocesal'; 'de conducta humana'; 'de sinceridad'. Y debe pensarse que si se quiere contar con las partes para la 'humanización' del proceso, hay que pensar que ellas, en general, más que una sentencia 'justa', desean una sentencia 'favorable'.⁸ Por ello, nos parece adecuado terminar el tratamiento de este problema con unas palabras de Redenti; dijo el gran Maestro de Bolonia:

'Volviendo del juez a las partes, e a la idea, que apareció por un momento... de

1. Cfr. Schima, 'Gedanken zur Zukunft des Verhandlungsgrundsatzes' en 'Studi in memoria di Carlo Furno', Giuffrè, Milan, 1973, p. 902.

2. Cfr. Schima, ob. cit., loc. cit.; Klein, en 'Erl. Bem.', fr. transcripto en p. 214, n. 3, supra.

3. Cfr. Schima, ob. cit., loc. cit.

4. Sería muy largo – y fuera del tema – ocuparnos de éllo. Baste decir que el inconveniente que se produce en el Ordenamiento austríaco por el 'angosto sistema de la reposición de las cosas al estado anterior' (Schima, ob. cit., p. 903 y s.), no se produce según el Ordenamiento español, en el cual, la 'rebeldía' del demandado, significa 'oposición'; y además, si prueba determinadas circunstancias que le impidieron personarse en el proceso, se abre para él un medio de impugnación, 'la audiencia en rebeldía', muy amplio.

5. Se refiere a la propuesta de Fritz Baur, publ. bajo el nombre 'Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess' (De Gruyter, Berlin, 1966) que fué el origen del 'Modelo de Stuttgart'.

6. Se refiere al 'Modelo' puesto en práctica en Stuttgart y expuesto por Bender ('Die 'Hauptverhandlung' in Zivilsachen (Ein Bericht über den Versuch der 20. Zivilkammer des Landesgerichts Stuttgart, die Ziele der Zivilprozessreform auf der Grundlage der geltenden Gesetze zu erreichen)', en DRIZ, 1968, pp. 163 y ss.

7. Cfr. Schima, ob. cit., p. 905.

8. 'El proceso no está hecho para los jueces y los abogados, sino para las partes' dice Proto Pisani (Cfr. 'Il processo civile di cognizione a trent' anni dal Codice', en 'Studi in memoria di Carlo Furno' cit., p. 789).

su 'obligación de veracidad en juicio' (para partes y defensores... cierto es, al nivel de la mas modesta experiencia empírica, no existe 'una' verdad histórica para las partes. Cada una de ellas tiene 'su' verdad, según su 'forma mentis', bajo la influencia de sus propios intereses y pasiones. Y solo de la prueba y del control crítico de sus 'visiones' en contraste, se puede llegar a 'la verdad del juez', que es la que tiene validez para el Ordenamiento jurídico. Todo lo que racionalmente se puede y se debe pedir a las partes, es que hagan saber sin ambages lo que quieren y lo que piensan y 'por qué' piensan y quieren de un modo u otro. Y es a mi parecer, una verdad indeclinable del proceso civil, que las partes (y con ellas los defensores) puedan escoger y ofrecer al juez tambien los elementos de convicción que, según ellas, pueden favorecer sus tesis opuestas. Solo así puede conseguirse la 'verdad del juez', siempre a los fines del ordenamiento jurídico, equilibrada, adecuada y no divagante'. Si recordamos que el título que acoge a este párrafo es el de 'l'umanità nel nuovo processo civile',¹ habremos comprendido bien cual es el papel del más o menos conseguido 'deber de veracidad de las partes' a efectos de la 'humanización' del proceso.²

C. Queda por tratar un elemento más del proceso, que no solo puede, sino que *debe* contribuir a su humanización: el Abogado.

Son bien conocidas³ las tareas que el 'cliente' encarga a su abogado; más aquí – siempre por razones de espacio – nos está vedado examinar desde el punto de vista de la humanización algunas de ellas; y otras, se hallan comprendidas en temas ajenos, en los que no entramos.⁴

1. Escrito en 1940. Publ. en sus 'Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo', Giuffrè, Milan, 1962, Vol. I, p. 764.

2. Pese a las afirmaciones de Schima, se elevan voces sobre la limitación que el 'principio de autoridad del juez' impone al principio dispositivo (lo que ya venía a reconocer Klein, cfr. supra, p. 214, n. 3). Se dice, que ese pretendido 'deber de veracidad', no solamente afecta al interés de las partes, sino tambien a la posición del Tribunal; y deja sin fuerzas típicas manifestaciones del principio dispositivo (Cfr. Ponencia 'ad hoc' de Grunsky al Coloquio 'LXXV años de evolucion jurídica en el mundo' cit. § II, 2, b).

3. Así las resume en su Ponencia nacional de Bélgica M. Trousse (Cap. I):

1ª, ha de comprender el litigio y aconsejar al cliente sobre la calidad de sus pretensiones.

2ª, Ha de buscar un terreno de discusión con los adversarios.

3ª, Ha de formular ante los tribunales las demandas, los medios de defensa, las excepciones.

4ª, Ha de buscar las pruebas.

5ª, Ha de asistir o representar a las partes durante el curso del proceso.

6ª, Ha de hacer ejecutar la sentencia.

'Una persona no dispone libremente de su derecho a defenderse en justicia – sigue, y estimamos la palabra 'defensa' en sentido amplio, de 'actuación –, cuando no posee los medios económicos necesarios para consultar a un profesional; cuando éste invoca bases jurídicas demasiado frágiles; cuando la prueba de los hechos no ha sido convenientemente buscada; cuando el 'mandatario ad litem' o el juez piden múltiples aplazamientos, por estar sobrecargados de trabajo, o cuando se ha tardado demasiado para hacer ejecutar o recurrir la sentencia dictada'.

(A continuación, Trousse, entra en consideraciones que estimamos comprendidas en otros temas).

4. La Comisión organizadora, ha recomendado a los Ponentes, no 'peretrar' en temas encomendados a otros colegas.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

Mucho se ha tratado de la ‘humanización’ del abogado como interviniente en el proceso¹; aquí, hemos de limitarnos a citar algunas ideas de grandes maestros, lamentando no poder extendernos a otros.

‘La tutela de la personalidad humana en el proceso – decía Calamandrei – no quiere decir tan solo sustraer al justiciable a cual quier violencia que niegue o disminuya su libertad de defenderse... pero además, de darle los medios positivos para ayudarlo a saber defenderse... No obstante su igualdad jurídica, las partes se hallan a menudo en el proceso en condiciones de disparidad de cultura y de inteligencia: si debiesen defenderse por sí mismas, la parte menos inteligente y menos culta, se hallaría a la merced de la más instruída y experta... En los ordenamientos modernos, el proceso es un complicado mecanismo técnico, que llega a devenir un instrumento de justicia solo para quien conoce dichos secretos técnicos: todo esto, nos lleva a concluir que, para asegurar prácticamente en el proceso la libertad y la igualdad de las partes, es preciso poner junto a cada una de ellas, en cualquier momento del proceso, un defensor, que con su inteligencia y conocimiento técnico de los mecanismos procesales, restablezca el equilibrio del contradictorio. En la complicación del proceso, las partes, inexpertas de cosas jurídicas, son, en un cierto sentido, parangonables a los *incapaces*: por ello, la relación existente entre el cliente y el defensor, se parece mucho a la que existe entre el pupilo y el tutor: el defensor, no es solamente un mandatario de su cliente, sino que es, en un cierto sentido, un suplemento de su capacidad, *un integrador de su personalidad*’.² Estas palabras del Maestro florentino, respiran ‘juridicidad’, pero también ‘humanidad’...

Y si queremos completar – aunque saliéndonos del ‘puro’ campo del Derecho en aras de la ‘humanización’ de los conceptos, recordemos que Carnelutti, comparaba al defensor con el ‘Cirineo’ de la parte; el sujeto a un proceso (él se refiere, sobre todo, al sujeto pasivo de un proceso penal, pero la idea puede abarcar también al proceso civil) necesita de ‘un amigo’ que le asista: y lo halla en su abogado.^{3,4}

Y así, hallamos uno, en íntimo contacto con las funciones del abogado: el 2^a (‘Accessibility of legal proceedings for the underprivileged; legal aid and service’; Ponente general; Prof. Vittorio Denti, de Pavía).

1. Recordemos a Ossorio y Gallardo en su famosa obra ‘El alma de la toga’ (manejamos la 2^a ed., Madrid, 1922, Juan Pueyo); a Calamandrei, en su ‘Elogio dei Giudici scritto da un avvocato’, y a tantos otros.

2. Cfr. Calamandrei, ‘Processo e Democrazia’, Cedam, Padua, 1954, ‘Il rispetto della personalità nel processo’, p. 149 y ss. (Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Unam, en 1952).

3. Carnelutti, desarrolló brillantemente la idea en su intervención en el ‘Convegno’ celebrado del 5 al 6 de Octubre de 1956 (Cfr. en Pavanini, ‘Il difensore’, en ‘Quaderni dell’ associazione fra gli studiosi del processo civile, XX’, Giuffrè, Milan, 1960, pp. 186 y ss.).

4. También deberíamos tratar aquí del Ministerio Público como posible – y cierto – factor de humanización del proceso civil; más éllo corresponde al Tema 9^o del Congreso (‘Tasks of the public prosecutor’), Ponente general, Prof. Enrique Vescovi; al cual entregamos, como datos sobre el MF español, nuestro trabajo ‘El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil’ (Ponencia nacional española, Sección III, Proceso civil, al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Teheran, 1974, publ. en RGLJ, 1974-II, pp. 655).

Los ‘conciliadores’, deben ser tratados en otro tema; y los ‘Procuradores’, igualmente.

2. Los elementos formales des proceso y su humanizacion

A. Un principio que integra el llamado 'derecho judicial constitucional, es el correspondiente a la amplísima – y muy peligrosa por anfibológica – expresión 'forma', o 'formalidades esenciales del juicio'.

'Confieren al proceso moderno agilidad y concentración, suprimiendo los trámites inútiles y asegurándole un desarrollo rápido y efectivo'. – 'En este terreno, se han instituido en el proceso civil diversas modalidades para conferirle un carácter público – con el predominio de la oralidad¹ sobre la escritura, del impulso oficial y activo sobre la pasividad y la rutina, de la economía e inmediatez del procedimiento. – Estas modalidades tienden a remediar los dos peores males que afligen actualmente al proceso...: su lentitud y su carestía; por ello, el derecho a la resolución del proceso en un 'plazo razonable' se ha elevado al rango de derecho fundamental en diversos instrumentos' internacionales 'interamericanos'.^{2,3,4}

1. Acudiendo al terreno del Derecho Constitucional positivo, uno o los dos principios ('oralidad' y 'publicidad') se hallan expresados en diversas Constituciones; así, v. gr., la 'publicidad', en las francesas de 1793, 1795, Carta Constitucional de 1814, Constitución de 1830, de 1848; Constitución de los USA, 6ª Enmienda; Constitución de la URSS, art. 111; Constitución del Japon, etc. (Cfr. Cappelletti, 'Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (General Report)', en 'Fundamental guarantees of the parties in civil litigation', Giuffrè, Milan y Dobbs Ferry, N.Y. Oceana Publ., 1975, p. 755; Derecho Comparado, también en nuestro trabajo 'Ideas y textos sobre el principio de publicidad en el proceso', en 'Temas' cit., V.I., pp. 571 y ss.).

2. Cfr. Fix Zamudio, 'Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique latine', en 'Guarantees' cit. p. 42.

3. En algunos países, se aclara el lugar de imputación del principio de 'publicidad procesal' mediante una acertada remisión. Así, dice Schima con ref. a Austria: 'El principio de que toda persona tiene derecho a ser oída antes de ser sentenciada, no está garantizado por la Constitución austríaca (a diferencia del art. 103 de la Ley Fundamental de Alemania Federal) (y de España, art. 18 del Fuero de los Españoles, conculcado posteriormente por normas de rango inferior, añadimos nosotros). Pero en este punto, ha introducido una cierta modificación la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre, que tiene rango de Ley Constitucional (Ley austríaca nº 59, de 1964, art. 2/7). – Por el hecho de la reserva nº 2 de la Ley austríaca con respecto a esta Convención, las reglas del derecho austríaco referentes a las excepciones de la publicidad del proceso, siguen en vigor, y como consecuencia, también la autorización de dictar sentencias por escrito; pero 'toda persona tiene derecho a que su causa sea juzgada equitativamente, públicamente y en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los conflictos sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil' (Cfr. su trabajo 'Les garanties fondamentales dans le procès civil en Autriche', en 'Fundamental guarantees' cit. p. 185).

4. Anotemos la importancia que supone el que los principios de oralidad y publicidad general, sean reconocidos como de carácter constitucional (cfr. v. gr., Tussen & O. Lando, 'Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil danois', en 'Fundamental guarantees' cit., pp. 346 y ss; Stalev, 'Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings: a survey of the laws of the european peoples democracies', en 'Fundamental guarantees' cit., p. 408); frente a otra opinión, según la cual, el principio de oralidad tendría simple carácter técnico (Cfr. Prieto Castro, 'Informe general sobre principios políticos y técnicos para una ley procesal uniforme en la comunidad hispánica de naciones', en 'Actas' del I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho procesal (Madrid, 1956) pp. 214 y 229 y ss.; arg. en Baur, 'Les garanties fondamentales

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

‘El sector de las garantías constitucionales del proceso, comprendido como ‘formalidades esenciales del juicio’, tiene una gran importancia, pues, efectivamente, interesa a las partes directamente, y a su defensa en el plano del proceso’.¹

En resumen, la ‘forma’, responde tanto al criterio de ‘humanización del proceso’, que ha pasado incluso a ser constitucional de los pueblos.

B. El ‘*debido proceso legal*’. ‘Desde el punto de vista procesal – sigue Fix Zamudio – se puede considerar que la estructuración correcta del procedimiento, tendente a dar a las partes la garantía de la publicidad, de contacto directo con el juez y de desarrollo rápido del proceso, así como la posibilidad de presentar los elementos necesarios para fijar sus pretensiones, y, en general, el material del proceso, forma parte del ‘debido proceso’ o de la garantía de la audiencia’.² ‘Proceso legal adecuado’. – (‘Due process of law’). ‘Esta garantía (de audiencia) consiste en la posibilidad de tener una ‘chance’ razonable de defenderse. Esta expresión quiere decir que se debe ser formalmente citado, que se debe ser escuchado y que debe existir la posibilidad de aportar pruebas’³; *se trata del principio de ‘audiencia bilateral o de contradicción*. ‘En todo caso – siguen Vescovi y Vaz Ferreiro – está claro que estas garantías esenciales proceden de la función misma del proceso⁴, que no puede cumplirse si las partes carecen de ellas... Después del juicio de Salomón, que la Biblia nos describe, existe la audiencia de ambas partes por un juez, esto es, por un tercero imparcial, y la prueba y la sentencia versan sobre aquello que fue solicitado por los litigantes. La falta de estas garantías nos conduciría a un ‘no-proceso’, ya que constituyen la esencia misma de todos los derechos en litigio’.⁵

A su vez, una de las garantías del principio de contradicción se halla en un ‘sistema eficaz de notificaciones’. ‘Aunque no esté regulado por las Constituciones⁶ se puede considerar que, implícitamente, forma parte del derecho a la defensa o de ‘audiencia’.⁷ De ahí la trascendencia que todos los Ordenamientos procesales conceden a ‘citaciones’ y ‘notificaciones’ (cfr. v. gr., los §§ 214 y ss. de la ZPO alemana; 87 y ss. de la ZPO austríaca; Decr. franceses de 26.11.65, 9.9.71 y 28.8.72; art. 136 y ss. del CPC italiano; arts. 260 y ss. de la LEC española).

Es, pues, el ‘debido proceso legal’, la expresión que también nos sirve para

des parties dans le procès civil en République Fédérale d’Allemagne’, en ‘Fundamental guarantees’ cit., p. 22; Velu, ‘La Convention européenne des Droits de l’Homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil’, en ‘Fundamental guarantees’ cit., pp. 322 y s. 1. Cfr. Couture, ‘Las garantías constitucionales del proceso civil’, en sus ‘Estudios’ cit., I, pp. 183 y ss.

2. Cfr. Fix, en ‘Fundamental guarantees’ cit., p. 75.

3. Cfr. Vescovi y Vaz Ferreira, ‘Les garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique latine’, en ‘Fundamental guarantees’ cit., pp. 116 y s.

4. Para nosotros, la de conseguir satisfacciones jurídicas. Cfr. nuestros trabajos cit. en nota nº 1, supra, p. 191.

5. Cfr. Vescovi y Vaz Ferreira, ob. cit. loc. cit.

6. Excepto en la de Guatemala, cuyo art. 53 fija que ‘nadie puede ser condenado sin haber sido citado...’.

7. Cfr. Fix Zamudio, en ‘Fundamental guarantees’ cit., p. 76.

designar su 'forma', por lo que la conclusión en cuanto a la 'humanización' del proceso es clara. Un proceso 'unilateral', es una aberración, no existe.

CAPITULO CUARTO

1. *El procedimiento y principios conducentes a su 'humanización'.*

A. *El principio de la oralidad.* – Rige de modo total en el proceso, si la sentencia tan solo puede basarse en el material proferido oralmente.¹ Y la dificultad de retener lo hablado en la memoria, por los jueces, conduce al principio de 'concentración', que requiere condensar el juicio oral en una sola sesión o en varias muy próximas; en cuyo caso, se exige la identidad de los jueces durante todas ellas.²

Casi inexistentes en la actualidad los procesos orales puros³ el problema de la 'oralidad' o de la 'escritura' lo es de 'coordinación y conjugación de elementos escritos y orales en el proceso'; como prototipo actual, puede considerarse a la ZPO austríaca (con preparación escrita y debate oral).⁴ La oralidad, lleva consigo necesariamente, la *inmediación* entre tribunal, partes y demás intervinientes.⁵ Ahora bien, el problema de las 'formas' del proceso, – como lo es éste – depende de su 'adecuación' y de su 'practicabilidad'; esto es, debe imperar el punto de vista de su 'utilidad'⁶, de la cual, una fundamental faceta, es la 'modicidad' económica⁷ y la celeridad.

1. La bibl. sobre la 'oralidad en el proceso' es abundantísima. Puede verse un resumen parcial, en nuestros trabajos 'Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político', en RDPriber., 1975–II–III, pp. 309 y ss. y 'El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)', Valencia, 1975, pp. 375 y ss. De aquí en adelante, y por razones de espacio, tan solo citaremos la indispensable, lamentando importantes omisiones.

2. Cfr. J. Goldschmidt, 'Problemas jurídicos y políticos del proceso penal', Barcelona, Ed. Bosch, 1935, pp. 84 y s.

3. Tan solo conocemos uno, *casí* totalmente oral: el que rige la actividad del Tribunal de las Aguas de Valencia. Tan solo aparece la 'escritura' en una corta minuta de la sentencia, que sirve de título ejecutivo. Cfr. nuestro libro cit. 'El Tribunal de las Aguas etc.', *passim*.; 'El proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia', en RDPriber., 1974–III, pp. 531 y ss., *passim*.; 'El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y su proceso en la actualidad', en 'International Conference on global water law systems', Colorado State University, 1976, *passim*.

4. Cfr. Klein, 'Erl. Bem.' cit., § 225 del Proyecto y pp. 288 y ss.; Klein-Engel, 'Der Zivilprozess Oesterreichs' (Mannheim-Berlin-Leipzig 1927) pp. 210 y ss.; Fasching, *kom. cit.*, II, pp. 525 y 831 y ss.

5. Cfr. Klein, 'Erl. Bem.', cit., p. 187, Vol. I.

6. Cfr. Klein, 'Erl. Bem.', I, p. 189 y ss.

Si Klein hablaba de *adecuación y de practicabilidad*, su coetáneo Adolf Wach (otro de los 'padres de la oralidad') lo hacía de 'forma apropiada'; esto es, la más *cómoda y segura* para el conocimiento del fondo del asunto. La 'humanización' del proceso, surge a borbotones de tales palabras.

7. Cfr. Klein, 'Erl. Bem.', I, p. 191.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

La oralidad, no puede introducirse por completo; si bien mediante élla, se 'revaloriza' la prueba oral (e inmediata), no por tal motivo ha de desvalorizarse la prueba documental; ni tampoco una protocolización de lo oralmente actuado, que permita, en su caso, la interposición de recursos¹; además, en la fase ejecutiva del proceso, por su propia razón de ser, disminuye o desaparece totalmente, deejando el paso a la escritura.²

B. El principio de la inmediación. – (O de *inmediatividad*). Intimamente ligado con el de oralidad; se trata de mantener la mas íntima relación posible, entre el juzgador, de un lado, y la totalidad de las alegaciones y medios probatorios de otro, recogiendo el primero personal y directamente las impresiones que, produciendo su convicción, ha de plasmar en la sentencia; es un principio compañero necesario de la oralidad, pues es la 'inmediación' la que permite observar (y dirigir) la prueba a través de la observación directa³; la 'inmediación' se basa en 'algo' inherente a la personalidad humana: en el 'hablar' directamente a otra persona'. Y algo más 'humano', no cabe; puede decirse que 'la primera y más esencial cuetión en materia de principios procesales, es la de si el proceso en 'mediato' o 'inmediato'.⁴

'La escritura y la mediación del proceso anterior, son obras de leguleyos, el modo de pensar de los escribanos, el sapiente menosprecio de la vida real'. – 'Por el contrario, la inmediación del proceso, es la manera de ver como se llega a una sentencia, de como los hombres, en la vida, se informan, investigan, buscan la verdad de las cosas habituales. Es lo más adecuado y natural al espíritu moderno. Tiene todas las ventajas que suponen las comunicaciones orales sobre las cartas y expresiones escritas'.⁵ 'La intermediación asegura al mismo proceso, lo mismo que se busca en el tráfico extrajudicial. Facilita las aclaraciones sobre todos los extremos litigiosos, suministra los mejores puntos de vista sobre las situaciones fácticas y las mejores impresiones sobre las personas. Algunas palabras... llevan más lejos que extensas exposiciones escritas; una tajante objeción aclara la aportación de una parte, y de un solo golpe, lleva la discusión por otro camino. El verse directamente ('Auge im Auge') de la verdadera intermediación lleva consigo más orden, moral y disciplina al procedimiento, de lo que exigía la legislación anterior a través de pluscuamperfectos deberes; y desde todos los puntos de vista 'el contacto procesal inmediato entre juez, partes y medios de prueba', es de lo más fructífero. La labor de información del juez, de este modo, se hace más facil, y así se pierde menos tiempo y hay menos costas'. – 'El tratamiento oral, hace

1. Sobre lo anteriormente escrito, cfr. Cappelletti, 'Valor actual del principio de oralidad', trad. española de Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 88 y ss.

2. Cfr. Cappelletti, 'Procédure orale et procédure écrite', Ponencia general para el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970), en Giuffrè, Milan, y Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publ. 1971, p. 11.

3. Cfr. nuestro libro 'El Tribunal de las Aguas etc.' cit., esp. pp. 393 y bibl. allí cit.

4. Cfr. Klein-Engel, 'Der Zivilprozess Oesterreichs' cit. p. 207 y s.

5. Cfr. Klein-Engel, ob. últ. cit., loc. cit.

precisas determinadas fijaciones por escrito, pero ello no debe obstaculizar las ventajas de la intermediación, lo cual es posible hacer mediante determinadas directrices positivas'.¹

La idea de Klein en cuanto a la elaboración del proceso civil austríaco, era la de no elevar a su cúspide ninguno de los principios procesales diversos, sino de elaborarlos y combinarlos en cuanto a su 'adecuación' al tráfico y a las prescripciones coaciales de la administración de justicia. 'El obstáculo de la imperfección aparece solamente cuando la perfección se logra a través del menoscabo o de la opresión de otros principios o intereses de igual categoría. La vida actual, evoluciona de modo ininterrumpido en situaciones muy complicadas. Y a la vez, se ofrecen direcciones diversas, de tal modo que el tráfico y la sociedad, a pesar de tales divergencias, pueden coexistir. Por ello sería difícil apreciar por qué razón el Derecho procesal no podría reunir elementos heterogéneos'.²

'Por ello, el principio de la intermediación no puede ser considerado aisladamente; ello sería falso dogmatismo. Por muy justo y simpático que sea, sólo ha de ser admitido por el derecho procesal, en cuanto 'servible' para el objetivo de la tutela jurídica entendido prácticamente, y por tanto, sólo debe admitirse cuando sea efectivamente 'útil' a la finalidad del proceso, y no contradiga a otros puntos de la tutela jurídica y de la organización de justicia, tanto o más importantes'.³

'La intermediación, un medio auxiliar solamente, debe mostrar una determinada disposición espiritual del juez, una demostración de significación y vivacidad espirituales. Los órganos físicos de la actividad espiritual conservan las informaciones difíciles, pero sólo por un corto lapso de tiempo: las impresiones desaparecen prontamente, y los recuerdos devienen inexactos. Por ello, la ventaja de la intermediación para el procedimiento judicial es diferente según sea el lapso de tiempo que transcurra hasta la valoración de las impresiones espirituales; cuanto más largo sea, menos influirá la intermediación en la sentencia'.⁴ - 'La ZPO austríaca, por éllo, ha estatuido que la sentencia debe dictarse apenas terminada la audiencia (§ 414), y si ello no fuera posible, se ha previsto que la publicación de

1. Seguimos a la letra la exposición de Klein-Engel (ob.cit., pp. 207 y s.).

2. Cfr. Klein-Engel, ob.cit., p. 218.

3. Cfr. Klein-Engel, ob.cit., pp. 218 y s.

4. Cfr. Klein-Engel, ob.cit., p. 219 y s.

Se nos ha recordado, no ha muchos lustros, que Klein fué, además de un gran jurista, un gran sociólogo (Cfr. p.ej., Esser, 'Franz Klein als Rechtssoziologe. Die Ueberwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozesswerk Franz Kleins', y Kienböck, 'Die Prozessgesetze und die Wirtschaft'; ambos trabajos en 'Festschrift zur fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung (1898-1948)', Viena, Manzsche Buchhandlung, 1948, pp. 35 y ss. y 76 y ss. El mismo Klein publicó varios trabajos de sociología; se hallan recogidos en sus 'Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe' (2 Vols.), Viena, Manzsche Verlag und Universität-Buchhandlung, 1927. Más con los comentarios que acabamos de transcribir, hay ya materia suficiente para completar nuestra convicción.

Con extensión (actualizado) sobre el principio de intermediación en la ZPO de Austria, cfr. Fasching, ob.cit., V. II (Com. ante el § 176 y ss.) pp. 831 y ss. y III (Com. al § 412), pp. 779 y ss.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

la sentencia se limite a la del fallo y a la notificación de sus fundamentos esenciales (§ 414-2).¹

La intermediación, no solo supone su existencia en la ‘práctica’ de las pruebas, sino también en su ‘apreciación’, esto es, en la elaboración de la sentencia (ello se prevé en el § 412 ZPO austríaca).

Y ocurre en una serie de países europeos que... la práctica de la prueba se efectúa, no ante el tribunal sentenciador, sino ante un ‘juez único’ (instructor); así en la RFA [principio de intermediación = § 128-I; excepciones importantes en materia probatoria: § 362 – juez que actúa por ‘auxilio judicial’ –; § 361 – Juez delegado del tribunal para la práctica de la prueba; § 348 y ss. – procedimiento preparatorio por el ‘juez único’²; § 375 – asunción de la prueba testifical por un miembro del tribunal o por miembro de otro tribunal –]; cfr. también el papel del ‘juez único’ en Francia (Ley de 10.7.1970; pero todo el sistema, en reforma general)³; el ‘Juez único’ del CPC de Grecia, que, aún después de su reforma en 1971, continúa actuando, a efectos de la práctica de la prueba, como Juez delegado del Tribunal sentenciador.^{4,5} Este problema, no existe en España, en donde desde ha tiempos, el Juez civil de 1ª Instancia instructor, es igualmente el sentenciador. Y lo mismo ocurre en los tribunales de apelación y casación.

Vistas las razones jurídico-sociales de la ‘intermediación’ y sus repercusiones sobre la humanización del proceso, tanto del lado del juez como de las partes, pasemos a examinar un tercer principio complementario de los de oralidad-intermediación:

C. *El principio de concentración.* – Si se quieren paliar las graves lacras del proceso civil moderno – lentitud y carestía – uno de los medios adecuados, es el de *concentrar* sus actuaciones en un lapsode tiempo lo *más corto posible* reuniendo

1. ‘Los ‘sábelotodo’ – seguía Klein – critican ambas normas, pues inducidos por la precipitación en el dictar sentencia, no se dan cuenta de la relación causal entre ambas normas. Las evocadas, no son un estímulo a la velocidad, sino que constituyen una correlación indisoluble con la intermediación, en cuanto que ésta no debe hallarse solitaria en el proceso, sino que debe tener parte en la resolución. Lo último, es fundamental: intermediación y retardo en sentenciar sería – por lo menos desde el punto de vista del acta de la sentencia – una contradicción imperdonable’ (Klein-Engel, ob.cit., p. 219 y s.).

(Ya se vé hacia donde iba Klein: hacia el principio, complementario, de la *concentración*).

2. Cfr. v.gr., Rosenberg-Schwab, ‘Zivilprozessrecht’, 11. ed., Beck, Munich, 1974, § 83, p. 410 y s.; Grunsky, ‘Grundlagen des Verfahrensrechts’, 2ª ed., Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974 § 42, pp. 436 y s.

3. Cfr. Perrot, ob.cit., p. 410 y s.; Vincent, ‘Procédure civile’, 16. ed., Dalloz, Paris, 1973, pp. 504 y ss.

4. Cfr. Mitsopoulus-Klamaris, ‘Grundzüge und Charakteristika der griechische Zivilprozessordnung’, Ponencia nacional ‘ad hoc’ para el Coloquio internacional ‘LXXV años de evolución jurídica en el Mundo’ (inédita), 1976, § 6.

5. Según el RB de Suecia – y como en el § 412 de la ZPO austríaca solo pueden elaborar la sentencia los jueces que hayan ‘visto’ toda la audiencia principal (oral) 2ª Sección, Kap. 17, § 2); y el ‘Code Judiciaire’ de Bélgica, en su art. 179 prevé que los jueces sentenciadores deben haber asistido a todas las audiencias de la causa; mas de su art. 870 y ss. se deduce que la prueba puede practicarse ante un solo juez.

en la *menor cantidad posible* de las mismas todo el contenido de fondo de aquél. Este principio, es casi una categoría del pensamiento reformador de los últimos tiempos¹; se trata de un principio muy relacionado con los de oralidad e intermediación; y tiene por objeto conseguir que los actos procesales, se desarrollen en una sola audiencia, y de no ser ello posible, en varias muy próximas, a fin de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos realizados oralmente.

Tiene este principio, varias facetas que examinaremos por separado.

a. Se trata del problema de si las actuaciones procesales se han de encomendar desde el principio hasta el final de la instancia, a un solo juez o tribunal (instructor y sentenciador) o han de distribuirse entre un juez unipersonal (instructor) y un colegiado (de debate – o prueba y debate – y sentenciador). Este problema, está íntimamente ligado con el de la intermediación; y ya se vieron diversas soluciones europeas supra, B).²

b. Pareciendo irrealizable el principio de la concentración de todas las actuaciones procesales en una sola audiencia³, se piensa en un estadio preparatorio del mismo (oral o escrito) y otro en que se trate del puro fondo del asunto.⁴ Para ello, Klein – que ha sido seguido en su ZPO por otros Ordenamientos – creó la ‘audiencia preliminar’ (Zpo, §§ 239 a 242 esp.), en la que se ‘limpiaba’ el proceso de obstáculos que pudieran interrumpir, con incidentes, su curso en materia probatoria, de debate y sentencia sobre el fondo del asunto⁵ esto es: intentó concentrar las actividades procesales en dos momentos fundamentales.

En esta ‘audiencia preliminar’ (‘Erste Tagsatzung’) se trata tan solo de la con-

1. Cfr. Bernhardt, ‘Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess’, en la ‘Festgabe für Rosenberg’, Beck, Munich y Berlin, 1949, p. 11; Carnelutti, ‘Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione’, en ‘Studi di Diritto processuale’, Vol. IV, Cedam, Padua, 1939, p. 394; Allorio, ‘Per l’oggettività del raffronto tra il codice del processo civile austriaco e il codice italiano’, en ‘Studi in onore di Enrico Redenti’, Vol. I, Giuffrè, Milan, 1951 p. 62; y nuestro trabajo ‘Notas sobre el principio de concentración’, en ‘Estudios de Derecho procesal’ cit., esp. pp. 281 y s.

2. Aquí puede surgir – y surge – el problema de si las resoluciones del juez instructor pueden ser impugnadas ante el Tribunal decisor, con las consecuentes remisiones de los autos (desconcentración). Esto, ya vimos que no puede suceder en España por ser el juez instructor a la vez, sentenciador.

3. Cfr. Wach, ‘Oralidad y escritura’, en ‘Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana’, trad, española de Krotoschin, Buenos Aires, EJA, 1958, p. 16.; también, Klein, ‘Erl. Bem’, cit. p. 193.

No obstante, en los procesos por ‘Bagatellsachen’, es frecuente la concentración de casi todo el proceso en una sola audiencia (v. gr. el ‘juicio verbal’ español, arts. 715 y ss LEC). Cfr. también nuestra ponencia nacional sobre el tema ‘Small claim Courts’ (Ponente general, Prof. Fasching) al Congreso de Gante (1977), § 3. Y el Tribunal de las Aguas de Valencia, concentra todas sus actuaciones en una sola audiencia, aunque en ella examine en primer lugar los posibles obstáculos procesales (Cfr. nuestro libro cit. ‘El Tribunal de las Aguas’, esp. Cap. XII).

4. Entre otros muchos autores – y OJ – cfr. actualmente, Cappelletti, en ‘Fundamental guarantees’, cit., p. 758.

5. Cfr. Klein, ‘Erl. Bem.’ cit., p. 193.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

currencia o nó de los presupuestos procesales^{1,2}; así, ha sido recibida por el RB de Suecia (Kap. 34) por el CPC de Portugal (Audiencia preparatoria y despacho saneador, arts. 512 y ss.); por el CPC de la Ciudad del Vaticano (arts. 243 y ss.) etc.³; tal estadio preliminar del proceso, penetró también en Alemania (§§272b y 349) – pero de modo ‘mixto’; esto es, el magistrado designado para la ‘preparación’ de la audiencia principal, puede también ordenar la práctica de pruebas ante él⁴ – y en Italia – de modo análogo al alemán, arts. 183 y ss CPC –;

1. Y también se puede tratar en ella de desistimientos, renunciaciones, transformaciones de la demanda; y sobre la adopción de medidas cautelares (§ 239).

2. Cfr. también nuestro trabajo ‘El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar’, Ponencia al I Congreso Nacional de Derecho procesal (Madrid, 1950), en ‘Estudios’ cit., pp. 223 y ss.

En cuanto a la ‘Erste Tagsatzung’ austriaca, por algún autor (Jahoda, ‘Pro futuro’, en ÖJZ, 1948, pp. 433 y ss.) se la criticó y sugirió sustituirla por una actuación escrita. Le replicó adecuadamente Novak (Cfr. ‘Praktisches Zivilprozessrecht’, en JBl., 1949, pp. 118 esp.); para él, no solo no se debía suprimir, sino reforzarla, a fin de poder concentrar el proceso sobre el fondo en la audiencia principal, limpio de obstáculos. Terció el Fiscal del Distrito de Nueva York, L. Baeck (cfr. ‘Die Österreichische ZPO vom Ausland gesehen’, JBl., 1950, pp. 12 y ss.), también en favor de la ‘Erste Tagsatzung’.

3. Cfr. también las ZPO de los cantones de Berna, Zug, Basel-Land y Thurgau; el CPC del Brasil de 1973 (art. 331 y antecedentes). En España, hay un tímido esbozo de la misma, en el art. 52 del Decr. de 21.11.52 sobre Justicia Municipal; un ‘Anteproyecto de Bases para un Código procesal civil’ (oficial) de 1966, fué criticado por nosotros [entre otras cosas, pidiendo la introducción de la ‘audiencia preliminar’ (Cfr. nuestras ‘Sugerencias sobre el ‘Anteproyecto de Bases para el ‘Código procesal civil’ de 1966’ (Informe oficial, en nombre de la Universidad de Valencia), Valencia, Secretariado de Publ. de la Universidad, 1966, pp. 148 y s. y 171]; La Comisión General de Codificación, en su segundo ‘Anteproyecto’ (Julio de 1970) aceptó nuestra propuesta e introdujo dicha audiencia (Base 18–62–4^o y 5^o) quizás con demasiada extensión. (También habíamos insistido en la introducción de la ‘audiencia preliminar’ en nuestro trabajo ‘Líneas generales de un futuro procedimiento declarativo en 1^a Instancia’, en RDPr., Madrid, 1965–III, igualmente publ. en ‘Temas’ cit V.II, pp. 814 y ss.). Ulteriormente, un grupo de Profesores procesalistas españoles, ha propuesto también la introducción de una ‘comparencia previa’, equivalente a la ‘audiencia preliminar’ (Cfr. ‘Corrección y actualización de la Ley de Enj. civil’, Madrid, Ed. Tecnos, V.I, (1972) p. 26; V.II (1974) pp. 37 y arts. 396 y ss. del ‘contraproyecto’).

4. En Alemania, apareció, en 1967, el famoso ‘proceso-modelo de Stuttgart’, en el ‘Landgericht’ de dicha ciudad. Sobre una idea de Baur (Cfr. ‘Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess’, De Gruyter, Berlin, 1966, esp. pp. 13 y ss.); en él, se ampliaba el ‘procedimiento preliminar’, incluyendo en él, no solo el tratamiento de los presupuestos procesales, sino también; la fijación de la materia litigiosa; la enérgica dirección del juez delegado del tribunal; y la utilización por éste mismo de bandas magnetofónicas de todo lo sucedido en dicha fase, hacen que la ‘Hauptverhandlung’ pueda desarrollarse en una o muy pocas sesiones, a diferencia de lo que anteriormente ocurría (Cfr. Bender, Presidente del ‘Landgericht’ de Stuttgart, ‘Die “Hauptverhandlung” in Zivilsachen (Ein Bericht über den Versuch der 20. Zivilkammer des Landesgerichts Stuttgart, die Ziele der Zivilprozessreform auf der Grundlage der geltenden Gesetze zu erreichen’, en DRiZ, 1968, pp. 163 y ss.). La concentración que ello suponía era grande, y el curso de los procesos se aceleró sensiblemente (cfr. ob.cit.) aunque la ‘aceleración’ no fuera un ‘objetivo independiente’ (Cfr. Bull y Bender, ‘Beschleunigung ist kein Zweck’, en DRiZ, 1971, pp. 268 y ss.); los abogados, se percataron de la importancia de la innovación, y colaboraron (Cfr. Rudolph, ‘Die Hauptverhandlung in Zivilsachen (Erfahrungen mit dem ‘Stuttgarter Modell’) en DRiZ, 1971, pp. 88 y ss. Este modelo, se ha extendido a otros

en Grecia (CPC de 1968, reformado en 1971), el Juez instructor es un delegado del tribunal sentenciador y puede ordenar la práctica de pruebas ante él.^{1,2}

Otro medio de 'concentrar' las actuaciones, es el de rechazar alegaciones tardías, si la admisión de tales alegaciones hubiera de retardar la solución del proceso y el tribunal tuviera la convicción de que se formularon con la intención de demorar aquélla.³

c. Concentración del contenido del proceso (predicada igualmente por Klein.)⁴ Se aspira a élla, mediante la no reiteración de diligencias ya practicadas.⁵ El principio de 'eventualidad' no es enteramente aplicable al procedimiento oral y concentrado, y por ello se ha de proveer por medio de reglas que dividan a la audiencia o vista en tractos (para evitar, como se dijo, aportaciones tardías); pero ésto significa aplicar la idea de 'preclusión'⁶ esto es, en el fondo, una concesión al principio de 'eventualidad'.⁷ y es que en realidad, la 'preclusión' actúa como limitación y disciplina de la actividad de las partes, y así es uno de los medios técnicos a utilizar si no se quiere una duración infinita del proceso a través de múltiples alegaciones y pruebas⁸; como coadyuvante para ordenar el desarrollo del proceso, puede contribuir a acelerarlo; ello depende de la rigidez con que se la aplique; y en un procedimiento oral, debe ser 'elástica' (y, por lo tanto, más 'humana').⁹

tribunales alemanes (Cfr. p.ej., Herbst, 'Die Hauptverhandlung in Zivilsachen. Erfahrungen bayerischer Gerichte', en DRiZ, 1971, pp. 17 y ss).

1. El 'Juez único' instructor y sentenciador, creado por el CPC de 1968, no ha dado buenos resultados. La situación actual sobre si se trata de un 'juez delegado' o de un 'juez preparador' es compleja. Cfr. Mitsopoulos-Klamaris, Ponencia cit., § 6.

2. En realidad, y a tenor del § 509 de la ZPO de la RFA, el 'Juez de preparación', lo es también de instrucción, yá que puede ordenar la práctica de pruebas ante él (Cfr. últimamente sobre ésto, Rosenberg-Schwab, ob.cit., § 111, III, 3, b). Por ésto no podemos estar de acuerdo con Schima en cuanto a una tajante diferenciación del 'Juez único' alemán y el 'Juez instructor' italiano (Cfr. Schima, 'Die Prozessgrundsätze in heutiger Schau', en 'Scritti in memoria di P. Calamandrei' cit., V,II, p. 477).

3. Cfr. Klein, 'Erl. Bem.' p. 260 y s., con ref. al § 194 de su proyecto; ZPO austríaca, § 179-1.; Fasching, ob.cit., II, § 179, pp. 849 ss.

4. Cfr. Klein-Engel, ob.cit., p. 266.

5. Ello pugna con el inconveniente de la posible sustitución de unos jueces por otros. Cfr. nuestro trabajo 'Notas sobre el principio de concentración', p. 292 y bibl. cit.

6. Cfr. Klein-Engel, ob.cit., p. 267 y s.; arg. Nikisch, 'Zivilprozessrecht', 2ª ed., Mohr, Tübingen, 1952, p. 286.

7. Las opiniones en este punto, están controvertidas: Rosenberg-Schwab, niegan que se trate de una concesión a la eventualidad (Cfr. 'Zivilprozessrecht' cit., § 81, p. 407 y s.); frente a esta posición se hallaba Schünke ('Derecho procesal civil', trad. Española de Prieto Castro, Cabrera Claver y Fairen, Barcelona, Bosch 1950 - de la 5ª ed. alemana -, p. 41); Baumbach-Lauterbach, 'ZPO', 25, ed., Beck, Berlin-Munich, 1958, 2 al § 253. Cfr. también sobre el tema, Kleinfeller, 'Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts', 2ª ed., Vahlen, Berlin, 1910, p. 178; Wyness Millar, 'Los principios formativos del procedimiento civil', trad. esp. Grossmann, Buenos Aires, Ediar, 1945, pp. 97 y ss.

8. Cfr. Klein-Engel, ob.cit., p. 267 y ss.

9. Cfr. Calamandrei, 'Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice', Cedam, Padua, 2ª ed., 1943, pp. 202 y s.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

d. La concentración del proceso y los recursos. – La idea más extendida y normal, es la de ‘concentras sobre la 1ª instancia todo el material fáctico del proceso’, de tal modo que en la apelación no se admitan ‘nova’ o se admitan muy parcamente. A éste último tipo pertenecen las apelaciones austríaca y española; el proceso no se ‘repite’ en apelación, que se ‘centra’ sobre la sentencia de 1ª instancia (a no ser que esté basada en un vicio procesal)¹; mas no es menos cierto, que en la ‘motivación’ de la apelación, intervienen factores psicológicos, ‘humanos’ – la reacción espontánea, natural y justificada de quien se cree agraviado por una primera decisión para cambiarla en su favor.²

D. *El principio de publicidad general.* – Es otro principio de caracter constitucional del proceso. ‘La publicidad del proceso – decía Couture – es, a nuestro modo de ver, la esencia del sistema democrático de gobierno’³; ‘El pueblo es el juez de los jueces’.⁴

Como damos por cierta la existencia del principio de ‘publicidad para las partes’ en el proceso civil como una secuencia del principio de ‘audiencia bilateral’ (cfr. supra), nos remitimos tan solo al principio de ‘publicidad general’ como instrumento de humanización procesal.

La publicidad procesal general, es proclive a aparecer en consecuencia de la oralidad; un proceso ‘escrito’, es difícil que pueda ser accesible al público.⁵ Por lo tanto, la hallaremos mejor en los procesos europeos (o en sus partes) orales. Como el centro de gravedad de la mayor parte de ellos, se halla en una ‘audiencia principal’ o en una o varias ‘plaidoiries’ orales, allí hallaremos a la publicidad (v.gr., el § 169 de la GVG alemana; Kap. 5 del RB sueco; §§ 171 y ss. de la ZPO, austríaca; art. 757 del ‘Code Judiciaire’ belga; arts. 241 y ss. del CPC griego, etc. [y en todos ellos, se encuentran normal para evitar la ‘publicidad’ por razones varias y justificadas (defensa nacional, moral, orden público, buenas costumbres defensa de la familia, etc.)].

¿Cual es el sentido ‘humano’ del principio de publicidad general?

1. Cfr. sobre el tema, nuestra Ponencia nacional para el Congreso de Gante, ‘Procedimientos de apelación’ (Ponente general, Prof. Jolowicz), esp. § 2.

2. Cfr. Becena, ‘Sobre la instancia única o doble en materia civil’, en RDP, 1933, esp. p. 67.

3. Cfr. Couture, ‘Fundamentos del Derecho procesal civil’, Buenos Aires, ed. Depalma, 1951, p. 87.

4. Cfr. Couture, ‘Proyecto de Código de procedimiento civil’ cit. p. 51 y ss.

Procurando abreviar, por razones de espacio, remitimos al lector a nuestro trabajo ‘ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso’, en ‘Temas’ cit., V.I., pp. 565 y ss. 575 y ss., y a partir de la 580, verá textos constitucionales ref. a la publicidad del proceso.

5. No obstante, se hallan en las OJ europeos, normas sobre la publicidad en combinación con la escritura; así, la LEC española (proceso escrito) la prevé incluso para el despacho ordinario (art. 313) y desde luego, para los actos probatorios y las audiencias (idem); la GVG de la RFA, la prevé también para los actos probatorios (a protocolizar); pero, aparte de que la lectura de documentos jurídicos, solo sería interesante para juristas (o para alumnos de las Facultades de Derecho), supondría una enorme perturbación en la vida forense ‘escrita’ si cualquiera, en cualquier momento, pretendiese la exhibición de la parte escrita del proceso en la Secretaría del tribunal.

Coincidiendo Couture con otros autores, nos habla de la publicidad general como 'excepcional virtud desde el punto de vista político, como instrumento de educación popular'; se trata de un elemento necesario de la 'aproximación de la justicia al pueblo', de la democratización de la justicia.^{1,2} Se trata de un principio basado en la exigencia política de obtener la desaparición de la desconfianza popular en la justicia. La publicidad es un medio de controlar la falibilidad humana de los jueces³; un medio de que el pueblo controle su propio poder judicial⁴; un medio de excitar su propio interés por la justicia; emana del principio democrático de la soberanía nacional⁵, siendo consecuencia del principio de separación de poderes y de la correspondiente independencia del judicial.⁶

E. *Otros principios.* – Hubiéramos deseado tratar aquí de la influencia 'humanizadora' de otros determinados principios procesales como lo son, los del de libre apreciación de la prueba (ya se aludió a él, con ref. a las 'reglas de la sana crítica²); el del 'plazo razonable', que ha alcanzado instancia internacional; mas siempre consideraciones de espacio nos lo vedan.

Hemos procurado seguir una línea pragmática en cuanto a la influencia 'humanizadora' de los principios procesales: hasta construir el que nos parece mejor sistema a tal efecto: el que consiste en combinar los de 'oralidad-concentración-inmediación-publicidad', con sus fines de 'adecuación' y 'practicabilidad', esto es, de la 'utilidad social' – y por tanto, básicamente 'humana' a que Klein se refería.

F. Pero este panorama que hemos intentado describir como el más 'humanizador' del proceso civil, se nos derrumpa por las mismas exigencias del actual estado de la Humanidad. Si un Juez o Tribunal, debe interrogar a una parte (o testigo, o perito) que se halle fuera de su demarcación geográfica, hay dos soluciones: a) o bien exigirle que comparezca personalmente ante él a tal efecto, lo

1. Cfr. Couture, 'Proyecto' cit., ligando el principio de publicidad con de oralidad, p. 78.

2. Mas añade Alcalá-Zamora Castillo el siguiente escolio: 'Pero al mismo tiempo, sería negar la evidencia desconocer que la publicidad se desvía a veces de su verdadero cometido, hasta degenerar en coacción, o se interesa sólo por lo truculento y aún morboso, sin que tales riesgos se conjuren siempre mediante las restricciones que por motivos de moralidad, orden público, higiene, respeto a la víctima, etc., según los Códigos, conducen al desarrollo de los debates 'a puerta cerrada', o sea, en régimen de publicidad circunscrita a determinadas personas' (Cfr. 'Principios técnicos y políticos de una reforma procesal', Universidad de Honduras, 1950, p. 22).

3. Cfr. entre otros autores clásicos, v. gr., a Anselm Von Feuerbach, *Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Giessen, 1821, p. 385.

4. Cfr. Neuer, 'Die Öffentlichkeit der zürcherischen Gerichte', Aarau, 1946, p. 19.

5. Esta afirmación, formulada por una serie de autores, de vé confirmada en diversas Constituciones. Cfr. nuestro trabajo 'Ideas y textos' cit., *passim*.

6. Esta matización no implica el exceso de atribuir a determinadas formas de gobierno un proceso secreto o público de modo exclusivo; aunque en este punto, peca de inocente la argumentación de Mittermaier (Cfr. su conocido 'Tratado de la prueba en materia criminal', 3ª ed., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1877 p. 36.).

cual lleva consigo, el abandono del trabajo por uno o varios días por parte del interesado (perjuicio para la comunidad); la necesidad de indemnizarle por los perjuicios que esa misma persona sufra por dejar de asistir a su trabajo (aumento enorme de las costas): esto es, (salvo en casos muy graves que lo justifiquen, *anti economía*); o bien b) hacer que se la interroge por el Juez o Tribunal de su propio domicilio o lugar de trabajo; con lo cual, el primer Juez o Tribunal (el que ha de sentenciar) queda privado de 'oralidad' y de 'inmediación'; y la 'concentración' sufre también, por el tiempo que tardan las comunicaciones interjudiciales. Esta es la solución adoptada generalmente.

Algún país (Noruega) aplica, en el proceso penal, la falta de deber de comparecer ante el tribunal a personas que deban viajar más de 300 Kms. por ferrocarril para hacerlo; si es superior, hay organizado un complicado sistema competencial entre los tribunales. Pero predomina en Europa la idea de acudir, en tales casos, al 'auxilio judicial', lo cual, como se dijo, 'borra' la oralidad, la inmediación y la cocentración.

Es, pues, la misma organización – complejísima – de la Humanidad, actualmente, la que se opone al triunfo del sistema de principios procesales que se propugnan como más 'humanos'. ¿Podrá resolverse el problema algún día a través del perfeccionamiento de los medios audio-visuales a distancia? Mucho se está perfeccionando la televisión; pero nunca dejará de sustituir la 'pequeña pantalla' al 'calor' de la presencia 'humana'. En esta encrucijada nos hallamos.

G. '*El Stress*'. – Es inevitable que, en un proceso civil largo y complicado, llegue a 'cansarse' a 'fatigarse' del mismo, uno de los elementos personales indispensables (el Juez; una de las partes; un testigo esencial; un perito); en tal caso, las consecuencias pueden llegar a 'motivar' una sentencia injusta; bajo los efectos de dicha 'fatiga', 'saturación física a psíquica': por el nefasto 'Stress'.

En lo que a las partes concierne, las legislaciones, suelen tomar medidas: la enfermedad¹ puede motivar una suspensión – o simple interrupción – del proceso, bajo la fé de un certificado médico²; algunas ordenaciones positivas, prevén incluso que el juez o tribunal, se constituyan en el domicilio del enfermo (si es posible, según el tipo y gravedad de la enfermedad; y no estimamos – pese a nuestra ignorancia médica – recomendable un interrogatorio judicial a una persona afecta por 'stress' intenso-) y procedan al interrogatorio (art. 591 LEC española; Kap. 37, § 4 del RB sueco, para la parte enferma; art. 655 de la LEC citada y Kap. 36 § 19, RB de Suecia, para los testigos); otras, se limitan a tener en cuenta la incomparecencia de la parte – la causa, puede ser la enfermedad – y fijarle un

1. Y el 'stress' lo es, sobre todo, si la actuación de la persona afectada ha de ser oral, como lo es el caso de su propio interrogatorio, y del interrogatorio cruzado.

2. Los Tribunales deben tener a sus órdenes a un Cuerpo Oficial de Médicos Judiciales – tales son en España los 'Médicos Forenses' –, que examinen al enfermo, dando cuenta al tribunal del impedimento que la enfermedad supone para el proceso y dictaminando sobre la futura conducta de dicho tribunal, si no desea interrumpir la actuación sobre el enfermo y sus posibles consecuencias (agravación).

nuevo plazo para que comparezca (§ 454 ZPO de la RFA); se puede considerar como 'impedimento legal' (Kap. 32 § 5 RB sueco); también se puede prescindir de tal inactuación, y entrar en el fondo del asunto (§ 454 ZPO alemana cit., a.f.).

El 'stress' no solo puede 'aparecer' 'por sí mismo' (?), sino 'ser provocado' a fin de obtener declaraciones o actuaciones de una persona interesada en un proceso, que, de hallarse en su plena inteligencia y voluntad, no hubiese hecho (v.gr., una declaración de culpabilidad); y éllo puede ser mucho más frecuente en el proceso penal por lo que en este campo, los Códigos europeos, adoptan precauciones contra la aparición del mismo.

No nos referimos a los medios violentos de constricción física o psíquica directos (tortura) sino tan solo al 'stress' provocado, que pasa a ser una verdadera tortura; por lo que, lo que en tal estado se actuó, deber ser tenido como nulo. Pero recordemos (texto, sobre las notas no. 114 y 115) que si el 'sujeto pasivo de un proceso' puede ser considerado como un 'parcialmente incapaz' (por su ignorancia del derecho; 'incapacidad' que suple el defensor, el 'stress', no hay defensor que lo supla; de otro lado, estimamos muy acertada la afirmación de Carnelutti de que, sin la menor intención de provocar un 'stress', 'el modo de pensar inverso de los abogados con respecto al tribunal, puede llegar a exasperar a sus miembros'¹; y todo éllo, puede ocurrir en un proceso civil, en el cual, un Juez exasperado – o padeciendo a su vez 'stress' – lo provoque en una parte, con la extensión o complejidad de sus preguntas, o admitiendo la gran extensión y complejidad de las preguntas del abogado contrario.

La Lecrim española, contiene una norma muy acertada al efecto de evitar el 'tercer grado' – que es una de las causas del 'stress' en el proceso penal (art. 393): 'Cuando el examen de un procesado se prolongue mucho, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que hubiese perido la serenidad de juicio pecaría para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Siempre se hará constar en la declaración misma, el tiempo que se haya investido en el interrogatorio'. – Y el art. 394: 'El juez que infringiere lo dispuesto en el art. anterior y en el 389, será corregido disciplinariamente, a no ser que incurriere en mayor responsabilidad'.

El RB sueco, a su vez, dice, en su Kap. 23, § 12 ('Instrucción preliminar en el proceso penal'): 'Durante una declaración, no pueden, al objeto de conseguir una confesión o una declaración en un sentido determinado, ser empleados medios ilegales, promesas o simulaciones de beneficios especiales, amenazas, violencias, *el cansancio* u otra medida inadecuada. El declarante no debe ser impedido de tomar los alimentos usuales o de *reposar del modo necesario*'.

Y aunque no sean de aplicación directa al caso del proceso civil (ya que no hay ningún detenido, preso, inculcado o acusado en poder de la policía) debemos también recordar las precauciones que toman el CPP francés (art. 123 del Dedr.

1. Cfr. Carnelutti, intervención en el 'Convegno' celebrado los días 5 y 5.10.65 (Cfr. en Pavanini, 'Il difensore' cit. en nota 3, p. 217 supra, pp. 186 y s).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

de 22.8.58, 64 del CPP) la StPO de la RFA (§ 136a; 69-3) y en Suiza, v.gr., el § 106 de la StPO del cantón de Berna: asistencia médica *de derecho* a petición de quien esté sufriendo bajo una actuación procesal – sobre todo, un interrogatorio, sea de parte o de testigo –; esto lo estimamos gran acierto susceptible de ser ‘trasplantado’ al proceso civil, a fin de evitar el ‘stress’ (o su simulación) por una parte, testigo, etc.

Hay que poner un límite ‘humano’ al anhelo de juristas y no juristas, de ‘acelerar’ el proceso; en aras de tal ‘aceleración’ no podemos atentar contra derechos individuales superiores, como lo son, el derecho a la alimentación adecuada y al descanso¹; toda actuación o sentencia obtenidas mediante personas sujetas a ‘stress’, será, debemos afirmar, injusta. Y es la intervención médica oportuna, la única que puede diferenciar al ‘stress’ de la ficción con móvil dilatorio.

Y en cuanto a los jueces, amén de lo dicho, supra, son personas humanas, y pueden sufrir ‘stress’ por exceso de trabajo, que les lleve a despachar los asuntos, naturalmente, don desgana y aun con negligencia. Por lo tanto, debe concedérseles el adecuado tratamiento de descanso.

Y no es el mejor tratamiento para un juez que comienza a sufrir de los efectos del ‘stress’, la adopción del sistema de principios ‘oralidad-inmediación-concentración’, introducidos con el buen ánimo de acelerar el proceso; hay que considerar ante todo, que todas las personas participantes de un proceso – jueces incluídos – lo ‘sufren’.

Sí, es necesaria, una simplificación del proceso – la cual pueden servir notablemente los tres principios formales citados –; pero precisa meditar, si es preciso un aumento del personal judicial; un mejor reparto del trabajo en su seno; un horario permisivo del descanso necesario (el cual, puede aumentar, si los jueces se especializan en determinados campos procesales); todo éllo puede contribuir a aliviar la situación. Pero no estimamos pueda hacer desaparecer la amenaza del ‘stress’ procesal para siempre, como deseamos.

CAPITULO QUINTO

1. Lenguaje y terminología procesales

La acusación del ‘hermetismo del lenguaje procesal’ que formula Trousse², es fundada y merecida³; y no constituye la menocausa de un cierto desprestigio de la administración de justicia.

1. ‘El proceso... no debe servir para rendir por cansancio al adversario’; y son reglas de moralización las que han de impedirlo. (Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ‘Proceso, autocomposición y autodefensa’ cit., § 128, p. 221).

2. Cfr. Trousse, Ponencia belga ‘ad hoc’, II Chapitre.

3. Perderían frescura sus palabras textuales, si las tradujéramos a otro idioma; las reproducimos tal y como se hallan en su ‘Ponencia’: (Sur l’hermetisme)... ‘Le second exemple est choisi dans une matière au profit de laquelle le législatif et le judiciaire prennent des mesures exceptionnelles pour assurer la sauvegarde des personnes. C’est celui d’une femme et d’enfants chassés par

Es cierto que, evidentemente, cada ordenamiento, tiene aciertos terminológicos¹, más no pocos de ellos, pertenecen a la historia (y en parte han devenido arcaicos², o tienen diversas acepciones³, algunas de ellas no comprendidas ni por los 'Diccionarios' de autoridad de los países⁴, o bien se trata de tecnicismos necesarios a la ciencia moderna, pero nó al alcance del pueblo justiciable 'medio'. La terminología procesal, debe ser 'expresiva', 'accesible', empleándose palabras 'unívocas y nó equívocas', evitando el divorcio entre 'nombre y contenido'⁵ y teniendo exquisito cuidado en la recepción de 'neologismos', que no se conviertan en 'barbarismos'.⁶

Los países escandinavos – y al parecer y nuestro conocimiento, en Suecia- se dá probablemente ejemplo de mayor 'claridad' en las leyes procesales; posiblemente, este carácter 'popular' del derecho tiene como origen la participación constante de jueces legos en los tribunales, repercutida su influencia en los Códigos.⁷ 'El nuevo RB de Suecia – dice Simson – muestra ligazón en la sencillez de su lenguaje y en el pragmatismo del mismo'⁸; se ha excogido un lenguaje de 'expresiones claras y concentradas'.⁹ 'Suecia tiene particular firmeza en el lenguaje de las leyes; es de tradición que cada palabra sea valorada cuidadosamente, y las leyes se han redactado en un estilo formado durante Siglos'; 'Dinamarca y Noruega, utilizan un 'estilo circunstancial'.^{10,11}

le mari de l'habitation familiale'. – 'Cette épouse va d'adresser à un avocat: il lui parlera de requête, de citation, d'enquêtes à faire par le Parquet de la Jeunesse, de documents à fournir au juge pour solliciter de celui-ci l'autorisation de s'installer provisoirement dans une résidence séparée avec les enfants et de se voir déléguer certaines sommes d'argent. Le résultat concret de ces autorisations viendra plus tard, lorsqu'elle aura trouvé un logement et les débiteurs du mari'... 'Cette structure d'intelligibilité de l'acte de justice n'est plus comprise en cette fin de siècle'.

1. Cfr. p.ej., Alcalá-Zamora Castillo, 'Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico', en 'Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)', Instituto de Investigaciones de la UNAM Mexico, 1974, V.II, pp. 414 y ss., passim; Sentis Melendo, 'El lenguaje jurídico', en RUPrIber., 1972-4, pp. 851 y ss.

2. Cfr. v. gr., Fuentes Carsi, 'La terminología procesal y sus arcaísmos', en RGD, Valencia, Febr. de 1951, pp. 68 y ss.

3. Cfr. Prieto Castro, 'El tecnicismo jurídico. Leyendo el Diccionario de la Lengua Española', en RDPPrIber., 1935-1, pp. 7 y ss.

4. Cfr. Prieto Castro, ob.cit., p. 10.

5. Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, 'Cuestiones de terminología procesal', Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Mexico, 1972, pp. 11 y ss.

6. Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. últ. cit., p. 12.

Es muy interesante – aunque obra de otro carácter – por sus evidentes 'tiros' dirigidos a la terminología jurídica en general, el trabajo de Guasp, 'La cultura del jurista', en RDPr. (Madrid), 1957-4, pp. 875 y ss.

7. Cfr. Simson, 'Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens', De Gruyter, Berlin, 1953, 'Einleitung', p. 9; Eek, 'The administration of justice in conflict cases involving refugees', ScStL, 1959, p. 45.

8. Cfr. Siegert, 'Grundlinien der Reform des Zivilprozessrechts in Nachkriegseuropas', nº 20 de las 'Prozessrechtliche Abhandlungen' Köln-Berlin, 1952, p. 10.

9. Cfr. Simson, ob.cit, p. 9; Ekelüf, 'Wie man in Schweden Recht spricht', Zürich, Scientia-Verlag, 1949, p. 17.

10. Cfr. Von Eyben, 'Inter-nordic Legislative cooperation', ScStL, 1962. p. 76; resulta además que el nuevo noruego se aparta mucho yá del danés (ob.cit., p. 67).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

Es este estado 'popular' – en el mejor sentido de la palabra – el que se debe conseguir; combinando acertadamente el tecnicismo y la 'enseñanza' de su significado al pueblo.

2. *La oratoria forense*

Es evidente, que, buena auxiliar de la justicia en un 'proceso oral', puede exagerarse mucho, incluso en perjuicio de su eficacia.

Decía Calamandrei, en cuanto al 'verdadero sentido de la oralidad' lo que sigue: '... la deseada introducción de la oralidad en el proceso civil, no significará que sus puertas sean abiertas de par en par a la gran oratoria: ya que la oralidad querrá decir sobre todo, diálogo cotidiano entre abogado y juez, recíproca comprensión, alimentada de la comprensión sin levantar la voz. El juez que escucha rápidamente al gran orador, lo admira demasiado para no hallarlo lejano a él; pero en juez y abogado, no procede la admiración, sino la confianza; sentirse servidor del mismo deber, miembros de la misma familia. Sea bienvenida, si por excepción se presenta en la Sala, la gran elocuencia: pero si en lugar de la florida oratoria hay en el proceso la palabra simple y sin adornos de quien desea exponer al juez, cosas y no palabras, bendita sea así la abogacía sin vanos ropajes, sin estilo de estudiada retórica, pero con estilo de vida honesta; sin apóstrofes ni inectivas, pero con la valentía de decir, hasta el fondo, lo que es necesario para hacer triunfar la justicia'.¹

Por otra parte, no será fácil a los países que tienen hábito de un proceso 'escrito', el habituar a su abogacía 'ex abrupto' a la 'oralidad'.²

El peligro de que la oralidad y principios combinados desnaturalizasen el proceso, lo 'deshumanizasen' haciéndolo teatro de 'vedettes' del 'bel canto' jurídico, puede ser grave.

3. *Problemas de plurilingüismo estatal en el proceso*

Si casi todos los Códigos europeos, establecen normas sobre intervención de traductores en el proceso civil, cuando uno de los interesados sea extranjero y no conozca el idioma del país (oficial), el problema deviene más complicado en

11. Sobre las dificultades del Derecho finés con ref. al sueco por razones lingüísticas, cfr. Sipponen, 'Delegation of legislative Power in Finland', ScStL, 1965, p. 173; Von Eyben, ob. cit., p. 66 y 83.

1. Cfr. Calamandrei, 'Elogio dei giudici' cit., III ed. cit., p. XXXIII.

Es evidente que si la 'oralidad' no se ha manifestado prácticamente bien (Cfr. v. gr., el descontento de Cappelletti, 'Valor actual del principio de oralidad' y 'El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil italiano', en 'La oralidad y las pruebas en el proceso civil', trad. española de Sents Melendo, Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 85 y ss. y 97 y ss.) no fué por culpa del Maestro.

2. Cfr. las recomendaciones de Alcalá-Zamora Castillo a la abogacía argentina, en 'Proceso oral y abogacía', Asociación de Abogados de San Juan, Mendoza, 1945, esp. sus conclusiones, pp. 30 y s.

aquéllos Estados de configuración constitucional federal, en la que participan diversos países federados de distinto idioma 'oficial'. O aun siendo unitarios, si hay varios idiomas oficiales.

Así, en Bélgica (país bilingüe oficial: francés y neerlandés), el 'Code Judiciaire' se preocupa de la formación lingüística de los candidatos a jueces ('le candidat doit avoir satisfait aux conditions de connaissance des langues nationales prévues par la loi', art. 286); en la 'zona bilingüe' (Bruselas), prevé que el 'Barreau', garantice una representación equitativa de abogados de expresión francesa y neerlandesa (art. 451 § 2).

En Suiza (Confederación Helvética), existen cuatro lenguas: el alemán, el francés, el italiano, y el retorromano (que no es 'lengua oficial', sino simplemente reconocida).

En materia confederal, se prevé que los jueces federales representen a los tres idiomas; ante el Tribunal Federal, se puede actuar en cualquiera de dichos tres idiomas; las sentencias, las redacta – si el TF actúa como Tribunal en recursos – en la lengua en que se redactó la sentencia recurrida¹; si actúa en única instancia, las redacta en el idioma de las partes; y si el de éste es diferente, prevalece el del demandado.^{2,3}

Las deliberaciones del TF en materia civil, en general, son públicas, lo que hace que, a menudo, cada magistrado vote en una lengua diferente (aunque también, en tales casos, y en interés de los presentes, un magistrado italiano, suele votar en alemán.)⁴

Existen algunos cantones, plurilingües a su vez (Berna, Friburgo, Valais, Grisonas). En el de Berna, las lenguas judiciales reconocidas, son el francés y el alemán; mas en los distritos del viejo cantón, y en el de Laufen, es el alemán; en los distritos del Jura, el francés (art. 121 ZPO). En cuanto a los Tribs. de apelación, actuando en instancia única, actúa en el idioma del distrito correspondiente (art. 7, 2 ZPO); y si actúa en apelación, se deja escoger a las partes.⁵

Según el art. 46 de la Constitución del Cantón de Grisonas ('Graubünden'), están admitidas las lenguas italiana, alemana y retorromana; y según el Decr. de Organización de los Tribunales cantonales (art. 28, Decr. 2.6.61) son lenguas judiciales las asentadas en el Cantón. Las sentencias, se redactan en alemán; a las partes de los distritos italianos, se les entrega también una copia en italiano⁶; el ejemplar alemán es el fundamental a efectos de la cosa juzgada.

1. Lengua de los jueces federales: art. 1, 2º de la Ley de Organización de la Justicia Federal (OG); lengua de las sentencias: art. 19–1º del Regl. del TF; lengua de las sentencias si la de las partes es diferente: art. 19–2º del mismo Regl.

Cfr. la Ponencia 'ad hoc' del Prof. H. U. Walder, que nos sirve de base para este resumen.

2. Cfr. nota anterior.

3. Cfr. el art. 19–2º del Regl. cit.

4. Cfr. Ponencia 'ad hoc' de Walder.

5. Aún es más complicada la situación en el distrito de Bielle, que es bilingüe, lo que obligó al Gran Consejo cantonal a formular un importante Decreto (26.2.52) sobre el idioma judicial en cada caso. Cfr. Ponencia 'ad hoc' de Walder, cit.

6. Walder ('Ponencia' cit.) dice no haber visto nunca una sentencia en rético; lo que depende de que todos los jueces han de conocer el alemán, y este idioma es comprendido por todos los réticos.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

En el Cantón de Friburgo, su Constitución (art. 61) prevé que los jueces deben conocer el francés y el alemán; Autos y sentencias se dictan en las dos lenguas, siendo la fundamental, la versión francesa (art. 21). Según su ZPO, en los distritos franceses, los procesos se desarrollan en francés, y en los alemanes, en alemán; en los 'mixtos', se utiliza el idioma del demandado, pero las partes pueden elegir el otro. Ante el Tribunal cantonal, rige la lengua de la sentencia impugnada; si actúa en 1ª instancia, predomina el idioma del demandado, salvo acuerdo de las partes.¹

En el de Valais, se declaran idiomas oficiales el francés y el alemán; los jueces, deben dominar los dos (art. 62 Const.).²

En el Cantón unilingüe de Zürich (Ley de Const. de los Tribs. de 1.1.1977), se prevé el uso del alemán por tribunal y partes (§ 130-1); pero por razones fundadas, el Juez puede ser asistido en las audiencias por un intérprete. Esto constituye la posibilidad, no solo de que las partes se expresen en las demás lenguas nacionales, sino aún en las extranjeras, lo que es muy adecuado, dada la presencia de numerosos trabajadores extranjeros ('Gastarbeiter'). La protocolización se efectúa tan solo en alemán, pero las partes pueden pedir que se protocolicen en otro idioma (§ 152-1 GVG).

En todo caso, cuando se dirige un escrito a una autoridad cantonal en otro idioma que no sea el reconocido, es mejor hacerlo pasar en otro plazo por la Oficina de Lenguas para su traducción; de otro modo, se podría incurrir incluso infringir el art. 4º de la Constitución Federal (sobre la igualdad de todos los ciudadanos suizos ante la ley).^{3,4}

1. Cfr. Walder, Ponencia cit.

2. Según el art. 7-1 de la Ley sobre Tribunales de 13.5.60, 2 de los 7 miembros del Tribunal Cantonal y 3 de los 7 sustitutos, deben tener lengua materna alemana (Walder, ob.cit.).

3. Cfr. Walder, 'Ponencia' cit.; el Tribunal Supremo Federal así lo ha declarado (en materia procesal penal) por 5. de 8.3.76.

4. En España, la lengua oficial, hasta ahora, es el español (Cfr. mi discrepancia con Guasp, desde 1953 sobre las diferencias entre 'español' y 'castellano', en mi trabajo 'La demanda en el proceso civil español', en 'Estudios de Derecho procesal' cit., pp. 456 y Guasp, 'Comentarios' cit., II, pp. 186 y s.).

Pero el próximo pasado y el futuro dicen otras cosas.

Así, la Constitución de la II República (9.12.1931) en su art. 11 y 12, preveía la concesión de 'Estatutos de Regiones Autónomas', reservándose el Estado español una serie de potestades (arts. 14 y 15).

Al amparo de estas normas constitucionales, se promulgó, el 12.9.1932, el Estatuto de Cataluña.

Según el art. 2 del mismo, se decía que, a todo documento presentado ante los Tribunales en lengua catalana, debería acompañarse su correspondiente traducción castellana, si así lo solicitare alguna de las partes; en cuanto a los actos de los tribunales, se podrían redactar indistintamente en una de las dos lenguas; pero obligatoriamente en una u otra a petición de parte interesada -.

El art. 11 (larguísimo) preveía la constitución de los tribunales en Cataluña - incluso uno de casación -.

Ya durante la Guerra civil (1936-1939) se promulgó el Estatuto Vasco (1. Oct. 1936). En lo que a este trabajo afecta, en su art. 7 admitía el principio de la 'cooficialidad' de lenguas, euskera

Palabras Finales

Son claras e íntimas las relaciones del tema que hemos desarrollado (y tan solo con respecto a algunos países europeos) con otros contenidos en el programa del Congreso¹, y se nos ha rogado evitar el 'double emploi'; por é ello, las fronteras trazadas – así como las de nuestros colegas Ponentes generales de otros temas – se han visto muy reducidas. No 'poder' examinar los objetivos fundamentales de los 'principios y formas de la comunicación entre jueces y partes', como lo son, el combate contra la lentitud y la carestía del proceso (temas 4º y 2º), es difícil.

y castellana; que los documentos a presentar ante los tribunales baskos, se redactasen indistintamente en una u otra lengua (b); con obligación de traducirlos al castellano (los presentados en eúskera), a petición de parte interesada o para sufrir efectos fuera del territorio basko (el 1º de Octubre, casi todas las provincias de Guipúzgoa y Alava, se hallaban ya en manos de las tropas 'nacionalistas'); las sentencias se publicarían y notificarían en ambos idiomas; se podría exigir el conocimiento del eúskera a los funcionarios prestando servicios en territorio de habla baska (respetando los derechos adquiridos). Este Estatuto, solo tuvo aplicación práctica en tanto las tropas nacionalistas no ocuparon la totalidad del país basko (agosto de 1937). Y él mismo, como el de Cataluña, desaparecieron en la vorágine de la guerra civil.

Muy poco antes de estallar la guerra civil (el 28 de Junio de 1936) se celebró en Galicia el 'referendum' previo a la aprobación de las Cortes españolas, para promover el Estatuto de Galicia (esto es, nunca llegó a entrar en vigor; además, desde el principio de la guerra, las fuerzas sublevadas – opuestas a las autonomías regionales – ocuparon la totalidad de Galicia).

En su art. 4º, establecía la cooficialidad de los idiomas gallego y castellano, introduciendo la exigencia del uso de éste último, para las cuestiones oficiales con el resto de la República y con el Estado español. Se apuntaba en el mismo art., la posibilidad de instar versiones de documentos oficiales presentados en lengua gallega, etc., a la vez que la necesidad de acreditar conocimientos de lengua gallega por parte de los funcionarios designados para actuar en la región. – El art. 11–4º, preveía la creación de una Sala Especial, en la Audiencia Territorial de La Coruña, para conocer de los asuntos de derecho foral.

Con posterioridad a la muerte de Franco, los movimientos regionalistas se han hecho públicos, y preparan proyectos de Estatutos (o recuerdan los anteriores existentes).

Tenemos en nuestras manos (valga a título de ejemplo) un 'Avantprojecte d'Estatú del país Valenciá' (Febrero de 1976).

En lo que nos interesa, se prevé el sistema bilingüista, pero con atenuaciones en favor del valenciano (declarado 'lengua catalana... l'idioma oficial del País'; pero los documentos oficiales, se redactarían en catalán, con expedición de copias en castellano a petición de parte o cuando hubieran de surtir efectos fuera 'dels Paesos Catalans' (art. 4º).

La Generalidad (Gobierno del País Valenciá) tendría extensas potestades en cuanto al nombramiento de jueces e incluso su organización; (incluso existiría un Tribunal de Casación); los funcionarios públicos habrían de acreditar conocimiento suficiente de la lengua catalana y de la legislación valenciana en vigor (art. 37).

Un caso de bilingüismo acreditado por los Siglos, se sigue mostrando en el proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia (oral, concentrado y público); los juicios, se celebran en valenciano; pero si una de las partes alega no conocer esta lengua, se pasa al castellano. Las incidencias de traducción que puedan surgir, las resuelve incontinenti el Presidente. Y nunca hemos constatado incidente alguno por causa de este constante bilingüismo.

1. Tema 2º, 'Ayuda procesal; justicia gratuita', Prof. Denti; 4º, 'Aceleración del proceso', Prof. Jacob; 5º, 'Función y competencia del juez', Prof. Perrot; 6º, 'Selección, nombramiento y formación de los jueces', Prof. Fix; 10º 'La prueba en el proceso', Prof. Micheli y 11º, 'La doble instancia', Prof. Jolowicz.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (I)

Nos hemos visto obligados a reducirnos a estudiar las 'formas' del procedimiento mas adecuadas para que aquéllos objetivos se cumplan; esto es, el resultado de esta modesta exposición, no es sino un 'instrumento'; que sea útil a servir a los fines cuyo estudio se ha confiado a otros ponentes, es otro problema.

Se ha pretendido exponer, a lo largo de estas páginas (insuficientes y escritas sin el sosiego que el tema merece), como los diversos elementos del proceso deben contribuir a su 'humanización'; que ésta, no depende solo de las leyes, sino tambien de jueces, partes y abogados; y del propio vehículo procesal (procedimiento). Si se puede adoptar un sistema basado en un procedimiento 'oral-inmediato-concentrado y público', se habrá dado un gran paso hacia esa 'humanización' del proceso.

Nos hemos hallado ante un dilema muy grave, dada la posible diversidad de conductas de los hombres 'antes' y 'durante' el proceso; pero 'in dubio pro reo', estimamos que las medidas de 'humanización' del proceso civil, deben ir destinadas 'a todos', sin perjuicio de restringirlas cuando se trate de elementos con respecto a los cuales, dichas medidas, deban ir contrarrestadas por otras de 'severidad', para evitar sus desmanes 'inhumanos'.

Hemos entendido, que el mejor medio de 'humanizar' el proceso, se halla en implantar el 'contacto directo entre los hombres' como el mas adecuado para comprender nuestros defectos y virtudes (la 'inmediación'). Mas inmediatamente, surgieron escollos¹, y alguno de ellos consistente en la propia complejidad de la actual sociedad. Escollos muy difíciles de superar, en cuanto que 'obligan' a los hombres a no estar 'en contacto directo' entre ellos.

¿Soluciones inmediatas para el futuro? No las vemos de modo absoluto.

Sí, por lo pronto, una represión de la 'inmoralidad en el proceso' (y aún 'antes de él').² ¿Imponer la 'probidad procesal' a quien por su naturaleza 'no es probo'? Aunque éllo podría significar la implantación en el proceso civil de una serie de sanciones que lo aproximarían al penal (véase el 'Contempt of Court' anglosajón o las 'correcciones disciplinarias' europeas), la idea no deja de ser buena, aunque el sistema de sanciones a imponer sea discutible. La subrogación – inquisitiva – del tribunal en cuanto a 'aquello' que una parte pudo y debió hacer y no hizo, puede ser una bas de partida. Pero éllo significa, como presupuesto, el contacto directo entre juez y partes; y el fracaso de la 'oralidad' en tantos países, nos muestra la dificultad de implantarla.³

No hay, pues, solución absoluta; si la hubiere, sus presupuestos son meta-

1. Hemos hallado una 'oposición genérica'; así, las reiteradas normas sobre la 'aceleración del proceso' dictadas en países que la habían intentado desde ha ya mucho tiempo, nos indica el fracaso, total o parcial de esta aspiración.

2. Hay otra serie de obstáculos a la 'humanización' del proceso, que nacen antes que él: la propia 'inmoralidad' de los hombres que arruinan premeditadamente a sus semejantes; o la de quienes pretenden, 'inmoral, inhumanamente', aprovechar una desgracia del prójimo, debida a eventos exteriores. Aspectos de estas 'inmoralidades' se toman ya en cuenta en los 'antecedentes fácticos' de los procesos concursales.

3. Aparte de que siempre existirán procesos en los que, por su base probatoria, escrita y muy complicada, deberá seguir rigiendo en gran medida el principio de la 'escritura' y sus conexos.

V. FAIREN GUILLEN

jurídicos, aunque en la práctica, los resultados a que se llegue por medio de ideologías diferentes, sean los mismos en el campo de la técnica procesal.¹

Lo que sí podemos asegurar, es el esfuerzo que hemos hecho, en virtud de la división del trabajo impuesta, para ‘detenernos’ exactamente allí en donde íbamos a extraer un corolario de nuestras exposiciones, por hallarse tal corolario ‘fuera de nuestro tema’. Por adoptar un símil, se nos encargó el examen de la ‘carrocería’ (la ‘forma’) más o menos aerodinámica de un automovil; más se nos impidió el acceso al ‘motor’. Tan solo podemos examinarlo desde lejos... a través de la idea que preside este Congreso: la de obtener una ‘justicia con aspecto humano’.

1. Cfr. v. gr., Baur, ‘Liberalización y socialización del proceso civil’ cit., esp. pp. 320 y ss.

HUMANIZING THE PROCEDURE (I)

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. V. FAIRÉN GUILLÉN

(*Valencia*)

To the question 'Is a process not an evil?' the author replies that it is like being asked whether medical treatment is bad or worse than an illness. The process is an evil, a necessary social evil, whose object is to prevent conflicts of juridical interests between unsatisfied persons from being resolved by means of violence or by the mere superiority on one litigant over the other.

Although certain pessimistic lawyers consider the present system antiquated as regards the needs of modern society, the author, however, maintains that, as far as the 'juridical situation' is concerned, we have advanced considerably from the old Roman procedure of 'litis contestatio' up to the present, and that, above all, this latter doctrine can lead us toward the conception of a 'living' process, apt for the resolution of the modern problems of mankind. The process, historically, has been shedding itself of formalities and gaining in vitality.

The humanizing of the proceeding is 'something' which affects both the judge and the parties in question, as well as every organism created by men and called a 'process'; it is obviously 'something' metajudicial.

The humanizing of legal proceedings has even penetrated as far International Law; the author quotes examples of international rules concerning the due process of law in civil proceedings and certain instances of the evolution of rules of procedure lacking in 'humanity' towards other more humane ones.

Contributing in their various ways to the humanizing of civil proceedings (Chapter III), we have: an independent, impartial judiciary the parties, whose 'morality' must be examined, not only as far as their behaviour during the process is concerned but also with regard to their conduct 'prior to the initiation of the legal process' (which is already the case in European bankruptcy proceedings). Thus 'the liability of fair play' of the parties has arisen, and even a demand for 'liability of veracity'.

The lawyer, who is also a personal element of the process, must contribute to its humanization; he has been compared to the 'representative of a partially incapacitated person' (the party who is ignorant of the law), and to the 'Cyrineus' of the Bible, or the 'amicus' of the unfortunate in need of succour.

As to the 'formalities' of a humane civil litigation, they must correspond to those of the 'due process of law'.

V. FAIREN GUILLEN

The author (Chapter IV) gives the following exposition: to know that his doctrine is on the system of civil litigation in order to achieve a humanization of the process: it is found in the field of the principles of 'verbality', of 'immediacy' or 'immediativity' between the judge, the parties and counsels; in the 'concentration' of the procedural activities in a minimum time, and in the 'general publicity' as a guarantee of the lawful and impartial proceedings of the courts. Together with these are other principles, such as the free evaluation of evidence, judgement in reasonable time, etc.

However, the author finds obstacles to the attainment of a procedural system such as the one that he presents as most 'human'; the obstacles in question are created by the complexity of modern life, which often prevents the litigants, for reasons of work, profession, etc. from 'immediately' presenting themselves before the judges; psychological stress on the judges and the parties, which is most difficult of all to avoid. He describes various possibilities of avoiding stress, but he doubts that it can ever be avoided altogether.

With regard to the 'language of judgements' (Chapter V) the author recognises that it suffers from 'hermetism', unintelligibility and archaism. It is necessary to create a type of procedure in which language, while not prescinding from the essential contemporary technicalities, is intelligible to people outside the legal profession.

On the question of forensic oratory, he combats possible exaggerations, and points out the difficulties occurring in a country with a written process that passes to verbality 'ex abrupto'.

Finally, he studies the phenomena of procedural plurilinguism in countries with more than one official language.

**LA HUMANIZACION DEL
PROCESO (II)**

HUMANIZING THE PROCEDURE (II)

PROF. DR. A. GELSI BIDART

(Montevideo)

SUMARIO

I. Noción	245
A. El tema	245
B. El proceso – obra jurídica humana	247
C. Sentido de humanización	249
II. Orientación	254
A. Consistencia del proceso y humanización	254
B. Aspectos requeridos de humanización actual	257
C. Criterios teórico – prácticos	261
III. Aplicación.	266
A. El Ministerio Público	268
B. Los Jueces	273
C. Asistencia judicial	280
D. El proceso	281
IV. Conclusión	296

I. Nocion

A. EL TEMA

1. “El tema del Congreso es: para una Justicia humanizada”

La proposición inicial de la Convocatoria, señala claramente el sentido de lo que se propone para el estudio: ‘En una sociedad cada vez *más compleja*, el derecho procesal debe poder *funcionar* de una manera más *accesible, humana, rápida y eficaz*, para que todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos. En todo el mundo se están haciendo últimamente esfuerzos para consagrar ese objetivo. Por eso puede resultar de suma utilidad discutir esta evolución reciente...’¹

2. El todo y las partes

Nos sentimos tentados de señalar, parafraseando a James *Goldschmidt*² que la humanización del proceso, en rigor, abarca la totalidad de los temas del Congreso, por cuanto cada uno de éstos especifica alguno de los aspectos del proceso y, por ende, de los modos de procurar su mayor y mejor (ésto especialmente) humanización.

De ahí que al considerar la ‘aplicación’ (III) de la ‘noción’ (I) y de los criterios de ‘orientación’ (II), debamos indicar, con relación a cada uno de los sub-temas del Congreso el modo de humanización que puede apuntar en el mismo.

El estudio de una ‘justicia más humana’ no considera el *valor jurídico justicia*, valor social, de inter-relación entre los hombres que viven en comunidad, ‘in genere’, sino en su modo de aplicación concreta que – como se verá – es *el* modo preferente de su realización jurídica.

Si bien, naturalmente, este valor básico es el que inspira y explica (por cuanto se trata, en definitiva, de su ‘encarnación’ en las relaciones humanas) la consideración del tema.

Tampoco se trata solamente del estudio de la justicia personalizada en el juez, vale decir, del enfoque aislado de los tribunales en su integración y funcionamiento, entre otras cosas porque – como se dirá – el tribunal *no es* sino *en el* proceso y, por ende, tal consideración se hará a partir de y en el proceso mismo.

Se trata de la justicia como *instituto complejo*, formalmente establecido – órganos, profesiones y reglas de conducta conjunta de unos y otros – para que la aplicación que del aludido valor realiza el sistema jurídico vigente, se establezca de la manera más exacta, segura y eficaz, a las diferentes situaciones individuales que se planteen y que no reciban, por otra vía, suficiente satisfacción.

1. ‘Convocatoria del 1er. Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil’, bajo los auspicios del ‘Instituto Internacional de Derecho Procesal’ (1977).

2. James *Goldschmidt* (‘Teoría general del proceso’ ed. Labor, p. 12) recordaba, para señalar la relación del proceso con el Derecho Sustantivo, las expresiones de *Sièyes* con respecto al Tercer Estado: ¿que debería ser? ¿a qué aspira? a tener ‘las categorías que le son *adecuadas*’.

Tal instituto, además, encarado dinámicamente, vale decir en y según el proceso, lo cual supone un *enfoque global*, de conjunto, que haremos ahora (I y II) y su aplicación a los diferentes subtemas, como se dijo.

3. *No la justicia que se hace, sino el hacer para la justicia*

La oportunidad del proceso judicial aparece cuando se rompe el espontáneo cumplimiento del Derecho, cuando surge la interrogante sobre su verdadera identidad en la aplicación a una situación determinada que no ha recibido el tratamiento (que se considera) adecuado, por la administración o los sujetos particulares vinculados a ella.

El proceso se hace para dar respuesta a esta inquietud, para que se otorgue la justicia en el caso concreto, con las máximas garantías que puede brindar el sistema jurídico.

Pero el tema de una justicia más humana y, concretamente, de la humanización del proceso, no se refiere a cómo debe plasmar esta justicia el juez, porque en definitiva éste es un problema de Derecho Sustantivo que se especifica en cada una de sus diferentes ramas. El juez no es sino el órgano más adecuado para determinarlo en los casos aludidos, pero ha de hacerlo conforme a lo que establezcan para cada uno de los sectores jurídicos, las normas pertinentes, iluminadas por la doctrina respectiva: cuál la justicia a aplicar (la justicia 'legal') en las situaciones jurídicas agrarias, o administrativas, o laborales, etc. que se le presenten.¹

Por ende, tampoco se trata de lo que, en definitiva se logra con el proceso: su acceso a todos los que demanden justicia (por sí o por el órgano adecuado), *para* obtener una *justa* solución que efectivamente se *aplique* en la realidad.

Pero el 'quid' del asunto radica – como se dirá – en humanizar lo que se hace en el proceso, aquello en que el proceso es o consiste.

¿Qué significa, por ende, humanizar el proceso?

1. A veces ésto se traduce en apartamiento de la ley o en construcciones relativamente audaces, según la tradición francesa del 'buen juez' *Magneaud* a principios del siglo XX, o la germana de la 'Escuela judicial de *Darmstadt*', iniciada por el Juez Karl *Holzschich*, en nuestros días.

En tal sentido, la publicación del '*Secretariat General du Gouvernement*' en '*La Justice en France*', señala (Revista 'Judicatura', Montevideo, mayo 1977) que 'la ampliación de las actividades del Juez a dominios no-jurídicos (¿querrá decir *no* tan precisamente resueltos de antemano, por la ley? ¿o con relativo predominio del proceso voluntario? ¿o con mayor amplitud de apreciación, por los 'standards' que debe aplicar el juez como 'bonis pater familias'?) – así en materia de protección a la infancia, ya delincuente, ya sólo en peligro moral o material e incluso en materia penitenciaria – por preocupaciones sociales y médicas asociadas a cuidados de reeducación y correctivos, han transformado completamente la misión de los magistrados' (p. 119). – Pero reeducación y corrección siempre estuvieron en la preocupación de los Jueces Penales, si tal es la función principal de la pena.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

B. EL PROCESO, OBRA JURÍDICA HUMANA

4. *El 'humanismo jurídico'*

La renovada preocupación por el hombre que muestra el pensamiento contemporáneo a partir de los principales filósofos y ensayistas, tal vez desafiados por la conciencia del aislamiento y la des-humanización de sectores y movimientos políticos, económicos y de administración, – naturalmente ha llegado al derecho.

Incluso para señalarlo como una de las 'sedes' propias de esta consideración, en cuanto es un medio de hacer más racionales y fraternales, las relaciones inter-humanas en la sociedad.

Aquí el esfuerzo de 'humanizar' el derecho, debería considerarse relativamente simple, en cuanto es elaborado *por* (algunos) hombres y para todos. (Y en esto – algunos para todos – radica una de las dificultades primordiales para lograrlo. Sólo que éste es propio de la condición humana, son siempre unos pocos los que hacen estas obras para la generalidad; la historia lo muestra y no le resulta difícil a la razón explicarlo, en base a la dispar distribución de las aptitudes entre los humanos).

De 'humanismo jurídico' o de *la humanización por el derecho* se puede hablar, en el sentido de que el hombre necesariamente se encuentra en el centro, en el núcleo, de la consideración del derecho, por cuanto éste aspira a regir su conducta social del mejor modo posible; entendemos que más que fundar (esto es Filosofía), el Derecho (algunas de sus manifestaciones, el Derecho según determinadas orientaciones) sirve para *confirmar, orientar y afirmar* el humanismo.

Algunos señalamientos – evitar la violencia, favorecer los acuerdos y la racionalidad de la conducta; proteger y promover (dentro de los límites sociales) la libertad, – surgen en todo sistema jurídico, aunque los *grados* en que éste ocurre pueden cambiar radicalmente el resultado.¹

5. *El proceso – instrumento – jurídico*

Para la humanización del proceso ha de tenerse presente, ante todo, que éste es un instrumento, un medio para lograr algo que no es él mismo, que no tiene su fin en sí (como puede tenerlo, en cambio, un procedimiento artístico o un juego).

Si su finalidad se logra o no (resultado) se verá 'a posteriori', desde el punto de vista de la eficacia, valor jurídico 'de servicio' o 'de acceso', fundamental para la realización de la justicia, que persigue el proceso.

Pero como se trata de un instrumento totalmente artificial (hecho 'de fondo en

1. Vº. *Gelsi*. 'El hombre concreto en la enseñanza de las Ciencias normativas' (cap. II de 'Cuestiones de Cultura y Enseñanza', Montevideo, 1974 p. 43–54; también publicado en 'Revista de la Facultad de Derecho de México', UNAM, tomo 21, no. 83–84, julio-diciembre 1961 p. 425–35) y las referencias al humanismo renacentista y su vinculación con la jurisprudencia y el punto de vista de *Hegel* y de *Vico*.

comble' por el hombre) su crítica más fácilmente puede conducir a ser reelaborado para que sea mejor, también en el plano de la humanización.

Por otra parte, resulta importante, esta continua crítica y reelaboración, por que instrumento y resultado coinciden en su naturaleza, lo cual no siempre ocurre (v.gr.: pincel y cuadro); se trata de un instrumento jurídico en su integridad, difícilmente superable en esa su naturaleza y que 'produce' también derecho, que se hace por el sistema jurídico, para elaborar derecho.

Como se trata del instrumento definitivo (a) cuando los restantes no sirven o han fracasado, que resulta de indispensable utilización en tal situación 'de frontera' del sistema jurídico (cuando el mismo no funciona adecuadamente) (b), en una situación que está hecha para penetrar directamente en la realidad humana (concreta) y que, en consecuencia, afecta realmente a los hombres, más que la declaración universal contenida en la norma (c), – se comprende la trascendencia que tiene, en sí y por su repercusión en los sectores del derecho que afecta (según la materia de que se trate).

6. El proceso, 'hacer' humano

El proceso es una obra que consiste en un hacer de hombres entrelazados, destinada a desaparecer apenas se logra su resultado, (a veces, sin que se alcance, por haber sido sustituida por actos situados fuera de su esfera de acción, sea del poder legislativo, de la administración o de las partes).

Desde ese punto de vista puede compararse con el 'iter' contractual; que nada importa (salvo, a veces, para la interpretación) una vez concertado el negocio jurídico; pero con la diferencia de que aquí todo se desarrolla en la esfera del D. Sustantivo, en tanto que allá el D. Procesal crea, establece y pone en movimiento un medio para la determinación del D. Sustantivo en el caso concreto.

La detallada reglamentación que acompaña al 'procedere' del proceso y no se encuentra en el 'iter' contractual, se debe a que en el proceso se encuentra involucrada una autoridad, en ejercicio de potestad pública, delimitada por los demás sujetos procesales.

Todo el complejo hacer humano (procesal) es de naturaleza preparatorio para (constructor de) soluciones de D. Sustantivo, a aplicarse en el caso concreto y, por ende, desaparece con éste.

Lo que ha de considerarse pues, es *ese hacer transitorio*, en cuanto se realiza; lo significativo es la *conducta* (el modo de comportarse) de los diferentes sujetos *entre sí*, para efectuar la obra común a la que han sido, mutuamente, *convocados*; importa (desde el punto de vista del Derecho Procesal) *el camino* que se recorre y *cómo* se recorre para llegar a la meta pre-fijada abstractamente y que se concretará a través del proceso que en la realidad se desarrolla.

C. SENTIDO DE HUMANIZACIÓN

7. *El proceso, instituto 'humanizador'*

a. Siempre se ha considerado el proceso como un instituto cultural avanzado, que en sí mismo 'humaniza' las relaciones sociales, básicamente por los *medios que sustituye*, por una parte y el *modo* como obliga a actuar a quienes en él ingresan.

b. En relación a lo primero, toda la doctrina procesal – y la historia – revelan al proceso como un paso adelante en la mejora de las relaciones humanas, al poner fin a los métodos violentos entre las partes en conflicto; la 'justicia por mano propia' que hoy es un delito, ha sido sustituida por la 'justicia por mano del juez, a través del proceso': éste es el 'sustitutivo civilizado' de la *violencia* particular, en la defensa del derecho.

c. El legislador deja aún pero expresamente consagrados por las normas, algunos institutos de auto-tutela, que establece el D. Sustantivo: legítima defensa, estado de necesidad (situaciones límites), derecho de retención, derecho a cortar ramas que invaden fundo ajeno, etc. – Incluso éstos son superados en la consagración legislativa, por el proceso, porque en éste se consideran los dos puntos de vista sobre el conflicto, es decir, se examina *racionalmente* la cuestión. Lo unilateral ha sido sustituido por la *bilateralidad* de la audiencia ('audiatur altera pars'). Solución racional: considerar *todo* el problema, en sus dos enfoques primarios posibles, para obtener un enfoque global y total del mismo (por el juez).

En tercer lugar, el proceso obliga a la actuación *conjunta* de quienes sustentan intereses contrapuestos, para realizar una obra *en común*. Se trata, probablemente del esfuerzo más enérgico (y efectivo) para lograr la recomposición del todo humano en situación, a pesar de su ruptura, fragmentación y oposición del que se parte.¹

d. Parece, pues, que el proceso, como tal, es un instrumento efectivo de actuación humana en el sentido de *superación* de situaciones conflictivas que determinan la convivencia entre los hombres.

Aludimos, fundamentalmente, al proceso contencioso. Por extensión con el tan discutido proceso voluntario, se realiza la proyección de la legalidad, a través de la actuación de la autoridad jurídica por antonomasia (el juez) a situaciones no conflictivas pero que requieren (razones sociales y tradicionales en cada país, muchas veces coincidentes, lo aconsejan) un modo de proceder y una clase de decisión similar a la del proceso, contencioso, con la intervención de una autoridad, verdaderamente imparcial, en que consiste el Tribunal de justicia.²

1. 'Este fenómeno de que *los litigantes sirvan al proceso*, responde a su estructura normal'; el proceso, a su vez, se realiza para dar satisfacción al 'interés público y en cuanto a la composición de los conflictos' (Carnelutti: 'Sistema de Derecho Procesal Civil', I, no. 77 y 78; en la trad. de Alcalá – Sentís, p. 256 y 257).

2. Sobre el *proceso voluntario*, ver: 'Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile' (ed. Giuffrè – Milán 1969 p. 233–677); cfr. E. Fazzalari 'La giurisdizione volontaria', J. F. Marques 'Ensaló sobre a jurisdiccao voluntaria'; G. A. Micheli 'Significato e limit della

8. *Humanización procesal; realidad e ideal*

a. El solo enunciado – humanización del proceso – planteado como imperativo, como algo a estudiar científicamente para después llevar acabo, – nos coloca en el plano del pensamiento crítico.

La preocupación por el hombre concreto, característica de nuestro tiempo, ha llegado también a este instrumento a pesar de que se le considere (como se dijo) como factor fundamental de civilización (mejor: ‘culturalización’) en la sociedad.

b. El problema consiste en señalar, si este instrumento humanizador de las relaciones sociales – ‘*ne cives ad arma veniant*’: supresión de la violencia entre los ciudadanos para dirimir sus contiendas – no puede transformarse paulatinamente en un medio alejado (o que tiende a alejarse) del *modo de ser natural* del hombre.

¿Las formas procesales que tuvieron base adecuada al establecerse, quedan, luego, innecesariamente cristalizadas, habiendo perdido su *sentido*, marcando un modo de actuar rígido, inflexible, en el cual la falta de significación transforma al deber ser en un *imperativo* demasiado *gravoso*, porque sólo se apoya en sí mismo y no en una ‘razón suficiente’?

Chiovenda expresó este problema en términos de insuperable precisión y belleza. ‘En la evolución del formalismo, tres fenómenos atraen nuestra atención: las formas residuales, las degeneraciones y las reacciones’, vale decir, las formas que permanecen a pesar de carecer de sentido; su degeneración, su extensión a términos no previstos inicialmente (exageración de las formas) y reacciones excesivas que llevan a pretender suprimir las formas mismas, aunque sean garantía de los derechos, o a sustituirlas (lo que es peor) por otras formas igualmente inadecuadas para garantizar el derecho.

‘*Formas residuales* (según *Chiovenda*) son las que, nacidas de las necesidades, de la índole, de las leyes de un tiempo (determinado), sobreviven, no obstante la transformación de las necesidades, de la índole y la supresión de las leyes, en el tiempo siguiente’.

‘Quedan, como cuerpos sin alma, que el legislador respeta, porque la fuerza de la costumbre las vincula a la vida actual del pueblo. Es un fenómeno común a todos los derechos, porque es un hecho constante que la forma se desarrolla más lentamente que el derecho y los institutos nuevos pasan bajo las formas judiciales antiguas, como el agua siempre nueva del río, bajo los arcos de un viejo puente’.¹

c. A lo cual, puede añadirse, el problema de si la norma, al propio tiempo que establece un modo de actuar concorde con la modalidad o condición humana, no tendría igualmente, que preocuparse por proponerlo y orientarlo en el sentido de una conducta que ponga de relieve *lo mejor* del hombre.

Sería un sentido pedagógico de la norma procesal, para humanizar el proceso y,

giurisdizione volontaria’; Tito *Carnacini* ‘Le norme sui procedimenti di giurisdizione volontaria’ (sep. respectivamente, de ‘Studi in onore di E. Crosa’, II, 1960 y ‘Rev. Trimestrale di D. e Procedura Civile’ – fasc. 2. 1961).

1. *Chiovenda*. ‘Le forme nella difesa giudiziale del diritto’. (‘Saggi di Diritto Processuale Civile’, ed. 1930, I, p. 362–363).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

a través de él, al hombre, al proponerle una orientación que responda a la superación del hombre mismo.

Se trataría, en definitiva, de realizar el ideal de que ‘toda norma *certera* no hace sino transformar en *imperativo* la definición de una *realidad ejemplar*’ (i.e. un ideal, inspirado en un valor a encarnar y que puede ser llevado a cabo por el hombre).¹

d. ¿Qué significaría, pues, humanizar el proceso?

¿Qué sentido tiene hablar de humanizar lo que *ya* es humano que (como se dijo) *consiste en un hacer* de hombres, en lo que (por lo demás) radica toda la vida, que se desgrana en una serie de realizaciones?

La pregunta – al propio tiempo – señala la apariencia *paradójica* del tema (hacer humano lo que ya lo es) y su extrema *dificultad (y realidad)*, por cuanto se trata de re-conducir, de llevar a lo que corresponde, a una obra desviada de su propio modo de ser natural (la ‘corrupción’ de lo humano sería lo más inhumano, podría decirse parafraseando la antigua admonición ‘corruptio optima, pessima’).

9. Humanización del proceso: respetar la condición humana

a. Humanizar no quiere decir transformar en humano algo que ya lo es; significa hacer más humano y, dentro de lo humano, *mejor* que lo existente, pero *respetando* lo que es propio del hombre en el instituto, limitándose a desarrollarlo, a desenvolverlo, y a no imponerle un modo de conducirse que no este de acuerdo con su condición.

El jurista (y el legislador), por ende, tienen que mirar la *realidad humana*, la naturaleza o condición del hombre, procurando que el proceso se adecúe a la misma y no a la inversa.

b. Humanizar el proceso significa reglamentarlo conforme al modo de ser de los hombres ‘*en general*’ (de la generalidad de los hombres), no un proceso para intelectuales, sino para el común de los mortales: ‘Las leyes no deben ser sutiles: están hechas para personas de entendimiento mediocre, no son un arte de lógica, sino la razón sencilla de un padre de familia’², evitando ‘la sensación de extrañeza y hostilidad que los procedimientos judiciales ocasionan a los profanos (que)... quedan frecuentemente desorientados y atemorizados ante las fórmulas procesales como si éstas estuvieran repletas de significados ocultos’.³

10. Derechos humanos y humanización

a. Humanización del proceso *no* es lo mismo que respeto de los derechos humanos o fundamentales *en* el proceso.

El proceso es considerado, normalmente, como el medio ‘par excellence’ de

1. José Ortega y Gasset. ‘La Caza y los Toros’, ed. Austral 1962, pág. 107.

2. Montesquieu ‘De l’esprit des lois’ – Libro XXIX, capítulo XVI.

3. ‘Relazione al Re’ del Ministro Grandi (¿red. Calamandrei?) de 28.X.1940, sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil Italiano, par. 15, párrafo 4.

obtener el respeto de los derechos fundamentales del hombre, en cuanto es el medio para garantizar *todo* derecho, 'a fortiori' los que se consideran como básicos o esenciales. – Lo cual plantea, a su vez, el problema de si deben establecerse procesos *especiales* u otorgar a los jueces facultades peculiares para una protección más efectiva, cuando se trata de aquellos derechos (recurso de 'amparo', 'habeas corpus', etc.).

En segundo lugar, resulta indispensable que en el medio de garantizar tales derechos, no sean violados los mismos; de otro modo, obtener garantía del respeto de los derechos humanos *en* el proceso (en especial: legalidad, igualdad, defensa, libertad...)¹

Ambos temas significan: el *lo.*, que *el proceso* es y cómo puede serlo realmente, garantía de (medio o instrumento para proteger) los derechos fundamentales; el *20.*, que también *en* el proceso es necesario que se alcance esta garantía, lo cual significa aplicar, una vez más, el principio esencial en la conducta humana de que el fin (garantizar el derecho sustantivo) *no* justifica los medios (... mediante *cualquier* tipo de proceso, con tal de que el derecho sustantivo resulte garantizado).²

b. No cabe equiparar respeto de los derechos fundamentales o básicos o primordiales o esenciales del hombre en el proceso (de todos y de cada hombre; indispensables en cualquier país o época; exigidos para que el hombre reciba el trato que corresponde a su propia condición o naturaleza, en la vida social) y humanización del proceso.

Del mismo modo que no cabe indentificar hombre (sujeto de derecho) y derechos (aunque se trate de los derechos por antonomasia, de los que pueden considerarse como de reconocimiento indispensable para que la sociedad sea realmente el medio ambiente que los hombres requieren para vivir como tales).

c. Humanizar el proceso quiere decir realizarlo de la manera (o modo) más acorde con el *modo de ser* de los hombres que lo realizan.

11. La humanización procesal en la actualidad

No puede hablarse de humanización procesal, si no nos referimos a la época en

1. Este problema de *la protección procesal de los derechos humanos* ha sido objeto de extensos desarrollos en la doctrina universal y fué uno de los temas del 5º Congreso Internacional de Derecho Procesal (México 1972). Ver la Ponencia General de Héctor Fix Zamudio en 'Revista de Derecho Procesal Ibero – Americana' 1972, nro. 2-3, pág. 436-74; nuestro punto de vista, con la distinción referida en el texto, en *Gelsi*: 'Proceso y garantía de derechos humanos' (Revista cit., nro. 1 – enero-marzo 1971 p. 27-54).

2. En *Gelsi* 'Garantías procesales y conflictos socio-políticos' (Montevideo 1974) pusimos como lema – que podría serlo del Derecho Procesal – esta indicación general: 'obtener los fines no está siempre a nuestro alcance, pero sí *elegir* y *tratar de aplicar* los *mejores medios posibles*' (p. 5). Quien actúa en el proceso sabe que no siempre el derecho sustantivo cuya garantía se persigue a través de aquél resulta efectivamente garantizado, pero al hombre, que siempre vive en *presente* le está encomendado (en este caso, al procesalista y al jurista práctico que actúa en el proceso) lograr que el proceso, dentro de las posibilidades que da la época y el país, sea el *mejor* proceso *posible* (ideal – realizable).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

que nos encontramos, por cuanto el hombre es un ser histórico y el proceso un medio modificable a través del tiempo, según las necesidades y modalidades que van apareciendo. Aunque el hombre es, en lo fundamental, siempre un mismo tipo de ser, sur radical individualidad por una parte y las diferentes clases de sociedad que va construyendo, obligan a revisar continuamente los medios que en ella se utilizan.

Hay modos de actuar, enfoques de la conducta, que cambian de una a otra época y, por ende, modifican el sentido mismo de lo que se hace, obligando a su transformación.

– Sin entrar a un desarrollo de las características de nuestro momento actual, bastaría señalar algunas – que imponen un sesgo especial a la humanización del proceso. – Nos permitimos recordar, en especial, las siguientes, por su posible relación con la humanización procesal:

a. En cuanto a la posición del hombre en sí y en relación a los demás, nuestra época tiene nítida conciencia de la frecuencia (e inadecuación) del *aislamiento* y la necesidad (planteada como exigencia) del *diálogo* que responde a la comunicación inter-personal y el *'equipo'* múltiple para la realización de las principales obras sociales.

b. El hombre tiene también conciencia vivida del *tiempo*, de su fluir y de los cambios que se producen en su desarrollo; éstos han asumido un ritmo vertiginoso: la aceleración en las modificaciones históricas, parece haber llegado a un grado desconocido, al menos hasta el presente.

Tal aceleración en medio de la cual vivimos, hace que el cambio sea característico de nuestro medio ambiente y, por ende, que todo lo que no sigue este ritmo parezca anacrónico, inadecuado a la vida actual.

c. El cambio incesante, trae consigo una inseguridad, una incertidumbre, ya considerada como propia de la vida (*'homo viator'*) y una menor estimación de ciertos valores jurídicos como la *certidumbre* o certeza, cuya relatividad se capta mejor ahora.

Frente a ellos, crece la importancia de valores tales como la *justicia* (exigida más extensamente) y la *paz*, más estimada cuanto más infrecuente.

d. La relación *'autoridad – libertad'* indispensable en la vida social, recibe una tensión peculiar en nuestra época: sólo se admite la autoridad que se justifica por sus obras y la libertad tantas veces reprimida, aspira a su plena realización, sólo limitada por la coordinación con otras libertades y por una autoridad de servicio.

e. Un carácter acentuado de nuestra época, que viene adquiriendo en los últimos dos siglos pero que en éste último tercio de siglo ha alcanzado un máximo desenvolvimiento en el plano teórico (integrando en plano preferente el conjunto de *'ideas – culturales'*) y en el plano práctico (presidiendo y dando su característica peculiar, a toda la vida social y, como consecuencia, a la de cada uno de sus integrantes), – es la significación de las ciencias (especialmente físico – naturales, psicológicas y sociales) y de las técnicas de ellas derivadas.

Todo lo que reviste este carácter tiene importancia y no puede admitirse la realización ajena a las mismas de las conductas que podrían efectuarse según su

orientación.¹

– La humanización del proceso, por ende, deberá tomar en cuenta estas características del mundo actual, porque así vive la vida el hombre de hoy en todas las regiones del mundo. Aún la ‘*vexata quaestio*’ de los países desarrollados y en vías de desarrollo, no intrduce variantes fundamentales en este punto, – por cuanto la unificación del mundo y los ideales universalmente difundidos, hacen que en una obra humana, en un quehacer humano como el del proceso, en todas partes estas características actuales influyen para hacer más o menos humanizado el proceso que en ellas se desarrolla.

II. Orientación

A. CONSISTENCIA DEL PROCESO Y HUMANIZACIÓN

12. *Hombres que realizan y padecen el proceso*

a. De lo que precede surge que la humanización del proceso debe encararse tal como éste es, vale decir, no como se concibe por la doctrina, ni de qué manera las leyes preven las orientaciones de conducta a aplicar en él, – sino concretamente de qué modo se realiza el proceso, i.e. los diferentes procesos que tienen lugar.

b. El proceso se analiza en una serie de acciones humanas, lo principal en él son los *hombres* que lo integran y lo que en (a través, a lo largo de) él realizan o efectúan.²

En el plano de la realidad, por ende, se trata de hombres y de sus actos; para humanizar el proceso se debe, antes, tomar en cuenta a aquéllos tal como son y procurar que éstos se efectúen conforme al la condición humana común.

Quiénes hacen el proceso, pues y son realmente, ‘un hombre cualquiera’ ante el juez³; estos hombres ‘del común’ son los indispensables en el proceso: con ellos (asistentes) actúan los abogados y unos con otros actúan ante la autoridad judicial y con ella para lograr la solución del o de los problemas fáctico – jurídicos que los aquejan.

1. Sobre estas características de nuestra época y su importancia en el enfoque del *proceso*, v. *Gelsi*: ‘Cuestiones de cultura y enseñanza’ (Montevideo 1974) especialmente cap. 1, 5 y 6; – y ‘Proceso y época de cambio’ (separata de ‘Revista de Estudios Procesales’ – Rosario – R. Argentina, marzo 1974, p. 1–45).

2. ‘Proceso (processus, de procedere) significa marchar, avanzar hacia un determinado fin, un acontecer de determinada clase... Sí ... consiste en una serie de acciones humanas, se le designa con el nombre de procedimiento... En sentido jurídico, se usa la palabra processus a partir de la Edad Media (primero en D. Canónico)... *judiciarius* o *judicii*, (entre los romanos)... *lis*, *judicium*, *iurgium* –’ (*Rosenberg*, ‘Derecho Procesal Civil, trad. Angela Romera Vera, I p. 2–3).

3. *Santi Romano*, hablando del ‘*Uomo della strada, uomo qualunque*’ (hombre de la calle, cualquier hombre) señala que éste expresará ‘la voz no-sectaria del ciudadano que habla solamente en tal calidad de buen ciudadano, de ciudadano medio’, algo similar al ‘buen padre de familia’, ‘ambos, tipos de probidad normal’; sería de desear que el hombre popular (i.e. del pueblo) no se vuelva hombre vulgar, que el ‘hombre cualquiera’ no se presente como un hombre sabio y pretenda mandar’ o disponer (‘Frammenti di un dizionario giurídico’, p. 235).

Y *qué hacen* (*qué se hace*) en el proceso tales hombres, para considerar el modo de conducirse o de actuar, para que sea más (conforme a lo) humano.

c. Siempre el proceso (no sólo el penal, como lo recordaba *Carnelutti*¹) significa un *padecimiento* para los que deben acudir a él, por cuanto surge su necesidad, cuando las situaciones jurídicas individuales se deterioran y, en general, 'no funcionan' como el legislador las planeó.

El carácter 'sustitutivo' del proceso con relación a los medios del Derecho Sustantivo puede tener dos sentidos: uno estricto – actuación *en vez* o en lugar de los sujetos que deberían dar cumplimiento a la prestación u ocuparse del desarrollo real de las relaciones jurídicas existentes; un segundo sentido, más amplio o lato, hacer algo *diferente* de lo programado; en el 20. caso, se sustituye tanto al sujeto como al objeto a realizar.

Padecimiento previo (no ha funcionado el sistema) y padecimiento *en* el proceso (inseguridad; transcurso lento y difícil; imposición de la autoridad y restricción de la libertad) para concluir en una 3a. similar situación, como consecuencia del proceso.²

13. La estructura humana del proceso

a. Estos hombres que *son* y que *hacen* el proceso, no tienen en él un mero encuentro casual, sino que se integran en una estructura compleja: con este concepto pensamos que puede realizarse una primaria delimitación de lo que el proceso significa para el derecho.^{3,4}

Por cuanto se pone de relieve 'su composición interior (unidad compleja y heterogénea, en cuanto hay planos diferentes, autoridad y litigantes y éstos se encuentran contrapuestos), el vínculo mutuo de sus factores integrantes y la influencia decisiva que sobre éstos tiene el hecho de integrarse en tal unidad

1. *Carnelutti* 'Principios del proceso penal' (trad. S. Sentís Melendo p. 52-53): 'Lo que se ha dicho hasta ahora ha aclarado si el castigo se resuelve en un iter que por la gravedad del cometido que el castigo se propone, asume la marcha lenta y pesada del proceso. Resulta de ello una inevitable implicancia del proceso en el castigo y del castigo en el proceso... (que son) el anverso y reverso de la misma medalla...: no se puede castigar sin proceder, ni proceder sin castigar. Una implicancia que según S. Agustín denuncia la pobreza del intelecto humano que nos constriñe a castigar para saber si uno debe ser castigado' (no. 43).

2. 'Por lo regular, los derechos son acatados y los deberes cumplidos voluntariamente... Pero si una pretensión es discutida o... no es cumplida... o se pone en duda una relación jurídica... el derecho habiente tiene que autodefenderse o debe defenderlo el Estado... Para que el Estado pueda prohibir la auto-defensa debe otorgar tutela jurídica... y lo hace a través del proceso civil. El Estado cumple así con una de sus más importantes tareas, una *tarea cultural* en el verdadero sentido de la palabra' (*Rosenberg*, o. cit. supra p. 254, nota 2, I, p. 2-3). Sobre el sentido cultural del proceso, ver en el texto nro. 9-10.

3. *Gelsi* 'El concepto de estructura y el proceso' (separata de 'Universidad', Santa Fe, R. Argentina 1969 - p. 395-436; la cita p. 432 y 430).

4. El *Centro Internacional de Síntesis* recuerda que 'en todos los dominios del conocimiento se acuerda valor explicativo al estudio de conjuntos ('ensembles') conjugados, considerados globalmente' ('Notión de la structure et structure de la connaissance' Paris, ed. A. Michel 1957).

totalizadora', el proceso (¿qué es el actor sin el demandado? ¿qué son estos sin el juez? ¿para qué actúa éste sino para resolver el problema que aqueja a aquéllos?).

Es una 'estructura social, de impulso natural (acudir a la autoridad en demanda de tutela y para obtener satisfacción a su necesidad) y (de) realización artificial (creación humana), transitoria (pasajera, pero con cierta duración), transitiva (medio para el fin del derecho sustantivo) y comunitaria.

b. *Estructura 'comunitaria'*, es decir, una construcción humana que reúne a un conjunto de hombres:

- para (fin) encarnar determinados valores (justicia, seguridad, paz, fraternidad, más allá, trascendiendo la oposición, tal vez porque se asegura la justicia;
- actuando (modo de conducirse) por la participación de todos ellos, la cooperación, en conjunto para el logro de aquellos fines;
- inspirados (espíritu), impulsados, al menos programáticamente, hacia la justicia (espíritu de justicia humana, legal).

Un encuentro, pues, entre sujetos jurídicos, con cierta permanencia, pero con el sentido de ser lo más transitorio posible ('fugit irreparabile tempus') para realizar, en común, una tarea común.

c. El modo propio de realizar el proceso, pues, es el *dialogal*, que supone el respeto de cada uno de los sujetos intervinientes en lo que le corresponde (al juez como autoridad, a cada parte en la situación que asume en el proceso), el intercambio de los conocimientos y planteamientos respectivos y el desarrollo *en* común de tales indicaciones sobre el hecho y el derecho, para que pueda adoptarse una decisión al respecto.

Aunque 'todo el derecho es diálogo', decía *Carnelutti* 'sólo en el plano del proceso el diálogo emerge a plena luz: diálogo entre las partes y el juez como de las partes entre ellas... tanto para la gestión como para el conocimiento del proceso... Lo que hoy suele llamarse la política del proceso no tiene sino el fin de facilitar, más aún de garantizar el diálogo en el que se resuelve el 'actas trium personarum'.¹

Diálogo particularmente culto, civilizado, como se dijo, por cuanto se realiza a pesar (y en cierta medida *porque*, dado que así se obtienen los enfoques diversos de la cuestión) de las oposiciones entre las partes y la diferencia de su situación frente al juez.²

1. *Carnelutti* 'In principio erat verbum' Introducción al 3er. Congreso Internacional de D. Procesal Civil – Venezia 12–14 abril 1962.

2. *Carnelutti* ('Derecho y Proceso', trad. S. Sentis Melendo p. 37) decía que 'el método judicial tiene... su 'proprium' en la colaboración de las partes con el juez 'para la formación de mandatos concretos'.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

B. ASPECTOS REQUERIDOS DE HUMANIZACIÓN ACTUAL

14. Humanizar el 'transcurso'

a. Como antes se dijo, no se trata aquí del libre acceso a la vía procesal, que abarca la posibilidad efectiva para todo hombre de poder provocarla o de poder actuar en ella.

Este es el principio de igualdad, no teórica, sino real, modalidad de la justicia social que abarca la posibilidad de enfrentar los gastos del proceso, la libre elección del defensor y la existencia de un número suficiente de Tribunales para que absorban – en tiempo – todos los procesos existentes.

Para que el proceso sea *la* garantía del derecho, se requiere este 'prius', el establecimiento de las autoridades judiciales y la apertura (libre acceso) del proceso a todos los que lo requieran.

b. Humanizar el proceso alude a éste una vez *establecido*, al modo '*humano*' de actuar o *conducirse en él*, según su naturaleza, vale decir, en la inter-relación que lo constituye.

¿Importa realizar este esfuerzo para mejorar un transcurso no sólo limitado (transitorio), sino instrumental (transitivo) o meramente habrá que ocuparse de que se trate de un medio rápido (aceleración) y eficaz?

c. El carácter instrumental del proceso lleva a enfrentarlo con los *valores económicos* que a través de él pueden consagrarse: lo que se denomina el *principio procesal de economía* (v. infra III) que conduce a eliminar trámites innecesarios y concentrar los que admiten un tratamiento unificado sin obstaculizar el desarrollo del proceso (v.gr. acumulación de autos; planteamiento unificado de todas las excepciones; definición conjunta de todas las incidencias; apelación de las interlocutorias diferida a la apelación del fallo definitivo) y el conjunto (¿demasiado complejo y variado?) de diligencias que procuran darle *eficacia* a su aplicación, realidad (hacer pasar a la realidad) a sus decisiones, realización en la conducta de quienes en él intervienen, mientras transcurre y después que ha culminado.

15. Humanización y tiempo

a. La *aceleración* es una *opción* con respecto a una de las características fundamentales del proceso, uno de los elementos indispensables de su existencia, su desarrollo temporal. En toda actividad humana, el problema temporal está en primer plano, porque entra en su misma consistencia, pero en el campo del Derecho su significación varía de sector en sector.

Siempre que el '*iter*' importa – sea para el delito o el negocio jurídico o la elaboración de la ley o el procedimiento administrativo – el problema del tiempo se plantea.

Generalmente, en términos de (a) sub-división en etapas y (b) de mayor o menor lapso para su duración.

Todo en virtud de la limitación humana, que lleva a dividir incluso lo indivisible (el tiempo) para tratar de aprehenderlo y del afán del hombre por llegar antes de que el tiempo acabe o torne inútil el alcanzar la meta.

Porque 'el hombre vive en el tiempo (¿es tiempo?) está 'aux prises avec le temps', en lucha con el tiempo y con sus diversas, artificiales, etapas. En cierto sentido, puede decirse que el proceso es un 'ejercicio del tiempo', no sólo se da en él..., sino que es tiempo jurídico el proceso'¹; no puede explicarse, sino en cuanto se desarrolla o desenvuelve, 'en duración'.

Está claro, por ende, que la humanización abarca ese transcurso y se orienta hacia la *concentración* de sus actuaciones, para superar la artificialidad de sus etapas y *abreviar* los términos de su transcurso.

b. Vale la pena subrayar cómo la justicia que pretende consagrarse a través del proceso y que es un valor jurídico básico, se 'relativiza' a través del tiempo y, por ende, del proceso, – con lo cual la eficacia de este instrumento es requerida para aproximarnos a una encarnación más adecuada de aquél.

'Desde que se plantea la realización del valor – aquí de la justicia – entramos en el dominio de lo temporal... la justicia se temporaliza y... necesariamente, se relativiza: en relación a las 'épocas' del tiempo; en relación al tiempo mismo que 'estira' la realización (duración del proceso de justicia),... hace cambiar la calidad de lo efectuado y limita o hace desaparecer el resultado mismo'.

Uno de los sentidos más importantes de esta relativización del valor (que en sí... es absoluto), radica en el 'retraso' de la justicia por el hecho de su realización, especialmente cuando la justicia es impuesta.

Por lo demás, 'la justicia "se hace" siempre en el presente, aunque pretenda apuntar incluso más allá, para restituir, para reparar lo realizado antes injustamente o para preparar que se actúe, justamente, en el futuro'. Esto es lo que ocurre, cabalmente, siempre, en el proceso: establecer para el futuro, la justicia, en una situación planteada en el pasado, a través de un presente (el proceso) que muchas veces transcurre demasiado lentamente.²

c. Por otra parte, esto indica que es indispensable una eficaz y pronta realización de la justicia, poniendo de relieve cómo la *ejecución*, que durante cierto tiempo fué dejada de lado por los procesalistas y algunos consideran separada del proceso jurisdiccional, como algo que, en rigor, *no* corresponde a la jurisdicción, – resulta fundamental para que la *justicia* elaborada en el proceso, *sea realmente*.³

Esto, aprehensión de la realidad pasada (reconstrucción por la prueba) y

1. Gelsi 'La enseñanza del D. Procesal' (sobretiro de la 'Revista de la Facultad de Derecho de México', UNAM, tomo 20, enero-junio 1970, no. 77-78, ap. I). D) y en 'Cuestiones de Cultura y Enseñanza', cap. 18, loc. cit.).

2. Gelsi 'Ideas en torno a la justicia' (no. 72 y 73) (En 'Cuestiones de Cultura y Enseñanza', cap. IV y en 'Libro Homenaje a Luis Loreto' p. 419 y sigs.).

3. Así Humberto *Briseño Sierra*, ilustre procesalista mexicano. v. su Proyecto para el Estado de Toluca, exposición de motivos y comentarios de diferentes autores en 'Revista Procesal' – México, año 3, no. 3-6 – 1974.

aplicación a la realidad futura (realización por cumplimiento o por ejecución), conexión indisoluble con la realidad, es típico del proceso. – Entendemos pues, que también la humanización del proceso debe llevar no para/ser tratada en este Congreso, pues excedería de su orientación, pero sí) a llamar la atención a los procesalistas sobre la necesidad de un estudio profundizado de la *ejecución*, para *humanizarla* y para hacerla *efectiva*.

El hombre es un ser *real, concreto*; el proceso está hecho para servirlo y para lograr que en ésa su realidad se encarne, concretamente, la justicia.

16. *¿Humanización de los sujetos procesales?*

Humanización del proceso por la humanización de los sujetos jurídicos que en él intervienen, ante todo, ‘revelar’, poner de manifiesto, hacer intervenir directa y personalmente en el proceso a los hombres involucrados en el mismo, suprimiendo todo aquello que los oculta, que no les permite actuar por sí, sino que los hace actuar *por medio* de otros, – siempre que ésto no resulte necesario para la acción procesal misma.

En consecuencia, resulta humanizador, personalizador del proceso, la norma que prohíba la delegación interna en el Tribunal (del Tribunal pluripersonal en uno de los jueces; del juez en el Secretario u otro de los funcionarios) y la que permita al juez convocar a la parte misma, aunque actúe por apoderado.

En el mismo sentido, se humaniza al sujeto – parte, a la altura y necesidad de los tiempos, estableciendo la asistencia letrada obligatoria (exigencia científico – técnica) y la actuación conjunta de la parte *con* el letrado, más que la del apoderado con el letrado.

Humanizar al sujeto es tender a su *personalización*.¹

17. *Humanización de la conducta procesal*

a. Todo el proceso debe volverse más humano en el sentido que se manifieste al pueblo no ya como una... ceremonia cabalística, sino como un refugio accesible que el Estado ha puesto a disposición de todos... que para ser oídos no disponen de otras tutelas que el buen sentido y la buena fe’. Se trata de lograr ‘un acercamiento de la justicia al pueblo’.²

Para lo cual es necesario que los actos procesales tengan el *mínimo de formalidad* indispensable para garantizar los derechos, pero que no sirvan – al la inversa – para trabar su consagración.

1. Todo ello se revela en el *sistema de las pruebas*, en cuanto al (libre) *interrogatorio de las partes* como medio de prueba, que cada vez se presenta de manera más extensa en los diferentes países. Aquí la ‘*personalización*’ se revela en el interrogatorio a quienes conocen los hechos sobre los cuales versa el proceso, de manera lo más simple y directa posible, escapando del ‘juramento’ formalista y de las ‘posiciones’ propuestas exclusiva y también formalmente por una de las partes a la otra. V. la extraordinaria investigación de Mauro *Cappelletti* sobre ‘La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità’ (ed. Giuffré 1962).

2. *Relazione al Re* del C. Proc. Civil Italiano de 1940, cit., nro. 15 in fine y 18.

Por cuanto 'las formalidades de la justicia son necesarias para la libertad. Pero su número podría ser tan grande que chocara contra el fin de las mismas leyes que las hayan establecido; los asuntos no tendrían fin; la propiedad de los bienes sería incierta; se daría a una de las partes el bien de la otra sin examen, o bien se arruinaría a las dos a fuerza de examinarlas... los acusadores no tendrían los medios de convencer, ni los acusados el medio de justificarse', – en palabras de *Montesquieu*.¹

b. Las formalidades procesales siempre han tenido un sentido (dejando de lado el primitivo, cuasi litúrgico, que aún se mantiene en el juramento de los testigos o en el juramento de la parte como prueba) de 'prevención', de llamada de atención, ante la 'majestad' de la justicia.

Esto puede aún mantenerse, dentro de los límites que la tradición de cada pueblo consiente (cfr. la diferencia entre los países anglo-sajones y los países ibero-americanos), como un elemento psicológico para ayudar a la comprensión popular de la '*autoridad*' del Tribunal, – pero sin que ello signifique exagerar el ámbito de esta autoridad, que puede y debe estar limitada por la actuación de las partes que le *proponen* el *problema* a solucionar.

c. Las *formas* procesales (supra no. 8) cuando pierden su sentido interior, vale decir, cuando desaparece su adecuación al contenido para el que han sido establecidas, son un obstáculo la marcha del proceso, que debe superarse.

Humanizar el proceso, dese este punto de vista, significa procurar que se actúe en él de la manera más *natural* para el hombre, más *alejada de artificios*, más coherente o adecuada a la realidad que se pretende re-ordenar conforme a los valores jurídicos que se trata de encarnar; en otros términos: no admitir la forma por la forma misma, si lo realizado alcanza su *fin* y *no* vulnera el derecho de las partes en el proceso.

Como las formas son garantía del derecho, si aquella se alcanza efectivamente, carece de significación rechazar esta conducta como jurídicamente válida.

En tal sentido tiene más importancia el *orden* del proceso, porque responde a una cierta *lógica progresiva*, propia del 'procedere', que la manera concreta de realizar el acto.

Esto último es particularmente exacto, cuando la actuación de los sujetos es *conjunta* y, por ende, cabe la mutua fiscalización de los mismos y su conocimiento simultáneo.

18. Humanización y alejamiento

Dado que el proceso es una *obra conjunta*, está claro que todo lo que separa o desune a los sujetos procesales, des-humaniza la acción a realizar, dado que es la *presencia* del hombre íntegro, lo único que lleva a la humanización total. En consecuencia, todos los elementos de separación, de aislamiento, de realización dividida de la actuación procesal, de desarrollo del proceso a través de sucesivos

1. *Montesquieu*: 'De l'esprit des lois', libro XXIX, cap. I, párrafo 2.

monólogos, de actuación separada, en suma, – quita al proceso su consistencia de ‘comunidad’, es decir de ‘relación inter-personal’, de obra humana de varios.

Toda obra común (a varios) sólo puede ser íntegramente humana, en la medida en que se realiza *en* común, participando en esa realización de manera conjunta y simultánea todos los integrantes del proceso.

Lo que falta en caso contrario, es, justamente la actuación conjunta, más que su humanización. Hay una serie de actos humanos, fijos, cristalizados, que cada uno de los sujetos que deben realizar el siguiente, han de interpretar y que no admiten ni la actuación unida ni la posibilidad de una rectificación de lo actuado, en base a lo que el otro sujeto verifica. ‘Todos los actos procesales son unilaterales’, dice *Rosenberg*¹ refiriéndose a los actos de parte (con mayor razón, los del Tribunal), – lo cual no cambia nuestra conclusión, que alude a la necesidad – para humanizar – de hacer que tales actos se realicen de manera conjugada, *simultánea*, para permitir la mutua influencia de los sujetos del proceso, el desarrollo flexible del mismo, antes de concretarse en actos unilaterales o bilaterales, la posición de las partes o antes de que el juez adopte su decisión. – Simultaneidad en vez de sucesión: *re-unión* en lugar de separación.

C. CRITERIOS TEÓRICO-PRÁCTICOS

19. *El qué (quid) y el cómo (quomodo) de la humanización*

Como dice Laszlo *Névai* ‘en un plano ideológico – político el problema se propone en éstos términos: no es lícito que un hacer más expeditivo y ulteriores simplificaciones del procedimiento civil reduzcan las garantías de la jurisdicción. Nadie se ha declarado en contra de la adecuación de tal afirmación doctrinal. El problema se vuelve, con todo, confuso, cuando se llega a la actuación concreta y es necesario encontrar la proporción adecuada entre las diferentes exigencias...’².

Es cierto que no resulta tan difícil enunciar los principios, o las orientaciones generales, o los criterios para la humanización del proceso. Sin embargo, como se trata no de meros conocimientos que respondan a una doctrina y, por ende, que puedan enunciarse, sin más, con enfoque determinado, – sino orientaciones que se refieren a la reglamentación del proceso, cada una de ellas *compromete* la actuación del jurista (teórica o práctico, legislador, juez o abogado) en torno a lo que luego deberá pasar a los procesos reales en que deben intervenir los hombres.

De ahí que aún aquel enunciado sea difícil. – Por lo demás, por tratarse de orientaciones de conducta, nunca puede obtenerse una absoluta precisión al respecto sino más bien, en la aludida *proporción*, en qué sentido debe inclinarse la balanza, *qué debe predominar*.

La formulación de la norma que aplique este criterio podrá ser, después, más

1. *Rosenberg*. o.cit., I, p. 371.

2. Laszlo *Névai* ‘Problema di riforma del processo civile in (‘Rivista di Diritto Processuale’ – Padua 1973, p. 87).

o menos acertada, pero aquí estamos en el plano del posible error o acierto del hombre.

En todo caso, a la doctrina incumbe señalar los criterios (cuáles y cómo aplicarlos) llegando lo más cerca posible de la norma y de la conducta que en ella se inspira. –

20. Criterios

a. Después de señalar el alcance del tema (I-A) y el concepto de la humanización del proceso, en cuanto instrumento humano jurídico (I, B y C), hemos considerado cómo la humanización debe realizarse según la consistencia, el modo de ser del proceso (II, A) y cuáles son los principales aspectos del mismo requeridos de humanización en su integración en funcionamiento (sujetos) y en su transcurso (tiempo procesal; conducta procesal; alejamiento de los protagonistas – II-B). Nos corresponde ahora señalar, brevemente, los principales criterios para la humanización de tales aspectos: *en qué* consiste la humanización (que se entiende que ha de realizarse) de los mismos y *cómo* ha de efectuarse (II-C), de acuerdo a las necesidades, posibilidades e ideales de nuestro tiempo (supra no. 11).

b. Debe además señalarse que tales criterios son fundamentales, en la medida en que puedan *inspirar e impulsar* (como los principios procesales) el modo de la conducta en el proceso. Reiteramos que tratándose de un problema de *realidad procesal*, la transformación vendrá más por el conocimiento doctrinario que pueda pasar a la legislación e inspire un *espíritu* más humano, de modo que así se actúe en el proceso.

21. Personalización

a. Este ler, criterio se refiere a los sujetos del proceso y puede proclamarse como fundamental, en el sentido de la humanización. – Se trata de hacer verdaderos protagonistas, es decir, actores del (actuantes en el) proceso, a los sujetos (hombres) que lo integran, – evitar el alejamiento de los interesados en el proceso, de su desenvolvimiento.

b. Aquí la principal dificultad a vencer es la tendencia a *delegar* en otros, la actuación en los caminos difíciles y molestos: apoderamiento de las partes y delegación del juez en sus funcionarios.

La primera se une a un sentido de tecnificación de la marcha del proceso y no es incompatible, siempre que, como se dijo y lo revela la investigación de *Cap-pelletti*¹, se admita la convocatoria de las partes para

a. su interrogación (*prueba*: las partes fueron *protagonistas* de los medios a que se refiere el proceso);

b. procurar la reconstrucción de los hechos en todo aquello en que las partes

1. Cfr. supra p. 259 n. 1.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

concuerdan ('asentimiento', '*aquiescencia*') e incluso;

c. la *solución convencional* del conflicto (deliberación y promoción de las soluciones justas, bajo la dirección del juez).

La humanización *consiste* en dar intervención directa y personal a quienes pueden – inmejorablemente – relatar los hechos transcurridos, confrontando (y superando) las disidencias al respecto y promoviendo soluciones que contemplen *todos* los *aspectos* del problema, como sólo *los interesados* en el caso, con la autoridad imparcial promotora de la justicia, pueden tomar en cuenta.

c. Con relación al Tribunal, personalizar significa tanto como '*judicializar*', vale decir imponer la actuación del *hombre-juez* y *no* su actuación a través del juez *delegado* del Colegio o, lo que es peor, del Tribunal por medio de funcionarios de la oficina.

22. *Tecnificación*

a. El segundo criterio, que debería ir unido al anterior (personalización – técnica o tecnificada) es el 'toque' actual a dar al primer elemento. El proceso es un instrumento artificial, técnico, elaborado por los pueblos a lo largo de una tradición milenaria; la ciencia que se ocupa de su estudio llega a la conclusión (pensamos) de que su mejoramiento (científico – técnico) conduce, en base a su naturaleza o consistencia (supra no. 12 y 13), a su humanización.

Vale decir que esto *no* es un agregado, un aditamento, sino que ambos elementos coinciden, por cuanto no puede realizarse humanamente una tarea técnica, sino de acuerdo con ésta y, por lo demás, la técnica ha de ser 'humana', apoyarse en la condición del hombre, para su desenvolvimiento eficaz (i.e. no se puede tratar al hombre como a la naturaleza, por ej.).

b. Pero en segundo lugar la ciencia y la técnica involucradas son las *jurídicas* (ciencia procesal) como predominantes: el proceso es el medio jurídico por antonomasia, para la aplicación del derecho en el caso concreto, cuando fracasa la espontánea (o la adecuada) aplicación.

c. Son claras las consecuencias, en nuestro concepto, aunque ello plantea difíciles problemas frente a tradiciones o, también, a 'mitos' contemporáneos.

Tecnificar jurídicamente a la parte es asegurarle – imponerle, pero facilitarle – la asistencia letrada, – venciendo las dificultades en los lugares donde no abundan los letrados (¿existen?) o, el mito de la 'libertad' en la defensa (asimilable al 'mito' de la curación por sí mismo en medicina).

Tecnificar jurídicamente al Tribunal supone un punto de vista que rechaza la tradicional 'popularidad' del jurado (menos corriente en el proceso civil que en el penal) y el moderno error de incluir en el Tribunal a los expertos en las cuestiones técnicas (militares, pedagogos, psicólogos, agrónomos, etc., según la materia.).

Significa también, dar preferencia a lo jurídico en todos los planos, incluso en la regulación de la prueba, evitando la imposición de la 'tecnocracia' en el momento del fallo judicial (libre apreciación de la prueba).

23. *Unificación de justicia y paz*

a. La humanización del proceso en su finalidad (los dos primeros criterios aluden a 'quienes', ahora hablaremos del '*para qué*' aquellos se re-únen), consiste básicamente, en acentuar el fin inmediato que explica (sociológica y psicológicamente) al proceso: evitar la mera imposición del más fuerte cuando hay diferencias u oposiciones entre los sujetos jurídicos, vale decir, establecer un instrumento de paz.

Pero no en el sentido (negativo) de mera supresión de la violencia, sino de establecer (positivamente) un modo adecuado para lograr la determinación y aplicación del derecho, es decir una 'armonía' y 'síntesis superadora' de los contrarios, una colaboración de los opuestos bajo la dirección de la autoridad imparcial.

La sola justicia 'presenta una cierta dureza, inflexibilidad (conforme: la balanza, la venda y la espada). Encara 'abstractamente' la relación humana; para poder realizarse al pasar de lo abstracto a lo concreto, mantiene aquella generalidad y, por ende, en alguna medida tiende a des-humanizarse, al alejarse de la personalidad humana individual'.¹

b. Todo lo que contribuye a aumentar la participación conjunta de las partes y el juez en el proceso, todo lo que ayude, en la dirección de éste, a subrayar los puntos de coincidencia y a procurar la solución común de las cuestiones, incluso de la fundamental, humaniza al proceso y a los hombres que en él actúen.

24. *Estructura dialogal y comunitaria*

a. Todo proceso tiene – como se dijo – una integración heterogénea (autoridad–parte) que en caso del proceso contencioso se hace más compleja por la oposición entre las partes que pretenden justicia.

La originalidad y el grado extremo de civilidad del proceso, radica en hacer una *síntesis humana* de tales diferencias y oposiciones, para lograr una tarea en común por el derecho del caso concreto.

En consecuencia, la humanización radica en acentuar la necesaria estructura dialogal del proceso, para que todos los sujetos participen realmente en el desarrollo progresivo del mismo y constituyan efectivamente una comunidad jurídica (sujetos jurídicos que colaboran en la determinación de la situación jurídica y de la solución de derecho que la misma plantea).

Para lo cual, desde el punto de vista práctico, el modo de actuar radica en la concentración de las actuaciones, que, técnicamente, se denomina el proceso que se desarrolle fundamentalmente, 'por *audiencias*', que significa un actuar *co-relativo* y (relativamente) *simultáneo*.²

1. *Gelsi* 'Ideas en torno a la justicia', no. 64.

2. 'El juez instructor (figura que no nos parece adecuada a la "personalización", como se dijo) que es siempre una misma persona durante todo el proceso, bajará de su estrado hacia los litigantes (sigue la autoridad, pero sin "majestuosidad" como se vio) y se sentará en la misma

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

b. Autoridad (del juez) y libertad (de las partes) se coordinan en la estructura comunitaria (en común) del proceso (conforme a los ideales de la época moderna) mutuamente delimitadas y condicionadas.

En el plano estrictamente técnico, esto significa que la autoridad no actúa en cualquier sentido, sino *para* el litigio propuesto por las partes (pero esto es un '*prius*', no alude al 'transcurso' procesal), de manera *fundada* (porque hoy no se admite sino la autoridad que demuestre su capacidad de servicio) en lo que se hace en el proceso, dirigiendo a las partes.

Estas, a su vez, actúan, *libre y responsablemente*, según el sistema de la *carga procesal*, que propone la conducta a seguir y las consecuencias favorables o desfavorables según la acción u omisión que le siga: posibilidad legal de actuar y responsabilidad como consecuencia de lo actuado, es decir, real manifestación de la libertad en el trámite del proceso civil.

Este alcance del sistema de la carga procesal no suele ponerse suficientemente de manifiesto, tal vez porque el problema de la libertad que más encandila es el de la libertad del imputado en el proceso penal. Sin embargo, si las consecuencias son claras y definidas, en cuanto al desarrollo del proceso, i.e., si no es indiferente actuar o no actuar, se tiene un modo de revelarse típico de la libertad jurídica como un poder reconocido por la ley, pero cuyo ejercicio también la ley sanciona, con las consecuencias adecuadas en la marcha del proceso (v.gr.: dar por auténtico el instrumento privado no-impugnado; tener por confeso al que no responde cuando es interpelado al efecto; no diligenciar la prueba ofrecida por quien no comparece a la audiencia; etc.).¹

25. *Sencillez, simplicidad en las formas (finalismo que templa al formalismo)*

La humanización del proceso en cuanto a las formas no puede perder de vista su finalidad de garantía y en esto mismo recibe su criterio orientador.

El legislador debe optar – en el plano de las garantías – por las formas más sencillas, más al alcance de la mayoría de la gente (del 'común' de los hombres): simplicidad, sencillez.

Debe – por igual razón – admitir desviaciones de las mismas, siempre que se obtenga el fin perseguido en el proceso (que siempre es, todo en él lo es, *común*) y no se vulneren derechos ajenos.

El ejemplo más claro es el acto de notificación ('notum facere'): si la parte se

mesa de ellos, para escuchar "*de plano et sine strepitu*" sus razones, y el debate será por esta persona viviente que dará sentido al procedimiento y *una cara a la justicia*' ('*Relazione al Re*', cit., no. 18 in fine).

1. 'La *libertad jurídica* queda excluida por la sujeción, es decir, por la necesidad de obedecer al mandato, no, en cambio, por la necesidad de obrar de un modo con preferencia a otro para el logro de un interés...' Hablo de *carga*, cuando el ejercicio de una facultad (i.e. 'la posibilidad de obrar en el campo de la libertad' es decir, 'cuando... el hombre obra como quiere') aparece como condición para obtener una determinada ventaja; por ello la carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés... un interés propio' (Carnelutti. 'Sistema...' no. 21 ap. c) y a).

entera de lo realizado y actúa en el proceso en consecuencia (desarrollo del proceso), no importa que no se hayan cumplido todas las formalidades al efecto: se logró el fin (hacer saber) y no se vulneró el derecho de las partes, pues el interesado puede actuar, en la oportunidad debida, en el proceso.

26. *Simultaneidad, tiempo 'útil' y abreviado*

Si del cómo (no. 25) pasamos al cuándo, el tiempo procesal según lo ve nuestra época, preocupada por el hacer en tiempo, es decir por la eficacia y la oportunidad, – la humanización del tiempo procesal deberá significar, en primer término, la máxima posible simultaneidad de las actuaciones de los sujetos, reaccionando contra el trámite de las sucesivas actuaciones singulares, – porque ello responde a la integración plural subjetiva del proceso y a la unidad del mismo (quehacer *en común* y común a todos).

En segundo término, señala la orientación de no admitir en el proceso sino el tiempo realmente útil para los fines que en él se proponen, eliminando todos los actos innecesarios, en especial todos los que sólo responden a una exagerada preocupación documental (el expediente, los autos).

En tercer lugar, procurar la abreviación del tiempo total externo insumido por el proceso (desde su comienzo hasta su extinción por aplicación de lo decidido). – lo cual desde el punto de vista práctico no se logra sino con un mayor número de jueces y una máxima concentración de las actuaciones.

III. Aplicación

27. *Aplicación de los criterios a los sub-temas del Congreso*

De lo expuesto hasta ahora resulta que un estudio de la aplicación de la noción de humanización del proceso, no puede realizarse separadamente de los restantes temas del Congreso, más bien creemos (y es lo que haremos a continuación) que lo que nos corresponde es indicar, con relación a cada uno, la orientación que reputamos humanizadora del mismo.

De ahí igualmente que no se realice aquí una indicación de relaciones de diferentes países, sino indicaciones relativas a orientaciones generales que encontrarán su confirmación en las relaciones particulares para cada uno de los restantes temas (que sólo conoceremos en el Congreso y que entendemos no estar habilitados para requerir así, genéricamente, al no existir un consenso previo sobre el tema en sí).

Por lo demás, estos criterios sobre humanización, suponen un enfoque o punto de vista sobre el hombre, y el modo de promover su mejoramiento (en sí y en sus relaciones personales) y por ende, en el proceso mismo, – que puede variar según las concepciones que del hombre se tengan.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

Sin realizar un desarrollo al respecto (que no correspondería)¹, queremos puntualizar que tal enfoque supone por nuestra parte, tomar en cuenta los siguientes aspectos en la relación hombre – proceso civil, para la humanización de éste:

(a) Se ha de considerar el hombre común y concreto, que es el que ‘padece’ el proceso, para permitir su máxima intervención en él.

(b) Su actuación en el proceso implica una relación inter-personal, que supone comunicación y actuación conjunta (comunidad, equipo de trabajo).

(c) La actuación ha de ser con amplio reconocimiento de la libertad y de la responsabilidad consecuente (carga procesal y regla moral en el proceso) y también, con actuación co-protagónica del juez (autoridad imparcial que procura la justicia a través de la consagración de la ‘justa situación’ de la parte que corresponda).

28. Ordenación de los sub-temas sobre humanización

a. Al considerar la ‘orientación’ (II) de la humanización del proceso señalamos cómo ésta aludía a:

– quiénes (sujetos), actúan en él para requerir su personalización sin perjuicio de la tecnificación jurídica requerida;

– para que (valores jurídicos tradicionales), en lo cual la paz y la justicia conectadas intimamente y perseguidas conscientemente por las partes bajo la dirección, así orientada, del juez, contribuían decisivamente a la humanización;

– qué (qué realiza): una estructura dialógica y comunitaria, flexiblemente desarrollada, con la máxima concentración;

– cómo (actos concretos verificados): orientación de simplicidad y finalidad lograda;

– cuándo: simultáneamente, utilizando el tiempo adecuadamente y abreviándolo a la medida de los hombres que en él actúan.

b. Siguiendo esta orientación nos permitimos considerar, ahora, los temas del Congreso (que en rigor todos corresponden al lo.: Principios Generales del Proceso) acerca de su humanización (Tema 6):

A. (Sujetos – Partes). El M.P. (en defecto o en asistencia de las partes y aún del juez). (Tema 11).

B. (Sujetos). El juez.

1. Juristas y para-profesionales. (Tema 12).

2. Selección, nombramiento y número de jueces. (Tema 10).

3. Misión y poderes del juez. (Tema 9).

C. (Sujetos). La asistencia judicial.

1. Derecho Procesal Internacional. (Tema 2).

2. La asistencia judicial en el Derecho Interno. (Tema 5).

1. Nos remitimos a lo expuesto en *Gelsi* ‘Cuestiones de Cultura y Enseñanza’ (Montevideo, 1974), especialmente cap. I (Necesidad actual de la filosofía); II (el hombre concreto); III (derechos humanos); IV (justicia y otros valores); XVII (educación, enseñanza e investigación del Derecho Procesal).

D. El Proceso.

1. La Presentación de Pruebas en el proceso. (Tema 3).
2. Doble instancia (Tema 4).
3. La aceleración del proceso. (Tema 7) y
4. Small claim courts. (Tema 8).
5. Principios fundamentales del Derecho Procesal Civil. (Tema 1).

A. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL (TEMA 11)

29. *La intervención y sus problemas*

En la intervención del M.P. en el proceso civil puede abrirse un camino que (como ocurre en general, en lo humano y, en especial en todo lo racional) es bivalente, hacia la humanización o deshumanización del proceso.

El riesgo radica en la burocratización¹ y en la consideración abstracta de los problemas humanos como ‘casos’ de Titius y Cajus y no de hombres concretos²; el número de asuntos y el alejamiento de los Magistrados, de los hechos acontecidos – (esto de manera particular en el problema de la prueba, en el cual quienes han intervenido en los hechos son fuentes insuperables de conocimiento) – lleva, más o menos inevitablemente, en ese sentido.

El mejor conocimiento de los hechos y el interés directo en la dilucidación de los problemas emergentes, – conduce (siempre en el plano de la humanización del proceso) en nuestro concepto, a la limitación de la intervención del M.P. en el proceso civil. Son las partes sustanciales o materiales (que actuaron en la realidad que es necesario disciplinar) las que están en mejores condiciones para lograr que la misma se refleje en el proceso y que éste se conduzca adecuadamente hacia la solución del problema planteado; por ende, las que pueden asumir, mejor, el papel protagónico de litigantes en el proceso (partes formales o procesales, o adjetivas).

La consideración del objeto del proceso como ‘casus juris’ por parte del M.P. (generalmente, por su escasa posibilidad de insertarse en la realidad pasada, que

1. Al estudiar el ‘*Proceso y (la) época de cambio*’ (Gelsi, o.cit. sep. Rev. Estudios Procesales, Rosario – Rep. Argentina, nro. 19, marzo 1974, nro. 36), señalamos que ‘la progresiva burocratización’ es ‘uno de los aspectos que más inciden en la *inadaptación* de los Tribunales a las condiciones cambiantes de la época’.

2. En el estudio de ‘*Crisis y afirmación de los derechos humanos*’ (Gelsi, o.cit. en ‘Cuestiones de Cultura y Enseñanza’, Montevideo 1974, cap. 3, nro. 30–31; también en ‘Revista de la Facultad de Derecho de México’ UNAM, tomo 22, nro. 85, enero-junio 1972, p. 153–71) indicamos ‘*el juego sutil de lo abstracto y lo concreto* que debe darse, para que puedan establecerse los derechos con efectiva vigencia en la vida humana’.

En términos jurídicos, esto significa, fundamentalmente, generalidad en la ley (universalidad de la solución) e individualización en el plano de la justicia.

Así, ‘cuando se habla de igualdad entre los hombres, hay que colocarse en el plano de la generalidad; cuando se mencionan los derechos de *esta persona*, es menester referirse, para que sean *efectivos*, a los aspectos de la singularidad (nro. 39).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

ignora y que debe reconstruir, para reflejarla después, en el proceso) *reconduce lo singular a lo genérico*, la situación del hombre concreto, al concepto de aquélla y de éste (la ‘humanitas’, inexistente si no se da en concreto).

30. *El M.P. como asesor, o asistente o colaborador jurídico del juez*

En el Derecho de la R.O. del Uruguay, por ejemplo, en materia contencioso-administrativa, el *Procurador del Estado en lo C.A.* debe ser oído antes de todo fallo; lo propio ocurre ante la Corte de Justicia, en los asuntos de competencia privativa, en cuanto al *Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación*. (Constitución art. 315 y Ley 3246 – Organización de la Corte – de 28.X.1907, art. 11).

El M.P. ha de ser oído, además, en todas las causas en que se estime comprometido el interés general y en las expresamente indicadas por la Ley.

Esta actuación auxiliar del M.P. difícilmente puede contribuir a humanizar (en el sentido indicado, ap. I) el proceso.

Se trata de una actuación de ‘asistencia inter-orgánica’, con la cual el M.P. presta al Juez su colaboración en el estudio del problema jurídico planteado en el proceso; la significación del mismo se coloca en el plano de su tecnicismo (derivado de la especialización y la experiencia) y de su imparcialidad (está al margen del conflicto).

En todo caso, es una colaboración para una mejor justicia, pero no para la humanización del proceso como tal.

31. *El M.P. como parte principal*

En esta última dirección en cambio, puede encontrarse la atribución de la titularidad del ejercicio de la acción, sea asumiendo el enfoque del demandado o, más frecuentemente, del actor o del tercero.

a. Por ejemplo, para ejercer acciones cuyos titulares no están en condiciones de edad, de salud o de mero-conocimiento, para desempeñarse por sí – como pueden ser algunas relativas a la pérdida de patria potestad.¹

b. O, si se trata, justamente de la humanización del proceso, por la intervención de quien, no estando involucrado en el conflicto, puede encararlo con más serenidad y velar por intereses de la comunidad y de los propios interesados a quienes la pasión no permite calibrar, con serenidad, su verdadera situación en el caso.

V.gr. intervención del M.P., como ‘*tertia pars*’, en los juicios de divorcio y separación de cuerpos.

Sin perjuicio de la actuación del juez, se quiere que, además de las partes en conflicto (y, personalmente, ‘conflictuadas’), intervenga otra parte, que promue-

1. V. *Gelsi* ‘Enfoque procesal de la familia’. ‘La *sociedad* que sería la parte actora, en el conflicto, actuaría *representada por el M.P.* o bien (si se acuerda a éste una intervención necesaria en el proceso como auxiliar del juez) un funcionario especial, Defensor de Menores u otro, se ocuparía del ejercicio de la acción’ (n. 17).

ve el interés general, en cuanto su consagración *pasa* a través de la consagración del interés de alguna de las partes; el M.P. coloca su punto de vista en apoyo de la parte (en sentido estricto, sustancial, y en el conflicto, principal) por razones diversas y separadamente, por ende.

El M.P. no coadyuva con la parte, formando una sola con ésta, sino que, desde su punto de vista imparcial¹, como si fuera el juez, pero actuando ante éste como otra parte, se pronuncia en alguno de los sentidos que importan en el proceso y puede realizar todas las diversas actividades procesales que corresponden al litigante como tal.

El interés general que promueve siempre el M.P., tendrá que coincidir (dejando de lado los problemas estrictamente procesales, v.gr. validez o nulidad de lo actuado) con el de alguno de los litigantes (corresponde o no decretar el divorcio) pero no es el interés de ese litigante el que mueve al M.P. sino el de la justicia, o el social o general que en el proceso – concreción de la justicia, – tendrá que coincidir con el de alguna de las partes, por la naturaleza misma de las cosas.

En el caso, la atribución del mencionado ejercicio al M.P. se da en el sentido que señala la convocatoria: hacer que ‘todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos’.

En el caso, en cambio, nos encontramos directamente en el campo de la humanización del proceso: esta ‘parte imparcial’ interviene *también* con esa finalidad, procurando que, a pesar de la tensión que provocan estos conflictos, los mismos se mantengan en el plano de civilidad y racionalidad adecuados y se procure la solución más acorde con tales finalidades.

c. En otras situaciones, se procede como en materia penal en diferentes países, sustrayendo directamente a las partes el ejercicio de la acción, para evitar que la pasión descontrolada o el interés meramente económico, impulsen procesos de dolorosas consecuencias personales.

Es lo que ocurre en el proceso de incapacidad en los regímenes que reservan al M.P. el ejercicio de la acción, en base, naturalmente, a la denuncia que los parientes, las autoridades sanitarias o incluso ‘quives et de populi’, pueden presentar ante aquél.

También aquí, aunque con la finalidad de dar más seriedad y procurar más verdad en la determinación de los hechos (y por ende, en relación al *objeto* del proceso, que siempre está dominado en sus líneas básicas por el Derecho Sustantivo), se tiene como consecuencia, una humanización del proceso en el sentido de promoción de la parte mejor del hombre.

Del mismo modo que el M.P. en el proceso penal evita la intervención del espíritu de venganza, sustituyéndolo por el espíritu de justicia, – este último y la

1. ‘Tal vez uno de los elementos más notables a señalar, es la constante posibilidad de intervención de la “parte imparcial” que es el M.P.’ (ibid, loc. cit. nota anterior, c). Más aún que en el proceso penal, en el que corresponde en el caso (c) del texto, es decir, cuando el M.P. es el único titular del ejercicio de la acción, – aquí puede hablarse de esta parte (tercero) imparcial, a pesar de lo absurdo de tal calificación según Foschini (‘Retocesos inquisitivo’, en ‘Cuadernos’ del Instituto de D. Procesal Penal, 1963, Córdoba R. Argentina, p. 59–60).

promoción del interés del insano, son los que están presentes en la actuación del M.P. en el juicio de incapacidad, evitando el impulso del interés del denunciante (razones económicas o de antipatías familiares, etc.).

El M.P. es 'parte – im-parcial', por cuanto:

(1) No integra el conflicto, no participa de él – no es parte del mismo, no está su interés en juego, que no se va a sacrificar según sea la consecuencia del proceso (*no es parte 'sustancial'*).

(2) Pero actúa en el *plano (procesal)* de las partes, es una parte más, a quien corresponde, como a toda parte, fundamentalmente, pretender que la potestad jurisdiccional se ejerza en el sentido que la misma lo requiere.

(3) Su interés coincide con el del Juez, es el interés social o general o de la justicia, como principio, aunque, como el del juez, para su consagración, requiere la del interés de alguna de las partes. De otro modo: la parte (sustantiva) promueve su propio interés, que dice coincidir con el de la justicia; la parte – M.P. procura éste e investiga si y con cuál de los intereses en juego en el proceso, coincide en definitiva.

d. En los últimos decenios se ha abierto camino una tendencia importante a dar mayor ingerencia al M.P. en el proceso público, recogiendo la preocupación del Estado por lo que en él ocurre, en cuanto es el instrumento fundamental para obtener el 'funcionamiento' del sistema jurídico en los casos concretos en que se penaliza o fracasa.

El Estado parece entender que no basta con establecer los Tribunales para 'decir el derecho' sino que a él le corresponde, igualmente promover el 'dictum' cuando los interesados no lo hacen o lo realizan defectuosamente.

En tal sentido, es clara la orientación del Derecho Procesal Civil Soviético; al M.P. le incumbe, según la Constitución de la URSS (a. 113) 'El control supremo del cumplimiento exacto de las leyes'. 'A fin ejercer la alta inspección de la legalidad en el proceso civil', el 'Fiscal ejerce sus poderes en el procedimiento judicial independientemente de cualquier órgano y funcionario subordinándose sólo a la ley'; participa en el proceso 'en la vista de litigios civiles en audiencias judiciales y presentan conclusiones... interponen demandas'. 'Por su situación procesal el Fiscal se distingue tanto del Tribunal como de las partes'.¹ Soluciones similares, pero acordes con las peculiaridades del Derecho de cada país, se dan también en las zonas del 'Common law' y en Escandinavia ('Ombudsman').

32. M.P. y humanización del proceso

No nos corresponde estudiar estas fórmulas, que son objeto de relación general y de las especiales de diferentes países², pero sí procede decir una palabra desde el

1. 'Derecho Procesal Civil Soviético', ed. Instituto de Investigaciones jurídicas, México 1971, M. A. Gurvich, p. 112.

2. V. la Relación General de Enrique Vescovi. Del mismo 'El M. P. y la tutela de los intereses difusos en el proceso civil' ('Revista Uruguaya de D. Procesal' 1976 – no. 2, p. 69–88 y la formulada por M. Cappelletti al 90. Congreso de la Academia Internacional de D. Comparado

punto de vista de la humanización del proceso, – tal como se ha indicado supra (I y II) y se anticipara en el no. 29.

Primero – Cuando se trata de intereses que tienen su propio titular en el proceso, la solución humanizadora radica en facilitar su intervención con la máxima posibilidad de una asistencia letrada libremente elegida y adecuada, – con lo cual se conjugan la relación (y prueba) de los hechos, junto con el estudio especializado del problema jurídico desde ángulos contrapuestos.

No debe olvidarse que uno de los aspectos fundamentales de la realización del proceso conforme a su naturaleza y de manera humanizada, es la ‘conjunción’, la unión de los sujetos procesales en la realización de la prueba y que sólo puede haber una directa contribución de las partes al respecto cuando actúan en el proceso quienes fueron protagonistas de los hechos que importan a su objeto.¹

El M.P. como tal, no puede ser ‘autor’ de un medio de prueba, aunque pueda proponer otros. Pero sí se reconoce al juez la iniciativa probatoria, este aspecto quedaría cubierto; el problema jurídico planteado por ambas partes será, en definitiva, asumido, en síntesis, por el juez. – De manera que sólo si se insiste en el juez espectador, director, podría ser necesaria la actuación del M.P. en el sistema de la prueba.

Segundo – Podrá haber humanización en el sentido de efectiva representación de todo interesado en juicio, cuando se trata de personas (hombres) que no pueden actuar por sí; o de intereses públicos (según la tradicional orientación); o de los hoy llamados intereses ‘difusos’ o de grupos sociales no personalizados (v.gr.: consumidores; pasivos, si no tienen asociaciones representativas), etc.

Aquí dándole, tal vez mayor significación o amplitud (pero, en realidad, tomando en cuenta el alcance que en la época actual se da a interés social o general) se ‘personaliza’ en el M.P. un interés que es de muchos pero que no se han organizado al efecto.

Sin perjuicio de admitir, paralelamente la ‘*actio popularis*’ de ‘quives et de populi’, (este consumidor) con laventaja en este caso, de concretar, ejemplificar, el interés de todos que es tal, en la medida en que *realmente* se verifica, solución de la experiencia jurisprudencial de U.S.A. que permite ‘humanizar’ más el proceso, aunque, naturalmente se dará en menos casos, la posibilidad de su ejercicio efectivo.

(Teherán 1974) ‘Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation’ (Milán 1975) – cit. por ant.

1. Así lo expone, muy adecuadamente, M. *Cappelletti* en el cit. ‘La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità’. Así por ej. señala que la oralidad no debe quedar separada de la inmediatez, especialmente en su sentido más moderno y en su más íntimo significado, o sea el de ‘liberar el pensamiento del apriorismo formal, de confiarse a la fuerza concreta de la observación y, por tanto, a la concreción del juicio... rechazando el sistema abstracto ... de la prueba legal’ (II p. 609): de ahí su insistencia sobre el libre interrogatorio de la parte, como medio de prueba (*passim*).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

B. LOS JUECES

33. *Los jueces y la humanización del proceso*

Como se dijo, la humanización del proceso abarea, ante todo a los sujetos que en él intervienen, procurando que sean los hombres en él involucrados, vale decir, los que tienen que proponer el problema y resolverlo, quienes directamente actúan en el proceso y, en lo posible, no lo hagan por interpuesta persona.

Resulta necesario, pues 'revelar', 'des-velar' a los hombres del proceso, entre sí y con respecto a la sociedad a la cual sirven.

De acuerdo con las necesidades y las posibilidades de nuestra época, ¿cómo será el juez más humanizado, más conforme al hombre del proceso de hoy?

¿De qué manera esto influye en las condiciones requeridas para ser juez y en la misión y en los poderes que han de reconocerse al juez en el proceso, por cuanto 'de re sua agitur'?

34. – 1. *Juristas y 'para-profesionales' (Tema no. 12)*

a. El tema no. 12 plantea una 'quaestio' que aparece frecuentemente en las épocas de crisis (i.e. de profundas transformaciones como la presente, particularmente en cuanto – como dice la Convocatoria – nos encontramos ante una sociedad cada vez más compleja.

b. Curiosamente, en este caso, parece que la conveniencia (y aún exigencia) de acudir, en vez de a los juristas, a los 'para-profesionales', proviene de orientaciones completamente diferentes y aún opuestas.

Por una parte se daría algo así como nostalgia por el tiempo pasado, una pretensión de 'volver a las fuentes' una insistencia por el simple criterio del hombre común, la sensatez que no requeriría mayores conocimientos jurídicos para ejercitarse.

Este 'retorno al pasado', por lo demás, puede apoyarse en el que sobrevive en los países (especialmente anglo-sajones, pero también de otras corrientes jurídicas) en que se mantiene la institución del Jurado Popular:

síntesis de las reglas del 'juicio por los pares' y de la intervención del Pueblo en el dictado de la justicia (como en las antiguas asambleas de Grecia y Germania) y que hoy representa;

en 3er. lugar – la expresión del sentido común, del 'uomo qualunque', del 'quives et de populi';

manifestando, en 4º. término, la concreción de una centenaria tradición en ciertos pueblos y su acogida en otros basándose en el prestigio y la autoridad de los primeros.

Pero si bien en los países anglo-sajones tiene actualmente menos importancia (en volumen) el jurado en materia civil (la mantiene y también en otros países occidentales, asiáticos, africanos o ibero-americanos, en materia penal (42) la institución, como justicia Popular, de intervención del pueblo en su propia ad-

ministración, tiene importancia en los países del área socialista, comenzando por la URSS misma.

Cabe señalar que en ambos casos se unen a las razones tradicionales y de 'popularización' de la justicia, razones incluso políticas, referidas a la democracia en su caso, a la legalidad socialista, en el otro.^{1,2}

c. Por otra parte, la característica científicotécnica de nuestra época, tiende a hacer valer, frente al jurista a quien corresponde – en principio – la calidad de juez, – otras condiciones que se señalarían como más adecuadas para resolver cuestiones que, por su especialidad (en particular si supone el uso de técnicas modernas) y por su novedad, – parecerían requerir un personal que mirara los temas con conocimientos no-jurídicos y con enfoques diversos de los corrientes.

Es lo que lleva a algunos a preferir técnicos para juzgar en problemas comerciales, o laborales, o agrarios, o penales – militares, o psico-pedagógicos (problemas de menores, especialmente).³

35. Humanización y jueces para-profesionales

Nos permitimos pensar que ninguna de las tendencias señaladas pueden conducir a la humanización del proceso.

a. Si bien el 'retorno a las fuentes' suele ser fecundo en Filosofía para encarar la 'primer mirada de asombro' sobre los temas eternos, o en Religión para volver al mensaje inicial, – cuando se trata de la conducta humana en sociedad y de los institutos que consagra para la mejor convivencia, – hay que recordar que el hombre es un ser histórico y que, por ende, han de tenerse en cuenta los cambios que cada etapa le proporciona.

El mero sentido común sin preparación jurídica, en una época en que el Derecho ha avanzado tanto y tantas personas lo conocen y saben aplicarlo justamente para juzgar de la solución *legal* de un problema *concreto* no puede justificarse. No

1. Sobre los jurados en U.S.A. ver las o.cit. de *Sereni* y de *Lewis Mayers* 'El sistema legal de los E.E.U.U.' (ad. Bibliográfica Argentina, ed. 1958) p. 368 y sigs.

2. Sobre los jurados y Tribunales populares y asesores populares en U.R.S.S., v. '*Derecho Procesal Civil Soviético*' (ed. del Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, 1971, cit.), p. 28-30; p. 33 – participación de los asesores populares en la tramitación de los tribunales de la instancia – p. 77-79 'Tribunales de Camaradas'; – '*Bases de la legislación civil y del procedimiento judicial civil soviéticos*. Texto oficial y comentarios' (ed. en Lengua extranjera – Moscú). Título I – art. 8. (p. 133 y sigs.).

3. Sobre este problema, ver *Viktorio Denti* 'Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la solicitud de apreciación del juzgador' (Ponencia General al 5º. Congreso Internacional de D. Procesal – México 1972, en 'Revista de D. Procesal Ibero-Americana' 1972, no. 2-3, p. 277 y sigs.); – B. *Blagojevic* 'Gli aspetti politici della partecipazione dei laici all'esercizio della giurisdizione' (en 'Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei – II, p. 149 y sigs., en especial p. 156-59); – para *Calamandrei* ('Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità' en 'Studi sul processo civile', II, p. 1-55) tales jurisdicciones son 'un fenómeno temporal propio de aquellos periodos de transición en los que la sociedad' oscila entre viejos y nuevos principios; tales jurisdicciones se sustituyen transitoriamente al legislador, en nombre de la equidad, para preparar su obra futura (nro. 12).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

parece lógico prescindir de aquello mismo que se necesita, cuando está a nuestro alcance.

b. En cuanto a la importancia de la ciencia y la técnica en nuestra época, no se puede dudar de que también el Derecho es Ciencia, que ha experimentado un muy sensible desarrollo y es de directa aplicación en la organización de las relaciones inter-personales en sociedad (técnicas), – por lo cual no cabe – en lo que le es propio – sustituirla.

Justamente, en continuar exigiendo la *presencia del jurista como defensor* y como *juez*, radica uno de los factores que, actuando en los sujetos del proceso, culminan en la humanización de éste, por cuanto el Derecho es Ciencia del hombre o ciencia humana, o ciencia de la conducta humana y existe humanismo insito en el sistema y en la aplicación del Derecho.

c. Por lo demás, se suele confundir la misión propia del Juez – (inquirir la realidad *con* las partes; *con* ellas buscar el Derecho aplicable, *decidir* la cuestión planteada; *aplicarla* al caso concreto, haciéndola pasar directamente a la realidad), – con la del perito.

Este en base a las ciencias y técnicas en las que es idóneo, allega al proceso los medios o elementos de conocimiento necesarios para juzgar y decidir más adecuadamente, – pero no le corresponde (en principio, ni aún en forma limitada), juzgar definitivamente, ni, menos, decidir la cuestión planteada.¹

36. – 2. Selección, nombramiento y número de Jueces (Tema no. 10)

a. ¿En qué medida la humanización del proceso puede depender – específicamente – de este punto?

Obviamente este es uno de los problemas básicos de las garantías procesales, i.e., del *debido* proceso. Se trata de asegurarlo a través de:

– Adecuado *número* de jueces: – la posibilidad de que atiendan – y en el tiempo debido, – todos los procesos que se planteen. Problema práctico de suma trascendencia.

– Régimen de *selección, nombramiento* (y *ascenso*):

la existencia de los mejores jueces posibles, con las mejores condiciones humanas que se puedan hallar (objetivamente);

(subjétivamente), para el juez garantizar la situación en que se encuentra (garantías al ‘garantizador’ de los derechos);

con lo cual a su vez, se asegura a las partes en el proceso, que el juez tendrá la tranquilidad espiritual (la ‘*pacatezza d’animo*’) que es la base de aquello ‘en que *consiste*’ el ser juez: la *imparcialidad*.

1. Nuestro punto de vista opuesto a estas – de hecho – sustituciones del *juez – jurista* por el *árbitro* (y aún el *perito – decisor*) – *técnico* en *Gelsi*: ‘Pericia científica y libre apreciación de la prueba. (Rev. de Estudios Procesales – Rosario. R. Argentina, marzo 1975 – separata). – Sobre esta tendencia en D. Agrario, Alberto *Germanò* ‘Il processo agrario’ (Giuffrè 1973) y *Gelsi* ‘La justicia agraria en Uruguay’ (Riv. Diritto Agrario, enero – julio 1964, año 43, fasc. 1–2 nro. 11); – en Derecho de Familia, *Gelsi* ‘Enfoque procesal de la familia’ (1958 – ap. V, no. 16 B).

Se advierte cómo los dos aspectos del tema de la organización judicial se complementan mutuamente. Cuando se habla de imparcialidad, nos referimos al órgano, pero el propio concepto nos indica que se trata de una calidad del hombre, es decir del 'agente' o 'soporte' del órgano y, por ende, que no puede alcanzarse aquélla para el órgano, si el agente carece de la misma.¹

Por tanto, de hecho (pero la *realidad* es lo que importa en Derecho y particularmente en D. Procesal) este punto más que a la humanización del proceso, *se refiere al proceso mismo*. Si no hay juez imparcial, seguramente imparcial, objetiva (porque las instituciones deben 'ser' – y – 'parecerlo') y subjetivamente, no hay proceso, porque falta uno de sus elementos fundamentales, dado que el juez parcial, 'tanquam non esset'.

b. Toda mejora en la solución de este problema, ayuda a lograr un mejor proceso. Sin embargo, puedes hacerse alguna indicación en este punto, con respecto al tema que desarrollamos.

Primera, que hace falta introducir en el plano judicial, para la selección de los jueces el elemento *psicológico* a añadir (y como fundamental) a los aspectos moral e intelectual que son los que más se toman en cuenta; este último, especialmente por la influencia del racionalismo en la organización de las profesiones y oficios.

Aludimos a las condiciones o aptitudes del sujeto – candidato al cargo del juez, entre las cuales, particularmente, su vivencia vocacional y el modo como en ésta se incluye la inclinación por la magistratura.²

Esto es humanización del proceso, se procuran jueces '*más humanos*', en cuanto se toman en cuenta *todas* sus condiciones y no sólo las intelectuales, un hombre en *funcionamiento* (cumpliendo, llevando a cabo su vocación), además de tratarse de un hombre en mejor situación para ser juez, en cuanto tiene la inclinación y el conjunto de aptitudes requeridas para ello.

c. Una segunda precisión alude al nombramiento y a la selección.

Cuando se trata del juez oficial, se procura evitar la designación del juez '*ex-post-facto*' como una garantía frente al poder público y también (en cuanto a la relación juezpartes) como un medio de evitar la concentración excesiva de asuntos en un mismo Tribunal (principio de división del trabajo). – En cierta medida se trata de evitar el preconocimiento de la orientación del juez, manteniendo la '*relativa sorpresa*' de su fallo.

1. V. *Solus – Perrot* 'Droit judiciaire privé'. Tomo I. 'Introduction' y IIa. Parte 'L'organisation judiciaire' – cap. I score Principios generales; – *Gelsi* 'Cuestiones de la Organización Procesal' (1977), especialmente Parte 3a. (C) sobre 'Estatuto de agentes judiciales', cap. 19 – carrera judicial; – 20, responsabilidad, – 21, Independencia judicial y poder disciplinario (y las citas de doctrina en la misma indicada); *Cappelletti – Perillo*, o.cit. cap. 3; *Guasp* 'Derecho Procesal Civil', p. 109–174.

2. V. el cap. '*La vocación*' en *Gelsi* 'Cuestiones de cultura y enseñanza' (Montevideo 1974, cap. 5) y el cap. 23 sobre '*Orientación profesional judicial especializada y enseñanza*'. – De paso, como lo ha indicado el Centro Internacional de Investigaciones, que dirige Renato *Treves*, si puede encararse al Tribunal como una '*empresa*', en éstas lo corriente, actual, es en el sentido de que la selección del personal sea precedida de un estudio psicológico del candidato, para apreciar sus condiciones *personales* (humanas) para el desempeño del cargo.

Pero la teoría del '*juez natural*'¹ que significó primero, el juez que corresponde en la tribu, la ciudad o el lugar y, luego, el juicio por los pares (en la concepción medioeval), en la época moderna sólo significa el juez que legalmente corresponde.

El juez oficial se caracteriza desde ese punto de vista, como juez permanente para cuya determinación predomina lo abstracto, lo genérico, la constitución *previa* al juicio, como ocurre con todos los 'servicios' (latissimo sensu) del ordenamiento jurídico estatal.

Parece que un elemento de 'humanización' del proceso (que consiste en lo esencial en la 'personalización' de los sujetos del mismo y en favorecer la comunicación entre ellos) puede encontrarse en la 'via de escape' del *arbitraje*, con la posibilidad de *seleccionar al hombre concreto* que quieren las partes como juez 'natural' o propio de ellos, para una determinada situación que se les ha planteado.

Allí las características peculiares de este hombre (su saber, pero también su honestidad, su natural imparcialidad, su aptitud para conciliar, etc.) podrían ser tomadas en cuenta, de una manera que no pueda concurrir cuando del juez oficial se trata.

El arbitraje, '*avant – coureur*', adelantado, de la justicia oficial, se mantiene junto a ésta, no sólo para compartir sus trabajos, sino también para suplir sus carencias, algunas superables y prácticamente insuperables otras.

Entre estas últimas se encuentra la que mencionamos: posibilidad de *seleccionar, por las partes*, el juez que entienden más adecuado al caso concreto; pues la división del trabajo entre los órganos de la justicia sólo admite un limitado uso de esta actividad selectiva, mediante la prórroga de competencia.²

37. – 3. Misión y poderes (Tema no. 9)

a. El impulso científico en Derecho Procesal (Civil: aquí nació y se extendió al resto del proceso) estuvo estrictamente unido a la elaboración y desenvolvimiento del derecho de acción y a las distinciones entre '*actio*' y '*anspruch*' en la doctrina germana del s. XIX, como '*derecho – instrumento*' fundamental para lograr la eficaz consagración de los derechos sustantivos.

Naturalmente que ese estadio habría de llevar, necesariamente, a la investigación sobre el proceso, por cuanto un derecho no es nada si no se ejerce y el derecho de acción está estrictamente reglamentado en su ejercicio (sede – oportunidad – etapas de desarrollo – etc.) que sólo puede desenvolverse en el proceso.

Este es uno de los caracteres del derecho de acción, su extrema juridicidad (reglamentación legal) y específicamente su total 'procesalidad'; la acción no es,

1. Ver una reciente referencia al '*juez natural*', pero con un sentido 'moderno' del juez 'que corresponde', según la Ley, en J. Clariá Olmedo 'Juicio oral en el Proceso Moderno' (ed. Viedma, R. Argentina, p. 7, con referencia al proceso penal).

2. Sobre *prórroga de competencia*, v. obra cit. supra p. 255, nota 3; en Gelsi 'Cuestiones de la Organización Procesal' cap. 4; – E. E. Tarigo 'Estudios sobre el Código de Organización de los Tribunales', pág. 45–49.

no se ‘manifiesta’ – (y la manifestación es esencial al derecho, de ahí su vertiente ‘social’) – sino *en* el proceso, *para* lograrlo y para obtener su consagración en él.¹

Porque, además, el derecho de acción no obtiene su directa satisfacción por sí, no es una ‘auto’ sino ‘hetero-garantía, del titular del derecho alegado (al revés del derecho de retención), – ni una garantía ‘directa’ (idem), sino una *indirecta* garantía, lograda, *a través* del proceso – actividades varias de diferentes sujetos conjugados – por la decisión que *en* el proceso y, como consecuencia de lo que *en él se hace*, pronuncia el juez.

Esto significa que el condicionamiento es recíproco (acción – jurisdicción) y que esta potestad pública, la jurisdicción, tiene también la particularidad de sólo poder ejercerse en el proceso.

En el plano científico, pues, resulta lógico que el acento se ponga hoy en el *proceso* como tal y que de ahí se parta, por cuanto las ciencias del Derecho son ciencias humanas y, por tanto, de la realidad (humana) ordenada u orientada según reglas inspiradas en valores fundamentales.

Sea cual fuere el enfoque, v.gr. la potestad (jurídica) o los poderes (acción), o las múltiples actividades que se realizan o los actos que se cumplen, – siempre resulta indispensable que todo ello se enfoque ‘sub specie processus’, sin el cual ni aquéllas podrán ejercerse, ni efectuarse las actividades, ni tener, unas u otras, ni los actos, sentido jurídico.²

b. ¿En qué consistirá, en este problema (misión y poderes del juez) el sentido de la humanización del proceso?

Todo lo que tenga que ver con realizar mejor, la actuación de los sujetos procesales – ingresa en el tema de la humanización procesal (v. supra I); en cierta medida se confunde con él o con su aspecto esencial (ibid.).

c. Puestos, sin embargo, en el camino de la distinción a que obliga el programa

1. Con un sentido algo diverso del original, entendemos que puede sostenerse que ‘el derecho de acción está destinado a concluir, mediante el cumplimiento de la prestación jurisdiccional’ (Rocco ‘L’autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi’, I p. 357). – Si consideramos a la acción como ‘poder jurídico’ del hombre ‘in genere’ (cfr. Dante *Barrios de Angelis* ‘La acción como derecho humano’, a publicarse en ‘Rev. Facultad de Derecho y C. Sociales’ 1977 – Estudios en memoria de E. J. Couture en los 20 años de su muerte), esta aptitud o capacidad, es propia de cada hombre, sólo que se especifica o individualiza (legitimación) según determinadas circunstancias: ésto es lo que se consume mediante aquella prestación, a través de uno o varios procesos concretos. – Nos remitimos a *Gelsi* (‘Impedimento del Juez por no dictar sentencia dentro del plazo legal’, sobre: *poder – actividad – acto* – en el proceso (en ‘Cuestiones de la Organización Procesal’, cap. 18, p. 324–332).

2. Acerca de la necesaria intervención del juez-juzgador, en el proceso, versó uno de los temas de la Ia. Conferencia Inter-Americana de Derecho Procesal (San Juan de Puerto Rico 21–28/VII/1962), a la cual presentamos una comunicación. *Gelsi* ‘Intervención del juzgador en el proceso’ (‘Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración’, Montevideo, tomo 60, p. 5 y sigs.). – Ver Arthur T. von Mehren ‘Estudio comparativo de la función judicial en Francia y en los Estados Unidos’, ed. Instituto de D. Comparado, Barcelona, 1954); – Roger Perrot (‘Le rôle du juge dans le procès Civil en D. Judiciaire Français’, Lisboa, 1970) señala que ‘la evolución general tiende a acrecentar sin cesar más, el papel del juez’, también, en el D. francés (nro. 51); – Piero Calamandrei ‘Il processo come giuoco’, en ‘Studi sul processo civile’ (tomo VI, p. 430–71).

del Congreso, entendemos que correspondería subrayar especialmente, el sentido *moderno* del proceso y, por ende, la mayor actividad que en él corresponde a las partes y al juez, en el doble sentido de reconocerles *más* facultades (actividades) a desarrollar en el mismo y de seguirlas realizando conforme a la naturaleza del proceso, vale decir, de manera *conjugada* o conjunta o unida.

Los ecos del primitivo 'duelo' (lucha o duelo jurídico) en el proceso, aún perduran y son tan inadecuados, pensamos, como la actuación casi única y unilateral del juez del tradicional proceso inquisitivo.

El 1er. sentido transforma el 'juez del proceso' en '*juez del juego*', mero espectador y director para señalar las etapas y evitar y sancionar las desviaciones de sus 'reglas de juego', como en cualquier otro encuentro deportivo. Lo único que queda en pie, es el juez-juzgador, que realiza, en soledad (como corresponde) su fallo. El proceso aparece como obra exclusiva de las partes, hasta llegar al momento del fallo.

El 20. sentido convierte al juez en administrador, como un funcionario administrativo más, que lo hace todo y que meramente se limita a escuchar y eventualmente a requerir de los administrados, el aporte de datos u otros elementos del juicio. Aquí la reglamentación se inspira en la figura del 'juez-instructor' en materia penal, que estimamos que, aún en esta esfera, debería desaparecer en los países que todavía la consagran.

d. Humanizar el proceso significa aquí, en nuestro concepto, la transformación del papel que el juez ha de desempeñar en el proceso como tal: ni *único protagonista* (proceso inquisitivo puro), ni *espectador – director* (proceso de predominio del principio dispositivo), sino *co-protagonista* del proceso, actuando conjuntamente con las partes (proceso de aplicación conjunta de los principios dispositivo e inquisitivo).

Es humanizar al proceso, desde el punto de vista del juez, permitirle intervenir en él directamente, reconocer que 'de re sua agitur', no paralizarlo ocurra lo que ocurra, sino facultarlo para actuar.

Lo es, desde el punto de vista de las partes, siempre que ello no suponga eliminarlas de la actuación que se les ha reconocido en el proceso (especialmente civil, pero irradiando de aqu, a los restantes).

Lo es desde el punto de vista de lo que el proceso significa, siempre que la intervención del Juez y de las partes sea co-protagónica y, por ende, unida, conjunta.¹

1. Esta concepción parece la más adecuada a la naturaleza misma del proceso – actuación de tres personas, en el contencioso, – y es la que tiende a consagrarse en el presente. S. *Sentís Melendo* 'El proceso civil', cap. II y III); L. J. *Areal* – C. E. *Fenochietto* 'Manual de D. Procesal', en especial cap. IV; – *Cappelletti – Perillo* 'Civil procedure in Italy', cap. IV; Roger *Béraud* 'Le juge chargé de suivre la procédure en France' ('Estudios en memoria de Carlos Viada', Madrid 1965, p. 394–97); – *Gelsi* ('Cuestiones de la Organización Procesal', cap. 17, p. 310–12 y 319–20).

C. LA ASISTENCIA JUDICIAL

38. – 1. *La asistencia judicial en Derecho Procesal Internacional (Tema no. 2)*

a. Unimos – al efecto de nuestro tema – los temas (no. 2 y 5) por cuanto entendemos que, en tal sentido, aquí pueden unificarse para señalar los aspectos de humanización procesal que importan.

Los problemas del Derecho Procesal en lo Internacional, son: *los mismos* del D. Procesal en cada nación, o los temas internacionales propiamente dichos, que no presenta nuestra rama de Derecho, sino el D. Internacional, en virtud de la división del ordenamiento jurídico mundial, en diferentes ordenamientos estatales.

¿Qué juez (i.e. el juez de qué nación) ha de intervenir? ¿Qué Ley (nacional) en lo procesal, debe ser aplicada? – son los dos problemas, subdivididos en diferentes cuestiones que aquí se plantean.¹

La humanización del proceso en esta esfera, debería estar en el sentido de ampliar al máximo la *colaboración*, la asistencia, entre los jueces de los diferentes países, dándo plena aceptación al principio de *delegación* de competencia de un juez extranjero en el nacional, para el cumplimiento de diligencias en el territorio de este último, a donde no puede llegar aquél.

En la medida en que se depongan las oposiciones nacionales y en que se considere al proceso como lo que es – medio civilizado, humano, de resolver conflictos, – la asistencia entre jueces de diferentes países debe considerarse como una consagración de la igualdad de los hombres más allá de las fronteras, – un reconocimiento hacia los mismos, cuando buscan la solución racional y justa de sus oposiciones, – una colaboración para superar los obstáculos que encuentren, en el camino de la justicia.

La ‘humanización’ consiste, pues, en avanzar cada vez de manera más radical hacia la equiparación entre la asistencia judicial nacional y la internacional, con similares contenidos y limitaciones.

39. – 2. *La asistencia judicial en el plano nacional*

En cuanto a la delegación en el plano interno o nacional, no parece que deba decirse mucho más, en lo que concierne a nuestro tema.

Se debe insistir en la orientación moderna de impedir la delegación ‘*in totum*’, fundada en el principio de *autoridad – soberana* – en su propio ámbito, *de cada órgano* judicial, por una parte – y en el deber de cumplir con los propios cometidos que corresponde a cada órgano y a cada agente; la organización judicial no admite la jerarquía a la que pertenece la delegación, tanto como la avocación.²

1. V. nuestra intervención en ‘*Atti del 3o. Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*’ (Venezia 1962), sobre ‘La admisibilidad de la prueba en el D. I. Privado (p. 211–214).

2. V. *Gelsi* ‘Competencia y Delegación’ (en ‘*Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*’; también en ‘*Cuestiones de la Organización Procesal*’, cap. 2, especialmente nro. 41–48 y 60–72).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

Pero en cuanto a la delegación limitada para concretas diligencias que deben practicarse fuera del ámbito territorial de un tribunal, pensamos que deben aunarse el criterio de la *máxima amplitud* en otorgarla, con el principio de '*relatividad de la incompetencia*' y la posibilidad de ampliar la competencia para realizar, aún fuera del territorio propio, el diligenciamiento de pruebas por el juez 'a quo', con lo que se logra la 'personalización' en cuanto al juez – único receptor de la prueba.

Esto en cuanto humanización y personalización van unidas, aunque aquí también estamos más en el *debido* proceso legal, que en el proceso a humanizar.

D. EL PROCESO

40. – 1. La presentación de las pruebas

a. Si entendemos el tema enunciado en su sentido más estricto, no es mucho lo que podrá decirse al respecto, en cuanto a la humanización del proceso.

'Presentar' en el 'iter' del procedimiento probatorio es el 20. momento, después del ofrecimiento por las partes (prescindible, en nuestro concepto: lo que importa es que del planteamiento surja la necesidad de probar, *no* que se formule la voluntad de hacerlo en su oportunidad) y (o) de la decisión genérica del juez convocando para la etapa o la audiencia de prueba.

Ofrecer probar es manifestar la intención, por ende, la voluntad de realizar la actividad probatoria, toda la que corresponda a la parte que realiza aquel ofrecimiento; aunque etimológicamente puede significar lo mismo que 'presentar' o manifestar (poner de manifiesto), – en su sentido procesal estricto, en el proceso dispositivo (de predominio de las partes en su impulso, fundamentalmente), significa, como se dijo, la voluntad expresa de probar (actividad probatoria), *pre-*anunciada al tribunal, *para* que éste señale (disponga) la etapa del proceso en que debe realizarse.

Dispuesto esto último por el juez, se llega a la 2a. actuación de la parte: presentar en el proceso, el medio de prueba pertinente, sea para que meramente se lo incorpore, sea que deba realizarse un diligenciamiento para su complementación.^{1,2}

1. Hernando *Devis Echandía* 'Compendio de pruebas judiciales' (p. 104) señala que 'en algunos procesos se distinguen dos sub-fases de la proposición de la prueba: a) la solicitud para que se otorgue un período... para la actividad probatoria, o como suele decirse en Colombia (y otros países) para que se abra a pruebas el juicio, que puede denominarse *proposición abstracta* de pruebas; b) la solicitud que se formula, una vez abierto a prueba el juicio, para que se decreten las pruebas (i.e. el diligenciamiento de los medios de prueba) que se propongan (o presenten) o se admitan las presentadas en ella, que puede denominarse la *proposición concreta* de pruebas' (p. 104).

2. En el *procedimiento probatorio*, S. *Sentís Melendo* señala que 'haobía que empezar por estudiar la delimitación de la materia probatoria, esto es, establecer los terminos de la controversia (thema probandum); se diferenciará después entre *proposición* y *ejecución* de prueba como dos manifestaciones diversas de la actividad probatoria (esta última: su diligenciamien-

b. Considerando el tema de la 'presentación de las pruebas' con el estricto alcance mencionado, el enfoque 'humanizador' del mismo debería orientarse en el sentido siguiente.

– Primero, eliminar de la presentación o proposición de las pruebas, todo lo que sea *meramente* formal y, por ende, artificioso (artificiallo es casi todo, porque es un hacer programado por el hombre).

Así, fundamentalmente, suprimir la necesidad de una proposición abstracta u ofrecimiento abstracto de probar, o preanuncio de tal actividad o de un pedido para que se abra a prueba el juicio.

Lo que importa es que se trata de un proceso sobre hechos, acerca de los cuales las partes tienen diferentes versiones, resultando indispensable presentar los medios que permitan reconstruir, fijar, determinar, lo que realmente ha ocurrido (principio del 'realismo' procesal).

– Segundo. Eliminar, igualmente, la exigencia de que los sujetos de la proposición de la prueba deban ser, necesariamente, las partes, por un excesivo predominio de los principios dispositivo y del formalismo procesal.

Estos imponen al juez el inmovilismo del espectador, ante una 'jugada' frustrada del protagonista del juego y dan más importancia a la mera formalidad vacía, no efectuada (omisión formal), que a la patente necesidad de la prueba, derivada de los 'relatos' contrastantes y por ende de la inseguridad de los hechos ocurridos, que la prueba debe disipar, reconstruyendo el pasado que importa al proceso.^{1,2}

to); se estudiará el tiempo ... y será necesario contemplar el fenómeno de la negligencia ...' *Introducción al Derecho Probatorio*, en 'Estudios Procesales en memoria de Carlos Viada', ed. del I. Español de D. Procesal, Madrid, 1965, p. 567).

Hernando *Devis Echandía* (o. cit. nota anterior) habla indistintamente de *proposición* y *presentación* de la prueba; aunque puede distinguirse (según que el medio probatorio esté *preformado* y sólo corresponda agregarlo al proceso o bien sea necesario *formarlo, total o parcialmente en el proceso*) entre 'presentación de la prueba, cuando la parte interesada aduce el medio y el juez se limita a admitirlo, sin que deba adelantarse actividad alguna de práctica; existe en este caso, una simultánea proposición de la prueba en el momento de su presentación'.

'Hay *simple proposición* de la prueba, cuando la parte se limita a indicar un posible medio, con el fin de que el juez lo decrete y proceda a su práctica' (p. 103).

1. En la investigación sobre las pruebas en el proceso civil promovida por el Ministerio de Gracia y Justicia de Italia (*'Le prove nel processo civile'* – Ricerca diretta da Vittorio *Denti*, ed. Giuffrè, Milán 1973), las conclusiones derivadas de las encuestas entre abogados y jueces de 4 ciudades de Italia, se orientan en el sentido de lo que podría denominarse: a) la '*liberalización del sistema* en el procedimiento y en la evaluación del resultado (valoración de la prueba); b) la *ampliación de los poderes del juez* a todo lo largo del 'iter' probatorio. Pensamos que una encuesta similar llevaría a análogos resultados en la mayoría de los países (V. Conclusiones en pág. 89–91, loc. cit.).

2. Aquí los *procesos especiales*, – referidos a ramas del Derecho Sustantivo que se han constituido al margen del D. Civil y que han reclamado (casi siempre, pensamos, inadecuadamente) sus propios procesos, – que surgieron (con menores o mayores diferencias) del proceso civil y, por tanto, le deben lo sustancial de su estructura; – le devuelven un modelo de actuación más lógica (lógica del sistema procesal, derivado de la naturaleza del proceso) y más adecuada, – al consagrar la aplicación simultánea del principio dispositivo y del inquisitivo, en materia probatoria.

41. – 2. *La doble instancia. (Tema no. 4)*

a. No nos corresponde, discutir aquí el problema de la doble instancia – (a) ¿necesaria, conveniente, prescindible, inadecuada? – (b) alcance: ¿revisión ‘in jure’ o también ‘in factum’? ¿revisión de la la. instancia o de la sentencia pronunciada en ésta? ¿revisión sintética o analítica, con menos o más etapas, como en la la. instancia?, – sin perjuicio de señalar que las soluciones a dar a cada una de estas preguntas podrían, indirectamente, influir en el problema de la humanización del proceso.

En rigor estricto, las soluciones para este último problema serán de aplicación en cualquiera de las instancias en que se divide el proceso, por cuanto sólo se trata de *etapas* en el desarrollo de aquel ‘procedere’ mismo.

b. En todo caso, podrían hacerse algunas breves indicaciones sobre la humanización referida a la 2a. instancia.

– No puede negarse que la ‘comunidad’ procesal que se compone (con cuánta dificultad!) en la la. instancia, a través de la unidad sostenida del juez y de las partes, – requiere nuevo esfuerzo para recomponerse en la 2a. instancia con diferentes jueces (y, en especial, a mayor número de los mismos, cuando se pasa del tribunal unipersonal al tribunal colegiado). –

Las reglas de las *tres identidades* – temporal (en lo posible úniada audiencia), espacial (concentración del proceso en la sede del Tribunal) y personal (del juez y de las partes), – se quiebra aquí, con las dificultades inherentes a su recomposición.¹

El juez de 2a. instancia no participó de los tramos iniciales y básicos o fundamentales del proceso, no fué coprotagonista en él, – con lo cual o bien se restringe su misión (supra -a) o bien se le permite reconstruir o recomponer o sustituir los aspectos del desenvolvimiento que no le resultan suficientes o convenientes.²

V. para el proceso agrario y el de familia, notas (7), (8) y (11).

Esta fórmula se ha consagrado, en Uruguay, para el proceso *laboral* en la Ley 14.188 de 4.IV.1974 (art. 63), sobre la cual v. *Gelsi* ‘Lo antiguo, lo nuevo y lo porvenir en la ley del proceso laboral’ (‘Rev. de Derecho Laboral’, Montevideo, 1975, abril-junio p. 129–65); Grupo de Investigación de la Rev. de D. Laboral e Instituto U. de D. Procesal – ‘*Nuevo Proceso laboral Uruguayo*’ (Montevideo 1974) y ‘*Las modificaciones a la Ley 14.188*’ (Montevideo 1976).

Sobre la necesidad de una *reforma general del proceso*, a partir de los reclamos generales y por el más acuciante de los procesos especiales, i.e. en materias sociales particularmente exigentes, – v. Mauro *Cappelletti* ‘Una procedura nuova per una nuova “giustizia del lavoro” –’ (ed. Soc. Ediz. Giuridiche del Lavoro, Roma 1971), especialmente no. 9).

1. Sobre la *unidad de Juez* v. ‘*1er. Congreso Mexicano y 2as. Jornadas Latino-Americanas de D. Procesal*’, México 1966. Tema II. ‘Situación y perspectiva de la oralidad en América Latina’ p. 643–754 especialmente p. 657 y sigs.

2. En la o. cit. nota (29) se transcriben las soluciones adoptadas en las *2as. Jornadas L. A. de D. Procesal*, entre ellas (p. 754 – 5a. Conclusión): ‘Se acuerda que el procedimiento que se establezca en la tramitación del juicio oral está sujeto a una *doble instancia*’, orientación *tradicional* en América Latina. –

En el mismo sentido *Gelsi – Vescovi* ‘Bases uniformes para la reforma de la legislación

- Consecuencia de lo anterior para la humanización de la 2a. instancia:
- (a) Se mantendrá en el mismo sentido que en el resto del proceso.
 - (b) Se procurará, según los alcances que se otorgue a la misma, compatibilizar este segundo tramo del proceso con la flexibilización de sus estructuras, la eliminación de formalidades y, sobre todo, el contacto ineludible de Juez y Partes y de ambos con las pruebas.
 - (c) El mínimo para esta humanización radicará en la indispensabilidad de una audiencia con participación del tribunal y de las partes para *dialogar* sobre el proceso (según el estado de los autos), para un re-conocimiento mutuo y un aporte común y en común, sobre la situación procesal, *antes* de la sentencia.

Esto significa establecer la *directa comunicación* entre los sujetos principales del proceso, para que, también en segunda instancia se logre una comunidad procesal y pueda adoptarse el fallo previa intervención efectiva de los litigantes ante el juez.

En otros términos: la soledad necesaria del Tribunal – juzgador debe ser necesariamente precedida por la comunidad que han de formar el Tribunal y las partes durante el desenvolvimiento del proceso; naturaleza del proceso y humanización del mismo, se unifican inescindiblemente.

42. – 3. *La aceleración del proceso (Tema no. 7)*

a. Hablar del tiempo en el proceso, es poner el acento en algo que subraya uno de sus atributos *fundamentales*. Requiere tiempo y siempre, más o menos prolongado, *no* instantáneo, por cuanto es un desarrollo que conducen y realizan varias personas re-unidas. Tal vez se trata del elemento más típicamente *humano* del proceso, por cuanto el hombre se da en el tiempo y simultáneamente lucha con él, para la realización de sus obras (el proceso es una de ellas) que requieren un desenvolvimiento sucesivo, continuado.

Aquí nos encontramos, de lleno, en el tema de la *humanización* del proceso, en el sentido de modificarlo hacia su mejoramiento para acercarlo más, no tanto a lo que el hombre realiza cuanto, más bien, a lo que el hombre *aspira*, las *‘desiderata’* de la vida humana.

b. En un trabajo anterior, establecíamos ‘algunas ideas conclusivas para indicar el sentido de esta conexión entre el tiempo y el proceso’, a través de 4 aspectos:

1. ‘La sujeción al tiempo externo’, tanto de la época en que transcurre como de ‘otros objetos co-relacionados temporalmente con él’.

2. ‘El tiempo, *modalidad necesaria* del proceso:

(a) El desarrollo temporal es una modalidad intrínseca al ser del proceso, se presenta de manera heterogénea, según las diferentes actividades a efectuar en él.

(b) La sucesión de momentos es indispensable en el proceso. La meta ideal

procesal civil de los países latino-americanos’, cap. VIII (en ‘Estudios de Derecho’, Revista de la Fac. de Derecho y C. Sociales de la Universidad de Antioquía, Colombia, año 31, t. 29, no. 78, p. 293–360; – en ‘La Justicia Uruguaya’, Montevideo, R.O. del Uruguay, t. 63, Doctrina p. 1–43; – separata de esta última, 1974).

radica en reducirla al *mínimo* y, en todo caso, en procurar la *simultaneidad* de actuación de los sujetos procesales en cada una de esas etapas.

(c) Resulta indispensable cierta *duración* del proceso para que la justicia del caso concreto pueda actuar. – El '*quantum*' de la misma es uno de los problemas principales de la política procesal, que sólo puede resolverse en base al *aumento* del *número* de jueces y al establecimiento del proceso *oral*' para, añadimos, asegurar que el tiempo que transcurre sea sólo el procesalmente *útil*.

3. 'Unidad del proceso en el desarrollo temporal', a pesar del desenvolvimiento necesario:

(a) Pasado pre-procesal: dar la más amplia posibilidad para su reconstrucción.

(b) Unificación de cada momento procesal, por su referencia a los actos fundamentales.

(c) Futuro: anticipación mediante medidas cautelares, si es necesario, para lograr la aprehensión de la realidad por el proceso.

(d) Persistencia del presente procesal a través de la '*res judicata*', salvo si el proceso se realiza '*rebus sic stantibus*'.

4. Preocupación fundamental: reducir el tiempo '*al mínimo indispensable*' y asegurar '*que no transcurra en vano (oportunidad y eficacia)*'.¹

c. La aceleración del proceso, pues, aparece como una manifestación – ideal – de la lucha del hombre por llegar a sus metas en el tiempo debido, para evitar que su prolongación haga inútil, ineficaz, la decisión que resuelve la '*quaestio*' planteada o su aplicación a la realidad concreta a la que *siempre* se refiere el proceso.

El mero enunciado del tema – '*aceleración*', indica que los organizadores comprueban esta necesidad casi universal – que resulta de un ritmo asumido por nuestra época (la '*aceleración*' de la historia), – de realizar el proceso con menos dilaciones, en imprimirle un ritmo más rápido hasta llegar a la sentencia o en el camino de su aplicación (ejecución).

La dificultad radica en encontrar una equilibrada duración; ésta es necesaria para que el proceso *sea* y para que haya *garantías* en el planteamiento y dilucidación de las cuestiones a resolver; pero una garantía es, también, que la duración sea *racionalmente limitada*.

Todo lo cual es *artificial*, porque repugna a la naturaleza del tiempo su delimitación y, en consecuencia, cualquiera que se determine, podrá ser criticada como arbitraria.

Y para lograr esa '*racional*' limitación, no se ha encontrado otra solución posible, fuera de *augmentar el número de los jueces* y procurar la *simultaneidad* en la actuación de los sujetos procesales, con lo cual se elimina el tiempo inútil y se promueve el desenvolvimiento de consuno (unido) de la actuación de aquéllos.^{2,3}

1. *Gelsi*: 'El tiempo y el proceso' ('Rev. Universidad', Santa Fe, R. Argentina, 1969, pág. 453–488 y separata; la cita) p. 488–89.

2. V. en o.cit nota (29) el punto de vista de E.T. *Liebman* (p. 744) y M. *Cappelletti* (p. 701–702). P. *Calamandrei* ('Proceso y Democracia' p. 168) señala como una de las causas del fracaso de la oralidad en Italia, el '*excesivo trabajo con el que son recargados los jueces*'.

43. – 4. ‘Small claim courts’ (Tema no. 8)

Con relación a los ‘small claim courts’ nos permitimos, en orden a la humanización del proceso, hacer unas breves puntualizaciones.

a. En ler. lugar, entendemos que probablemente no se deba trascendentalizar la cuestión (a pesar de lo que se dirá después), sino encararla como un problema de *división del trabajo* entre los jueces que, además, tal vez permita una mayor *popularización* de la justicia o de acercamiento a los sectores populares, entre los cuales serán más frecuentes tales conflictos, de menor significación económica.

Dos razones significativas, a las que podrían añadirse – en el plano del D. Comparado interno – lo que se actúa en el proceso penal, tendiendo a constituir tribunales de ‘faltas’, junto a los tribunales que deben juzgar de los ‘delitos’.

b. Sin embargo, no podemos menos que señalar una objeción de principio contra éste que, en el fondo, es el criterio de la *competencia según el monto del asunto*, que siempre hemos considerado irracional y cada vez más alejado de las necesidades actuales.

La importancia de los problemas varía según las personas y su situación socio-económica: aquí tendríamos el reverso de la ‘popularización’ antes mencionada. Y la dificultad de los problemas fácticos (especialmente: prueba) y jurídicos, *no* se modifica por el hecho de que los asuntos tengan mayor o menor valor económico.¹

c. En definitiva, en plano pragmático, cada país deberá ponderar las razones mencionadas y tal vez prácticamente pueda – a veces – resultar necesaria esta división del trabajo, aunque no ocultamos nuestra preferencia por la solución que euprime totalmente este criterio: el aumento del *número* de Tribunales es la base fundamental de superación de este problema, a la que debe añadirse la

3. Sobre la *aceleración* del proceso, v. Carlos de Miguel y Alonso: ‘Consideraciones sobre la lentitud de los procesos civiles y sus posibles soluciones’ (separata de la Rev. de D. Procesal Ibero-americana, no. 1, enero – marzo 1971, p. 55–78); Hernando Devis Echandía – Hernando Morales Molina ‘El problema de la lentitud de los procesos y su solución’ (Ponencia general a las 5as. Jornadas Latino-Americanas de D. Procesal – Bogotá 1970 – en ‘Estudios de Derecho’ cit. supra p. 259 nota 2, p. 257–91); – Gelsi – Vescovi, o.cit. – supra p. 259, n. 1, ibid. cap. III ‘Abreviación y garantías’ en el que se establecen las siguientes Bases: 19) Simplificación de trámites’ 20) Principio del formalismo y de la libertad de formas. 21) Principio de concentración. 22) Principio del impulso procesal de oficio. 23) Simplificación de las cuestiones debatidas o eliminación del litigio, durante el proceso. 24) No suspensión de la cuestión principal por el planteamiento de otras accesorias o incidentales. 25) Supresión de instancias y otorgamiento del recurso sólo con efecto devolutivo (no suspensión). 26) Simplificación y supresión de recursos; aumento de los poderes de dirección del proceso por parte del juez e introducción de principios que garanticen la conducta moral en el proceso.

1. V. en tal sentido, Gelsi – Vescovi, c.cit., Base 16) que suprime el criterio del monto del asunto y mantiene el de la especialización según la materia (Base 17); lo propio se hace en el ‘Proyecto de Código de Procedimiento’ para la R.O. del Uruguay (Repartido del Consejo de Estado t. 5, nro. 59, de 24.VII.1974, p. 326–83); – sobre criterios de competencia v. E. E. Tarigo ‘Estudios sobre el C. O. Tribunales’, parte Ia. y Daniel Lascano ‘Jurisdicción y competencia’, cap. XII y sigs.

reforma procesal; la división de Tribunales según el monto de los asuntos, no añadiría, en nuestro concepto, factores de importancia para la solución de este problema y, además, parecería incongruente con la significación cada vez mayor que, en orden a la *socialización* del proceso, se entiende que debe asignarse a la preocupación por las clases populares.

44. – 5. *Principios fundamentales del Derecho Procesal Civil (Tema no. 1)*

a. Los llamados principios fundamentales de una ciencia, son indispensables en la misma, como punto de partida, base del sistema (co-relación de conocimientos) y síntesis de las nociones de mayor significación.^{1,2}

En el caso de las ciencias jurídicas, como éstas se apoyan en los sistemas de Derecho Positivo, los principios señalan, no meramente el *pensamiento* de los hombres de ciencia, sino la síntesis de una elaboración que se ha ido efectuando a lo largo de la vida de los pueblos y que los legisladores, directa o indirectamente, aplican, por cuanto, tratándose de principios jurídicos, indican una *orientación de conducta* a realizar, que servirá para el establecimiento y también para la interpretación, de las normas respectivas.

b. Pero la determinación de los principios fundamentales (que, por ende, son universales, i.e. de aplicación a todo el sistema de la ciencia y del ordenamiento jurídico positivo), supone la indicación de grandes '*temas*' que importan a la ciencia y, en el caso, al proceso como tal y que, en virtud de la naturaleza dialéctica de la razón, que siempre señala *soluciones opuestas*, incluso contradictorias, para resolver cada problema, – plantean encrucijadas, cuya solución depende de motivaciones y enfoques diversos.

Estos emanan generalmente, de los conceptos (ideas) 'categoriales' (*categorías*)

1. Sobre *principios procesales*, la elaboración ha sido sumamente variada y constante, en la doctrina procesal universal. A vía de ejemplo citamos: Robert Wynes Millar 'Los principios formativos del procedimiento civil', trad. Groseman, con prólogo de E. J. Couture (ed. EDIAR, Buenos Aires); M. Cappelletti 'Principii fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato' (ed. UTET, sep. de Giurisprudenza Italiana, 1968); G. Pavanini 'Riforma del processo civile' (sep. de Riv. Trimestrale di D. e Procedura Civile' (1966); N. E. Anaya 'Principios fundamentales del proceso' (Córdoba, R. Argentina 1961); V. Fairén Guillén 'Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento' (Madrid, 1949); – Dante Barrios de Angelis 'Principios comunes al proceso anglo – y latino – americano' en 'Estudios de D. Procesal... a la memoria de E. J. Couture al cumplirse los 15 años de su muerte' (apartado de 'La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración', tomo 70, Montevideo 1973, p. 19–33); – Instituto Uruguayo de D. Procesal, 'Curso de D. Procesal', tomo I, cap. 4, red. Vescovi) – James Goldschmidt 'Principios Generales del Proceso'. II. 'Problemas jurídicos y políticos del proceso penal'; cap. IV 'Principios de la política procesal' (p. 109–170, ed. EJE, Buenos Aires 1961).

2. Werner Heisenberg ('Diálogo sobre la Física Atómica' trad. W. Strobl y L. Pelayo el. B.A.C., Madrid 1972) señala: 'la reducción de la varia multiplicidad a lo general y simple..., de lo múltiple a lo uno, es lo que consideramos como entender' (p. 43). 'Tanto en la ciencia como en el arte, ha logrado... muchos más éxitos el pensamiento basado en los grandes principios... y llevado hasta sus últimas consecuencias' (p. 231).

del proceso y, de manera particular, de la jerarquía de *valores* que se tenga y pretenda aplicarse en el proceso o del modo diverso de entenderlos e interpretarlos.

A su vez la riqueza y heterogeneidad de los temas (aquí, del proceso) hace que a menudo deban aplicarse incluso las soluciones contradictorias, sólo que no simultáneamente al mismo objeto.

El problema de 'política procesal' radicaré en señalar cual de los principios opuestos deberá ser *dominante* en la estructuración del proceso.¹

c. Según ésto el propósito de lograr una (mayor) *humanización* del proceso, podrá funcionar como *criterio de opción* entre las alternativas que, para cada uno de los temas pertinentes, puedan formularse.

Cuál de los principios opuestos deberá predominar, en cada sector, para que nos acerque al ideal de humanizar el proceso.

La 'desiderata' no es el principio, sino el ideal que se pretende alcanzar, los valores a los que, a través de su aplicación, se procura llegar. La meta o finalidad (humanizar) sirve, pues, para elegir el principio cuya aplicación más fácilmente logrará promoverla (criterio opcional).

d. No es nuestro propósito estudiar cada uno de los múltiples principios que pueden señalarse en el dominio del proceso. Nos limitaremos, a los efectos de la orientación humanizadora, a establecer una re-agrupación de los que estimamos fundamentales, indicando cuál ha de predominar en cada tema, para asegurar la finalidad referida.

Pedagógicamente se podría hablar de los principios que se refieren a:

- el *marco* que delimita al D. Procesal (realidad - normas);
- el *interés* preferentemente promovido;
- los *sujetos* principales y
- el *funcionamiento* del proceso.

La 'universalidad' ínsita en el mero enunciado del principio, hace que cada uno de ellos complementa a los restantes y permita reconocerlos y señalar su verdadero alcance.²

1. En la o.cit. supra p. 287, n. 1, se cita el punto de vista de Niels Bohr sobre la '*complementariedad*' de los opuestos, que permiten 'describir una situación en la cual podemos conocer el mismo suceso (i.e. objeto) bajo (según) dos aspectos distintos. Aunque estos dos aspectos se excluyen mutuamente, también se complementan y sólo por la yuxtaposición de ambos aspectos opuestos, se agota totalmente el concepto intuitivo del fenómeno' (p. 100).

2. Nuestro punto de vista acerca de los *principios del proceso* ha sido expuesto en diferentes trabajos. Así, por ej. en: Gelsi '*De las nulidades en los actos procesales*' (Montevideo, 1949), principios de: realismo; especificidad legal; igualdad de las partes; economía procesal; formalismo y finalismo; moralidad; disposición (v. referencia a las diferentes partes de la obra, en Índice p. 441-42); - '*Cuestiones de la Organización Procesal*' (Índice, referencia a las págs. de la obra - p. 648): realismo y legalidad; dispositivo e inquisitivo; publicidad; delegación e intermediación; economía; contradictoria; dirección; sobre organización (ibid.): autoridad, imparcialidad, independencia; - '*Proceso y Legalidad*' (Rev. Fac. de Derecho y C. Sociales, 1956 p. 103-112); - '*Proceso v Regla Moral*' (o.cit. supra p. 261, n. 1, p. 53-82).

45. (Principios). *Marco fáctico – jurídico del proceso*

a. Toda rama del derecho se refiere a una determinada realidad humana ‘a determinada actividad o a determinado aspecto de la vida’¹, en el caso del Derecho Procesal a una compleja actividad racionalmente seguida por quienes se encuentran en conflictos, para lograr la superación de los mismos, en base a normas pre-existentes y por decisión de un tercero imparcial.²

Esa actividad, en el caso, esa realización (creación, institución humana) es disciplinada por normas pre-existentes que deberán seguirse en todos los casos de utilización del instituto referido.

De ahí, por ende, dos indicaciones obligadas para la delimitación (marco) del D. Procesal: la referencia a dicha realidad, la preocupación por llegar a ella y por disponerla u ordenarla y a las normas que la establecen.

El principio del realismo procesal es una manifestación (en D. procesal) del principio (que entendemos vigente en toda rama del Derecho) de:

- a. adecuación de éste a la realidad y, por ende;
- b. de superación de las apariencias formales, o de ‘adecuación de la forma al contenido’ (problema de simulación, dolo, fraude, etc.);
- c. en el caso del D. Procesal, además, se trata de una definida orientación hacia la búsqueda de la *realidad concreta* transcurrida y su reconstrucción en el proceso mismo.

Puede decirse que este principio, que alude no sólo a la *realidad precedente* a reflejar en el proceso, sino también a *la que se desenvuelve en éste* (no sólo los ‘hechos del tema’ procesal, sino también los ‘hechos procesales’ o ‘del proceso’) se aplica – aunque también pueden presentarse como principios diferentes y no derivados – a estos otros aspectos:

- Preferencia por la verdad material (efectiva realidad) sobre la formal;
- id. del contenido sobre la pura forma (vacía);
- id. de la flexibilidad, sobre la rigidez de las formas y estructuras del proceso; o
- de la finalidad adecuadamente (aquí está el ‘quid’: *si hubo garantía*) alcanzada, sobre la mera formalidad (formalismo).

Resulta claro que este principio (i.e. su más extendida aplicación) se encuentra en el camino de la *humanización* del proceso, aunque (complementariedad) hay un mínimo de forma, de formalidad, de camino preestablecido a recorrer, en la medida en que *efectivamente*, signifique garantía para la defensa del derecho y no la afirmación de la forma por la forma misma.³

b. El principio de la *legalidad*, que también puede denominarse de la ‘*prefija-*

1. Guido Zanobini ‘Il problema dell’autonomia del Diritto Agrario’ (‘Rivista di Diritto Agrario’ 1928, año 7, no. 4,5,6 – p. 372).

2. Sobre este *aspecto socio-jurídico* de la *jurisdicción* y del *proceso* en que se desenvuelve y aplica, v. Gelsi: ‘Cuestiones de la Organización Procesal’, cap. I, especialmente p. 16–33.

3. Sobre formalismo, finalismo y consecuencias sobre *validez* y *nulidad* en el proceso, hemos expuesto extensamente nuestros puntos de vista en Gelsi ‘De las nulidades en los actos procesales’ (Montevideo, 1949, *passim*).

ción reglada del procedimiento en algunos países (especialmente latinos) coincide con el sentido formal de la norma (ley en sentido formal); en los países anglosajones, en general se aplica, aunque no siempre en este último sentido, pudiendo las reglas ser dictadas por el Tribunal Supremo, pero en todo caso de antemano, para que la 'sorpresa' del proceso se reduzca al mínimo y desde luego, no en el 'procedere'.

En este aspecto también y sin perjuicio de que, en los países anglosajones, las partes tengan mayores posibilidades de modificación que en los que siguen la orientación latina¹, – puede decirse que el *arbitraje* – por doquier – ofrece a la imaginación constructiva de las partes, de sus abogados e incluso de los árbitros mismos, un camino de modificación de procedimientos a veces demasiado endurecidos por la tradición y por la rutina, un camino, pues, a la novedad, al cambio y, por ende, casi seguramente, a la humanización, tal como la requiere nuestra época. –

46. (principios). *Interés preferentemente promovido*

a. A la inversa de lo que ocurre en las ramas del Derecho que suelen clasificarse de 'sociales' o 'promocionales' o 'tuitivas', en las que se procura incentivar o promocionar sectores sociales (D. de Previsión Social; D. del Trabajo; D. Agrario) o personas en inferioridad de condiciones psicológicas o biológicas, etc. (D. del Menor o del Incapaz, etc.), – el D. Procesal se ocupa de dar satisfacción a un interés general o social o público, que es el que puede calificarse de 'interés de la justicia legal'.

Habrà de tratarse aquí de un *principio de promoción del interés de la justicia legal* (a) en el caso concreto (b).

No es la justicia 'in genere', que puede, promover, eventualmente el *arbitraje de equidad* (aquí también la 'vía de escape' del arbitraje), sino la justicia tal como el sistema jurídico la ha pre-fijado.²

Y, por otro lado, la justicia en su estricto sentido, que no es sino la justicia *concreta* y, por ende, realizable, que es lo que interesa al hombre y *realizada*, que es lo que consigue en el proceso.³

b. La idea – el valor – justicia, que es el que primaria y fundamentalmente se procura alcanzar a través del proceso, sin perjuicio de los valores de *seguridad* (certidumbre) y *paz* (coordinados y mutuamente complementarios), – implica la

1. Angelo Piero *Sereni* 'El proceso civil en los Estados Unidos', trad. S. Sentís Melendo, p. 11–13.

2. V. R. *Vecchione* 'Equità – giudizio di –' (sep. de 'Novissimo Digesto Italiano').

3. Sobre *individualización* de la *justicia*, v. *Gelsi* 'Ideas en torno a la justicia' (en 'Libro en homenaje a Luis Loreto' Caracas 1976 y en 'Cuestiones de Cultura y Enseñanza' cap. 4, no. 11), y Juan *Llambías de Acevedo* ('El sentido del Derecho para la vida humana' ed. Imprenta de la Universidad. Buenos Aires 1943), quien señalaba, en cuanto al modo mejor de realizar los valores por parte del Derecho, que 'las normas ('disposiciones generales') realizan mejor el orden y la seguridad; las decisiones ('disposiciones individuales') realizan mejor la justicia y la solidaridad' (p. 12).

consagración de la *igualdad* entre los hombres (los hombres iguales ante la ley) que se concreta particularmente en la igualdad de las partes en el proceso.

Pero que también puede significar – ‘de re sua agitur’, como dijimos – la necesidad de establecer como *co-protagonistas* a las partes y al juez en el proceso.

‘La justicia es para el... plano... de los iguales, de los hombres encarados “sub specie aequalitas”, en la medida en que lo son’. ‘La justicia reclama... trato igual a los hombres o dación igual a los mismos, según las circunstancias... debe darse a cada uno ‘por’ igual y ‘como’ igual, en cuanto lo sean y como lo sean’.¹

c. La humanización del proceso, aquí, se manifiesta, como se dijo, en la posibilidad de consagrar al *arbitraje de equidad* y en la promoción de la *paz*, como valor tal vez prioritario en la consagración del proceso (la lucha jurídica como sustituto de la lucha violenta) y que puede, a veces, ser prioritario en el caso concreto (v. supra no. 23).

Es decir, puede que sea preferible la paz efectiva (claro que a través del derecho) a la ‘seca’ justicia, que no es *el* valor social por antonomasia, que no se basta a sí mismo y que no es suficiente para regir la vida social.

Esa paz, desde el punto de vista del proceso, se obtiene generalmente, haciendo *participar* a los litigantes no sólo en la preparación (lejana) de la decisión del conflicto, sino en la solución de éste, a través de alguno de los medios extra-ordinarios y convencionales, de concluir el juicio.

Fundamentalmente conciliación (que puede ser tan acertada y, generalmente, más satisfactoria, por personalizar en las propias partes en la fuente de la solución) y transacción.

47. (principios). *Los sujetos principales del proceso*

a. Aquí el tema se refiere a cada sujeto principal *en sí* mismo – pero en cuanto *al proceso* – y los principios procuran señalar qué aspectos reputados sustanciales para el proceso como tal, deben revestir.

b. En lo que respecta al Tribunal, se han ido elaborando algunos principios que tienden a universalizar su aceptación y se relacionan con la noción misma de la potestad jurisdiccional, encarnada en el juez (‘viva vox juris’) y su ejercicio. – Principios cuyos homólogos opuestos no se enuncian aunque sea fácil advertir su consagración (parcial) en los hechos.

Debe hablarse de principio de *imparcialidad* (‘esencia’ del juez) frente al conflicto, al asunto de que se trate;

independencia del tribunal cuando actúa en una causa, de todo otro sujeto de Derecho;

autoridad del proceso y para disponer *en él* y, como consecuencia, fuera de él, según resulten los hechos, después de su ‘tratamiento’ procesal;

responsabilidad, derivada necesariamente de aquella.²

1. *Gelsi*, o.cit. nota (73), no. 43.

2. v. *Gelsi* ‘Cuestiones de la Organización Procesal’, especialmente cap. 21; E. J. *Couture* ‘Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales’ (1er. capítulo).

c. En relación a las partes, su posición en el proceso las coloca en el plano de la 'defensa' es decir, de promoción de aquélla en el sistema de Derecho, de acuerdo con su enfoque peculiar, contrastante (proceso contencioso) o confluyente (proceso voluntario) con el de otro u otros sujetos jurídicos.

Esto significa que lo propio de la parte, desde el punto de vista del proceso, es en el plano *activo*, la defensa, el procurar su protección o su liberación – del ataque adversario o (en rigor: siempre) del des-amparo (jurídico) en que se encuentra, mencionando las razones que tiene para hecerlo (defensa jurídica).

La parte encara 'una parte' del conflicto, del problema y lo enfoca, desde un punto de vista (también jurídico) peculiar.

Aquí aparecen los dos principios opuestos: el de la defensa '*libre*' y el de la defensa '*letrada*' *necesaria*.¹

d. La humanización del proceso, consiste aquí en el mantenimiento de los principios relativos al Tribunal; especialmente la imparcialidad, que se refiere al órgano, pero tiene su origen en el agente;

La independencia, que es la calidad que *permite* ser imparcial, alejado de influencias sociales, económicas o políticas;

la autoridad, en que consiste la potestad jurisdiccional y que es encauzada por la responsabilidad efectiva del agente.

e. Desde el punto de vista de la parte, la humanización, de acuerdo a las características científico-técnicas de la época y a la cientificidad del instrumento empleado (proceso), consiste en:

- eliminar la defensa libre, exigiendo la defensa letrada y
- asegurar a *cada litigante* cualquiera sean sus condiciones socio-económicas, no sólo la defensa letrada, sino la *libre elección* del asesor.

La relación inter-personal cliente – letrado es un elemento esencial en la adecuada defensa, que se basa en la mutua confianza y, a partir de ella, hace *una* – en lo humano – la parte compleja (parte asistida por el letrado de su elección).

48. (principios). *Funcionamiento del proceso*

a. En el funcionamiento (aspecto dinámico) del proceso incluimos: la consideración más o menos activa de los sujetos en el 'procedere';

su co-relación (actuación conjunta o separada);

la formalidad en los actos y en las etapas o la flexibilidad de las estructuras.

b. Aunque suele formularse con diversos nombres y aplicarse a diferentes sectores del proceso, entendemos que podrían todos englobarse en un solo principio que permite la libre actuación o la actuación *primordial* de las partes – *principio dispositivo* (alude, en el 'nomen juris', a la posibilidad de decidir, de disponer de la 'quaestio' disputata y el *principio inquisitivo* (de inquirir: de refiere, más bien, a las facultades de investigar, en el dominio probatorio).

1. V. *Diccionario R. Academia Española*. Vo. Defensa, defensor y Parte; – idem. *Capitant 'Vocabulaire juridique'*, Partie (participio femenino sustantivo de partir); *Carnelutti* 'Como se hace un proceso', trad. S. Sentís Melendo, sobre la noción de 'parte' (cap. V).

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

En definitiva: ¿tienen poderes las partes y el juez para actuar en el proceso, eventualmente para decidirlo?

A mayor o menor latitud en la aplicación (complementaria) de estos principios, se puede aludir a diferentes aspectos (y momentos) del proceso. En especial:

- iniciativa del proceso (por la parte o de oficio);
- planteamiento de la 'quaestio' (id.);
- presentación de las pruebas sólo por las partes o con posibilidades de investigación por el juez y, luego, en todas las fases de la prueba;
- impulso procesal;
- decisión por el juez o también modos extra-ordinarios de decidir (por las partes). -

En la co-relación de la actuación de los sujetos principales, se hace hincapié, generalmente, en la posición de las partes, basada en el recordado principio de igualdad y que se traduce en la estructura del proceso voluntario, en iguales oportunidades de actuación para todos los interesados y, en el proceso contencioso, en el *principio* de *bilateralidad* o de contradicción (contradictorio).

Se complementa con el principio de *unilateralidad* en los casos, de excepción, de preparación del proceso (algunas diligencias preparatorias) o de cautela (medidas de garantía), - requeridos, por la naturaleza de las cosas (v.gr. determinación del demandado) o para lograr el resultado eficaz perseguido.

c. Sobre la *comunicación* entre los sujetos principales y también accesorios o secundarios, el *principio de inmediatez*, que responde a la naturaleza compleja del proceso y a la obra conjunta en que consiste, - se opone al de *mediación*: del juez en la Oficina, de la parte en el apoderado o procurador.

A todo lo cual se une el principio de la *publicidad* interna, el libre acceso de los sujetos principales en todas las etapas y a todos los elementos o materiales del proceso. - Se opone a la *reserva* (v.gr. en caso de medidas cautelares, que es siempre transitoria) y al *secreto* (total y aún definitivo, que no debería admitirse nunca).

d. En cuanto a la *estructura* misma del proceso y de sus etapas y de los actos que comporta, aquí se opone el principio de la *rigidez (formalismo)* al de la flexibilidad, en base a los fines perseguidos;

la *concentración*, al de las fases pre-ordenadas, sucesivas y fijas;

la formalidad fija y pre-determinada, contrasta, también con el principio de *economía* de esfuerzos y de tiempo en la obtención de los fines.

En la forma de los actos y la comunicación entre los sujetos, el principio de *oralidad* se opone al principio de la *escritura*.

e. A todo lo cual debe añadirse, la más extendida aplicación del *principio de la regla moral* en el proceso: deber de decir verdad y deber de lealtad; rechazo de la simulación y del fraude procesal, de las defensas meramente formales para prolongar los trámites y evitar el enfrentamiento con el problema de fondo.

f. En la relación del proceso con la sociedad, el principio de la *publicidad externa*, permite el contralor de la opinión pública en relación - las actividades procesales que se opone al del secreto procesal; a veces éste es indispensable, cuan-

do se trata de secretos de Estado o necesidad de proteger la 'privacidad', la intimidad y el decoro de las personas. –

g. Está claro que la *humanización* del proceso consiste aquí en:

– Favorecer la actuación positiva de todos los sujetos principales del proceso, – para que ésta sea en la realidad concreta, lo que responde a su naturaleza: tanto de ambas partes, como del Juez, rescatado de su posición pasiva de 'director – espectador', asumiendo todos ellos la de 'co-protagonistas'. –

– En 2º. lugar, favorecer la comunicación entre los mismos, de la manera mas directa posible.

– En 3er. término, sin hacer perder al proceso su estructura pre-fijada, porque garantiza un camino seguro para la defensa y determinación del derecho del caso concreto, – admitir su flexible realización, concentrando actuaciones, economizando esfuerzos y exigiendo una conducta moral en los que actúan.

49. (principios). *El camino de la humanización del proceso*

Puede decirse que las *posibilidades* de humanización del proceso se desarrollan en estos planos ya efectivos, en cuanto a su base, en la mayor parte de los países, es decir en la opción por el sistema de la oralidad.

a. Con diferencias en su realización, el sistema de la oralidad es el *predominante* en los países del continente europeo, incluso los países socialistas¹, los del 'common law' en los países de Asia y Africa (siguiendo, en general, alguno de los tres sistemas pre-indicados).

Probablemente donde la opción por la oralidad no se ha efectuado sino parcialmente, es en los países ibero-americanos, de predominio del proceso escrito.²

b. La humanización del proceso escrito en las etapas en que el principio de la escritura es dominante, resulta imposible o ineficaz.

Siguiendo los criterios enunciados (no. 21-26) basteseñalar: ¿para qué suprimir la delegación en el Tribunal si lo que importa no es lo 'que se hace', sino lo que 'se escribe'? La unificación de los diferentes valores jurídicos sólo se mantiene

1. Para el '*Derecho Procesal Civil Soviético*' (o.cit. supra, *Gurvich* señala la trascendencia que tiene la oralidad, la intermediación y la publicidad en el proceso reglamentado por el mismo, evitando, de paso, el 'debilitamiento' del principio de oralidad en los países no comunistas (p. 52-60).

2. V. en *Gelsi – Vescovi* 'Bases...' citados, la situación sobre oralidad en América Latina, aún muy alejada de la aplicación predominante de este principio, especialmente cap. VI. – La ilustre excepción general (aparte de algunas excepciones provinciales o estatales, como en la Prov. de Buenos Aires para los juicios de familia y de responsabilidad civil) la constituye el Código de Procedimiento Civil ('*Código de Processo Civil*') del Brasil, cuyo principal autor es al eminente procesalista Alfredo *Buzaid* 'Anteproyeto de C. de Processo Civil' ed. da Imprensa Nacional. Río 1964; J. F. *Marques* 'Manual de Direito Processual Civil' –ed. Sarana, Sao Paulo 1974; M. A. *Borges* 'Comentarios do Codigo de Processo Civil', 3. vol., ed. Universitaria de Direito Ltada., Sao Paulo 1974-75 –v. en '*Ier. Congreso Mexicano y 2a.s. Jornadas Latino-Américas de Derecho Procesal*' (México 1960), Tema II, 'Situación y Perspectivas de la oralidad en América' p. 645-873).

por la imposición de la autoridad, pero no es un espontáneo resultado de elaboración conjunta.

Lo que fundamentalmente no existe es el diálogo y la comunidad ni, por ende, la concentración, – sustituidos por la marcha sucesiva y progresiva, por los actos unilaterales absolutamente separados y fijos, – con las naturales consecuencias en la prolongación de los procesos.

El ‘*quid*’ de la deshumanización radica en el *artificio* fundamental de obligar a comunicarse por escrito a quienes están presentes e impedir, por la separación forzosa de los sujetos principales, que la obra común se realice *en* común por éstos.

– En tanto que en el proceso en que predomina el principio de oralidad lo fundamental a señalar es que la expresión-oral o escrita no es el ‘*prius*’ sino el ‘*subsequens*’ [3], según sea el *modo de actuación* en el proceso [2], el cual, a su vez, deriva de *lo que es* [1] el proceso.

Si partimos de éste como ‘*actum trium personarum*’, vale decir, *no* pluralidad accidentalmente reunida de sujetos, sino unión necesaria, comunidad jurídica, correlación indispensable entre todos éstos, para que el proceso sea [1], la consecuencia es preferir un modo de actuar concentrado, conjunto, dialogado, de actuación, de audiencias [2]; de esto último deriva, lógicamente, que se prefiera hablar y no escribir en el proceso [3].

La escritura aparece como elemento *complementario*: preparación de la audiencia, para que no haya sorpresas en el proceso y registración (pero mínima) de los elementos indispensables (‘*aide – mémoire*’) para apoyar la continuidad del proceso.

– De ahí que la humanización del proceso escrito no puede consistir sino en sustituirlo ‘*in totum*’ por el proceso oral, sin perjuicio de que, en la medida que la ‘*complementariedad*’ del principio de oralidad en el proceso escrito se extienda, – básicamente en el diligenciamiento de la prueba – crezcan, igualmente, las posibilidades de humanización.

c. En relación al sistema de la oralidad el ‘*quid*’ consiste básicamente en evitar la frustración que produce en cualquier hombre, ‘*la promesa no cumplida*’, de una verdadera estructura dialogal entre todos los sujetos que participan en el proceso.¹

La tensión entre el principio de oralidad y el principio de escritura suele romperse en favor de éste (con las consecuencias de proceso en fases sucesivas) por dos razones básicas: número escaso de jueces y rechazo del enfrentamiento

1. El principio de la oralidad predominante en las reglas de la mayoría de los países europeos, como se dijo, fracasa en algunos, parcialmente, es decir, disminuye su realización, en beneficio de su complementario, aumentando los ‘*tramos*’ escritos o manteniendo el sistema de la prueba legal, o admitiendo la delegación procesal. – En parte, porque no hay jueces suficientes, o porque ‘*la escritura permite aplazar el estudio para mejor oportunidad*’ y, en especial, porque el juicio oral requiere una real ‘*preparación*’: ‘*el peor enemigo de la oralidad es el miedo de ‘comprometerse’; ... de esta manera ‘la oralidad es destruida por la desconfianza*’ (p. 168, 169 y 170) – *Calamandrei* ‘Proceso y democracia’ (trad. H. Fix Zamudio).

definitivo del problema de fondo (crisis de responsabilidad, pereza). – Vale decir que la solución principal radica en un ‘prius’ a la existencia del proceso: asegurar el número de jueces necesario, en lo cual entra, también, la posibilidad efectiva, de optar por el Tribunal arbitral.

d. Los demás criterios señalados, importan en todo proceso, si bien en el sistema de la oralidad adquieren su importancia fundamental, al incidir en las posibilidades de comunicación y de unificación en el proceso. – En especial el problema de la abreviación, por cuanto lo que importa *no* es, meramente la reducción de la duración del proceso, cualquiera que sea, sino aquella en forma útil (reducción interna del proceso).

Es, en todo caso importante, la personalización técnica y la simplificación de los actos procesales (pero aquí siempre tendremos una gran distancia a recorrer para que la forma escrita aún la más simple, pueda escindirse a la verbal).

e. La publicidad del proceso, vale decir, su apertura al mundo para el cual se hace, su ‘mostrarse’ para que la opinión pública pueda vigilar su realización, – solamente puede lograrse con efectividad en el proceso oral. Sólo así, también, el reclamo de su humanización actualizada, podrá llegar de la manera constante y renovada que reclaman los tiempos cambiantes a la realidad misma del proceso concreto, que es el que importa a la vida de los hombres.

IV. Conclusion

50. Podemos concluir en breves palabras, procurando señalar el sentido de la humanización del proceso, las dificultades y la orientación para lograrlo, – siempre con el sentido de transitoriedad (y, por ende, de permanente revisión) de toda obra humana y en consecuencia de la obra procesal, – como sigue.

1a. Sentido de humanización del proceso

a. Realidad humana concreta.

Se refiere al proceso, que es una obra humana realizada por diversos, heterogéneos y aún contrapuestos hombres, que han de actuar en forma conjunta para determinar el derecho a aplicar a una situación humana concreta. –

Alude, pues, a una realidad que consiste en conductas humanas plurales coordinadas hacia un fin común, con motivaciones dispares. –

Se trata de humanizar esta realidad ‘in concreto’, de determinar lo que puede servir a tales efectos, no en la teoría sino en la práctica, no en el ideal sino en éste en cuanto realizable.

b. Respetar el proceso como tal

La humanización debe respetar la condición o naturaleza o estructura del proceso mismo, dejarlo como es, y no sustituirlo pretextando aquella.

c. Transformar, según la condición humana común

El proceso debe transformarse en un lugar donde el hombre común sea acogido

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

y pueda actuar (convenientemente asistido), conforme a su manera de ser.

d. Mejorar el modo de actuar, según los valores jurídicos aceptados socialmente.

No es sólo el modo más humano de conducirse, sino éste conforme a la aplicación, en el proceso, de los valores jurídicos fundamentales aceptados por la sociedad actual (igualdad, libertad, fraternidad, paz y justicia).

e. La transformación ha de realizarse conforme a la época histórica en que se vive.

Humanización 'de' hoy, según se concibe en la actualidad, en un transcurso abreviado, facilitando el diálogo y la actuación en común, sin perjuicio de una acentuación de la intervención de los técnicos en Derecho en la asistencia a las partes y en el Tribunal (por tratarse de un instrumento jurídico a valorizar).

f. Humanización de los sujetos y, en especial, de su conducta.

La humanización, por tratarse de una obra encarada en su 'hacer-se' mismo, abarca a los sujetos que la realizan (intervención directa) y en especial, el modo de conducirse en el proceso; esta habría de efectuarse con el mínimo de formalidades compatibles con la obtención del fin procesal, garantizando el derecho de los sujetos intervinientes.

2a. Dificultades para lograr la humanización

a. El principio de la escritura

La dificultad principal para lograr la humanización del proceso en aquello en que consiste, radica en su realización de manera sucesiva y monológica, – que impide la real comunicación entre los sujetos y la tarea conjunta de los mismos, a través de su desarrollo, sin lo cual no existe verdadero proceso.

El proceso en que predomina la escritura, en que ésta no es elemento complementario (preparación de audiencia; registración indispensable) sino modo de expresión fundamental de los sujetos, – trae consigo el alejamiento entre éstos y la acentuación de la formalidad.

b. El formalismo

El exceso de formas externas para acentuar la 'majestad' de la justicia o para asegurar el modo único de realización de los actos procesales, – desalienta al hombre común frente al proceso y des-humaniza en la medida en que hace predominar no al hombre (su acto) en integridad, sino su apariencia externa. –

3a. Orientación humanizadora

La orientación humanizadora del proceso debe insistir en los siguientes aspectos principales:

a. *Personalización:* actuación efectiva, de los hombres que, como jueces ó como partes, forman el proceso (predominio de la intermediación, especialmente), sin mengua de la *tecnificación jurídica* en el Tribunal y en la asistencia de las partes.

b. Favorecer la obtención de la *paz con la justicia*, dando máxima participa-

ción a los tres sujetos principales en el desenvolvimiento y en la solución procesal.

c. Asegurar la *estructura dialogal* del proceso y la labor común hasta el umbral mismo de la sentencia.

d. Templar el *formalismo* del proceso con el principio de la *finalidad*: 'los actos y términos procesales sólo dependen de forma determinada cuando la ley expresamente lo exija, reputándose válidos los que, realizados de otro modo, obtengan su finalidad esencial' (C.P.C. del Brasil a. 154).

e. En el desarrollo temporal, dar preferencia al modo de actuar *simultáneo*, eliminar los elementos de *mera forma* procurando que sólo se insuma *tiempo útil* y que éste sea el mínimo compatible con la realización de los actos procesales en garantía de la justicia y de los derechos de las partes, aumentando, a tal efecto, el número de los jueces y disminuyendo el de los funcionarios auxiliares.

HUMANIZING THE PROCEDURE (II)

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. A. GELSI BIDART

(Montevideo)

I. SIGNIFICATION OF HUMANIZATION OF THE PROCESS

A. Concrete human reality

It refers to the process which is a human task accomplished by different, heterogeneous men and even men whose ideas are in opposition. They are to act together so as to determine what law has to be applied in a specific situation;

It deals then with a reality that consists of a plurality of human behaviours geared to a common goal but with different motivations;

The aim is then the humanization of this reality 'in concreto', the clear determination of what may prove to be useful to attain our goal, not theoretically but practically, not in the field of ideals but in the practical world.

B. Respect of the process as such

The humanization must respect the condition, nature or structure of the process itself, leave it as it is, withholding from substituting it under the false pretention that humanization is being respected;

C. Transformation according to the common human condition

The process should be transformed whenever the common man is taken into consideration and is given the opportunity to act (conveniently assisted) in accordance with his character and personality.

D. Improvement of acts of men within the context of juridical socially accepted values

It is not only the most human way of behaving, but it is the behaviour conforming the application in the process of the fundamental juridical values accepted by present society (equality, freedom, fraternity, peace and justice).

E. The transformation is to be done considering the present historical moment

Humanization 'today', as understood nowadays, means facilitating in a short period of time, both the – dialogue and the common action, – without preventing the increased intervention of the law experts assisting the parties in the Courts (we are dealing with a juridical instrument that has to be valorized).

F. Humanization of the individuals and mainly the humanization concerning their behaviour.

The humanization, being a self made process, includes the people who perform it (direct participation) and, specifically, their way of behaviour during the process.

It should be done with the minimum of formalities compatible with the attainment of the goal of the process, thus guaranteeing the rights of the individuals.

II. DIFFICULTIES IN OBTAINING THE HUMANIZATION

A. The principle of writing

The main difficulty in the attainment of humanization of the process itself, lies in its consecutive and monologal character, which hinders real communication between individuals and their respective tasks within the development of the process, lacking which, a real – process would – not exist.

The process in which written procedures prevail, when this procedure is not a complementary element (p.e. preparation of the audience, indispensable registration) but a way of essential expression of the individuals, brings along the alienation between them and the accentuation of formality.

B. Formalism

The excess of external forms when it is aimed at emphasizing the justice's 'majesty' or ensuring a unique way of carrying out the lawsuit acts, discourages the common man from the process and makes it less human since not the one who acts predominates, as a whole person, but only his external appearance.

III. THE HUMANISING APPROACH

By humanizing approach of the process the following aspects must be considered:

A. 'Personalisation'.

Effective performance of men who, acting as judges of parties, form the process (predominance of direct relation) without diminishing the – juridical technification in the Court and in the assistance of the – parties.

LA HUMANIZACION DEL PROCESO (II)

B. One has to favour the attainment of *peace* together with *justice*, thereby ensuring maximum participation of the three protagonists in the development and solution of the lawsuit.

C. One has to insure the structure in the form of the *dialogue* of the process and the common task right up to the verdict.

D. One has to temper the formalism of the process with the principle of finality. 'The acts and lawsuit terms only depend on a determined form when the law specifically demands it; therefore acts and lawsuits that are done otherwise are considered valid when they achieve the essential objective'. (C.P.C. from Brazil article 154).

E. In the future development, one has to give preference to the simultaneous acting and to eliminate the mere formal elements these elements have only as a consequence that the usable time is consumed and are the least compatible with the realization of the lawsuit acts, with guarantees of justice and the rights of the parties. Therefore the number of judges must be increased and the number of auxiliary functionaries decreased.

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

PROF. DR. J. JACOB

(London)

TABLE OF CONTENTS

Preliminary	307
Part 1. Introductory	307
Section 1. Need for Accelerating Legal Process	307
Section 2. Restraints on Acceleration of Legal Process	311
Section 3. New Technology for Expedition of Legal Process	313
Part 2. Human Factors in Accelerating Legal Process	317
Part 3. Time-Factors Affecting Expedition of Legal Process	322
Part 4. Nature of Proceedings as Factor in their Expedition	326
Part 5. Procedural Factors in Accelerating Legal Process	326
Section 1. General Problems of Procedure	327
Section 2. Pre-Trial Processes	327
Section 3. Provisional Remedies	331
Section 4. Disposal of Proceedings without Trial	334
Section 5. Trial Process	337

Preliminary

At the outset, I should like to express my sincere thanks and respectful tributes to my colleagues who have contributed National Reports on this topic.¹ I have found these Reports both stimulating and constructive, and each in its own way has thrown fresh light on the subject and has enhanced its understanding with the wide-ranging examination of the problems involved. Together they provide a veritable quarry in which to dig for constructive and critical views on this theme, and they are not less valuable because they emanate from different national, cultural and ideological standpoints. Due to pressures of time and space, in preparing my General Report based on a comparative view of the more important aspects of this topic, however, I cannot hope to do more than to make mention of relevant references to them.

Part 1. Introductory

SECTION I. NEED FOR ACCELERATING THE LEGAL PROCESS

1. The problem of delay has haunted the administration of civil justice in all countries down the ages.² It has been reflected not only in the field of legal thinking³ but also in 'Belles Lettres' as one of the cultural facets of our civilisati-

1. In the alphabetical order of the countries from which they came, the following National Reports were received:

- | | |
|--------------------------------|--|
| 1. Australia | Professor G. D. S. Taylor, 'Accelerating the Process of Law'. |
| 2. Belgium | Professor Georges de Leval (Université de Liège), 'L'Acceleration de la Procedure' |
| 3. Brazil | Professor Alfredo Buzaid, 'Du Jugement Selon l'état du proces' |
| 4. Canada | Professor Garry D. Watson, 'Accelerating the Process of Law' |
| 5. Colombia | Professor Hernando Devis Echandia, 'La Acelaracion del Proceso Judicial'. |
| 6. Federal Republic of Germany | Professor Dr Kaul Heinz Schwab (a) 'Beschleunigung des Zivilverfahrens'. (b) 'Das Verfahren erster Instanz nach der Vereinfachungs-novelle 1976' |
| 7. Malta | Professor J. M. Ganado, 'Accelerating the Process' |
| 8. Poland | Judge Dr Kazimierz Piasceki, 'Accelerating the Process of the Law'. |
| 9. South Africa | J. S. McLennan (University of Witwatersrand), 'Accelerating the Process of Law'. |
| 10. South Korea | Professor Dr Sang Hyun Song 'Accelerating the Process of the Law'. |
| 11. Spain | Professor Dr Eduardo G. de Cabiedes, 'la Simplificacion del Proceso Civil'. |

2. In 1964, Louis Lauer, the then Director of the Columbia University Project for Effective Justice, addressing the New York Senate Judicial Committee said, 'Remember that delay in the Courts has a history that reaches past Shakespeare to Hummurabi and, no doubt, past him to his ancient ancestors'.

3. In 1839 a legal author remarked, 'No man, as things now stand, can enter into a Chancery suit with any reasonable hope of being alive at its termination, if he has a determined adversary', cited by Lord Bowen in 'Progress in the Administration of Justice during the Victorian Period'

on.¹ Official exhortation has sought to give it special significance in procedural law but has been uneffective in eliminating delay in practice.² Many Committees and Commissions in England and elsewhere have made recommendations for the simplification and acceleration of civil proceedings³, yet delays in the judicial process still constitute grave and serious blemishes in the machinery of civil justice and the analysis of the great English law reformer Jeremy Bentham that delay is one of the 'burthens' of 'judicial procedure' is as valid to-day as it was when made at the end of the 18th century.⁴ It is not surprising, therefore, that the topic 'Accelerating the Process of Law' should have been chosen as part of the theme of humanising the administration of civil justice.

2. This topic presents an urgent, pressing and critical challenge, since it is of fundamental importance in the machinery of justice.⁵ If procedure lies at the heart of the law⁶, expedition lies at the heart of procedure.

This challenge is within the peculiar domain and the responsibility of lawyers, for they have the technical and specialised knowledge, expertise and skills relating to the operation of the legal system, but it would be useful, if not necessary, that they should seek the assistance of experts in other disciplines such as sociologists, social administrators and statisticians in order to obtain a comprehensive social perspective of the relevant problems and to fashion the instruments and the measures of legal procedure and practice so as to simply and speed the process of the law.

and reprinted in 'Select Essays in Anglo-American Legal History', (1907) Vol. 1, pp. 516-535.

In 1968 the Report of the Committee on Personal Injuries Litigation (Cmnd. 3691) stated, 'As things now are, in this country (England), delay is a very grave reproach.'

1. Hamlet fulminated against the 'law's delays' and counted it as an argument for suicide. In *Bleak House*, Charles Dickens depicted the classic case of *Jarndyce v. Jarndyce*, not as parody but as fact and as enfolding all save the lawyers in its endless tortuous procedural ramifications; and he warned would-be litigants to avoid entering the portals of the Court of Chancery with these awesome words, 'Suffer any wrong that can be done you rather than come here.' Piasecki, *op. cit.*, cites other instances from Jonathan Swift's *Gulliver's Travels*; Rabelais *Pantagruel*; and Robert Graves', *Claudius the God*.

2. In 1215, King John in Magna Carta promised that 'To none shall we delay right or justice.' Art 6 of the European Convention on Human Rights provides that everyone is entitled to a judicial determination of their civil rights and obligations 'within a reasonable time.' Piasecki *op. cit.*, states that all Codes of Procedure of the European socialist countries provide for the prompt conduct and settlement or determination of civil proceedings.

3. In England, these Committees and Commissions may be said to have had their real beginnings in 1829 following the great speech on Law Reform delivered in the House of Commons in February 1828 by Henry Brougham (later Lord Chancellor) who was one of the more influential disciples of Jeremy Bentham. See *Speeches of Lord Brougham* (1838) Vol 2, 324. For the history in Germany see Schwab, *op. cit.* (b).

4. See *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring Vol. 11, 19.

5. See Echandia, *op. cit.*

6. Sir Maurice Amos in 'A Day in Court at Home and Abroad', [1962] 2 Cambridge Law Journal 340.

3. How then should this challenge be met? It seems to me that what is needed is a deep and thorough search for creative and imaginative solutions designed to produce a simple, smooth and speedy system of civil justice, while at the same time ensuring that the overriding objective of the legal system is always upheld, namely, to produce a just result on the substantive merits of the case. Such a search should be conducted simultaneously at two levels, namely, at the level of principle – that the guiding principles should conform to the needs of social justice, and at the level of practice – that the mechanics of the system should conform to the needs of the simple, smooth and speedy process. These two levels of principle and practice should go hand-in-hand; they are inter-twined, since the practice of the law should always be based on sound principles, which meet the needs of modern society.

4. Before embarking on a detailed examination of this topic it may perhaps be useful to heed the warning that the need for acceleration of the legal process is one of those obvious social objectives which is in danger of being taken for granted and is thus at risk in not being treated with vigour and effectiveness. It should be emphasised that there is no room for complacency in this area of civil procedural law. On the contrary, it is necessary to recognise the need for expedition in the machinery of civil justice in its own right and to take effective measures to change the practice and procedure of the Courts to remove the harmful effects of delay at all stages. It may therefore be helpful to spell out what are these harmful effects and to state the reasons for the corresponding need for expedition.

5. The fundamental need for expedition in the legal process arises from the general recognition that delay in the administration of justice is a denial of justice, and a denial of justice is the equivalent of the deprivation or at least the abstraction of the legal rights of citizens. The plaintiff has to suffer the delay of obtaining satisfaction of his legal rights; the defendant enjoys the benefit of his own legal wrong; and the State suffers because its legal process is being abused. Several National Reporters have remarked on the common practice that delay is often welcomed, if not actually engineered, by one or other of the parties. The defendant finds that delay may pay him handsomely, especially when inflation is rampant and the value of money is continually falling; the plaintiff finds that if he has a weak case, he may be able to weary and exhaust the defendant by delay and so obtain a settlement which he would otherwise have been unable to achieve.

6. Moreover, delay in the legal process strikes deep into the very heart of civil litigation. It affects the litigant parties as well as the Courts and even the State itself; it inhibits the recourse of deserving litigants to the Courts; it induces settlements which may be neither fair nor just; it offends public opinion; and it diminishes the regard and respect for the law and the legal system. It is pervasive in its consequences. For some litigants, litigation is a miserable business; it sours their lives, and the longer it lasts the more deleterious will the consequences be on their

personal, family and social relations. In many instances, delay causes the litigation to become an all-absorbing mania affecting the way of life of whole families, so that the litigant comes to suffer what the doctors have been able to diagnose as 'litigation neurosis'.

7. Besides removing and reducing the harmful effects of prolonged litigation there are other reasons for expediting the legal process. It would greatly promote access to justice by making such access more fruitful and effective. Moreover with the continual increase in the volume of litigation the need for expedition and for simplifying the procedure becomes all the greater, for otherwise litigation may become simply not worth embarking upon. Further, the need for expedition is underscored by the enormous growth in crime and in the volume of criminal proceedings which inevitably create grave social problems and necessarily demand more immediate and urgent processing through the Courts and the legal system, and there is thus a danger that the prior claims of the criminal legal process will overwhelm the process of civil litigation. Lastly, the large increase in the volume of legislation and statutory regulation and the greater complexity of the law make the need for expedition and simplification of the legal process in civil cases all the more vital, since otherwise civil litigation will be unable to keep pace with the changing needs of society.

8. For all these reasons, delay in the legal process must give way and indeed be replaced by quickening the pace of the machinery of civil justice and by simplifying the entire procedure of the Courts. Accelerating the process of law is not only a legal but also an essential social need; it is not merely a matter of judicial administration, but it is basically a matter of good social administration. The need for accelerating the legal process thus becomes a matter of fundamental and practical importance in the machinery of justice, as is recognized by all the National Reporters. This need is universal¹ pressing and urgent and it affects the whole of civil procedural law.²

1. Surprisingly enough, the Australian Reporter states that the Australian law reform agencies have given little thought to the problem of delay, though he refers to three Reports that have recently been published in the State of Victoria and adds that the Queensland Law Reform Commission is working on a reference in this connexion, though apparently without making much headway. See Taylor, *op.cit.*

2. This General Report concentrates on ordinary proceedings at First Instance in the traditional areas of civil litigation; it unfortunately does not extend to other areas of civil procedure, such as the 'Enforcement of Judgments' or the 'System of Appeals', although the Belgian Reporter deals with this subject, see de Leval, *op.cit.*, and it does not deal its other specialist areas of the law, such as matrimonial proceedings, insolvency proceedings, administrative law, proceedings before tribunals other than the ordinary Courts of law or other specialist fields of civil litigation.

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

SECTION 2. RESTRAINTS ON ACCELERATION OF LEGAL PROCESS

9. While the need for accelerating the legal process is fundamental and overwhelming, there may be a danger of going to the opposite extreme in providing remedies and reforms to expedite the process. It is a danger of the 'back-lash' or 'over-kill', whereby the procedural remedies to overcome delay may be worse than the disease and may even aggravate it. It is, therefore, necessary to guard against this danger and to see the problem of accelerating the legal process in a balanced way and in its true perspective.

Thus, it must be emphasized that the acceleration of the legal process should be treated as a means to the attainment of justice and not as an end in itself. This point is rightly stressed by the Belgian Reporter¹: and it should provide a brake on those who lose their patience, when even excusable or understandable delays occur, and clamour for the means and the power to end all delay.

10. Indeed, it must be remembered that it is not every period of delay or every dilatory process which calls for condemnation or even criticism. It is only delay which is inexcusable, unjustifiable or unacceptable which should be regarded as misusing the legal process and dealt with accordingly. The Court should retain its jurisdiction and power to examine relevant facts relating to the actual delay which has occurred and should determine whether or not the delay was excusable, justifiable or acceptable and it should deal with the case according to its findings. The party who is alleged to be guilty of delay should always be allowed to apply to the Court to explain the relevant circumstances and to excuse the delay; and except for the operation of the Limitation Acts, delay by itself in failing to comply with the procedural requirements should not be fatal, unless the Court should otherwise order.

11. An even more important point is the relation between accelerating the process of the law and ensuring that a fair trial will be had between the parties, including a fair, reasonable, effective opportunity and adequate time to prepare for the trial. Two views have been expressed about this problem. On the one hand, there is the view of the Canadian Reporter² reflecting an influential body of English opinion³, that the current procedural system, at any rate in common law countries, with its complexities and its sophisticated techniques and devices which are designed to maximise 'due process', is time-consuming and expensive and has the effect of encouraging not speed but rather necessitates delay and that, therefore, it would be in the public interest to quicken the pace of procedure, even at the expense of minimising the operation of due process.

1. See de Leval, *op.cit.*

2. See Watson, *op.cit.*, para 3.

3. See 'Going to Law: A critique of English Civil Procedure' a Report by Justice, Stevens & Sons.

12. On the other hand, the Belgian Reporter has warned against the danger that accelerating the process of law might lead, not to the attainment of justice but to arbitrariness in the legal process¹; and the Polish Reporter insists that the expedition of proceedings should not be realised at the expense of doing harm to such values as the assurance of the parties' rights, accuracy in ascertaining the legal facts, the application of well-mastered law and the thoroughness of the administration of justice.²

13. Perhaps the true conclusion lies somewhere between these two viewpoints, namely, that the machinery of justice should operate speedily while ensuring the attainment of justice. It may need to be stressed that the quality of justice should be equal and indivisible for all citizens and that 'second-class' justice, meaning that some citizens should be content with an inferior quality of justice should not be tolerated. At the same time, however, it is necessary to be realistic and to appreciate that there are some classes of civil proceedings in which speed and simplicity are essential and that in many cases the parties simply want a quick decision to their dispute without engaging in the complexities of procedural devices. Nevertheless, the acceleration of the process of the law should yield to the overriding obligation of the system of the administration of civil justice which is to ensure that a just result is achieved by adjudication if necessary, or by settlement if possible, or otherwise by disposal without a trial if feasible.

14. A further point which needs to be emphasized is that the acceleration of the process of law should not be used simply as a method of reducing the volume or variety of civil litigation, in order to enable the judiciary or the executive branch of government to claim that the relevant statistics demonstrate improvements in the administration of justice. To force the pace of litigation in such a way as to deter ordinary people with just disputes from resorting to the Courts or to compel them to settle their cases on terms which may not be fair or reasonable or just may improve the public or political image of the law but it would not serve the attainment of justice. The acceleration of the legal process is necessary to produce not merely a cosmetic improvement in the image of the law but an organic change in the operation of the machinery of justice.

15. Conversely, so far as possible, the acceleration of the legal process should not operate to drive or compel parties to reach the stage of the adjudication of their disputes, for the legal system cannot without great disturbance cope with a much increased load of cases which proceed to an actual trial by a judge. If the acceleration of the legal process were to have this effect, it would be, as it were, counter-productive, for it may very soon produce greater delays than those which it seeks to prevent.³ The acceleration of legal process should as far as possible be fashioned

1. See de Leval, *op.cit.*

2. See Piasecki, *op.cit.*

3. The Canadian Reporter warns against the possibility that the reduction of delay may carry the seed for further delay, see Watson, *op.cit.*, para 7.

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

as an instrument for avoiding a trial except as a last resort and should be aimed to assist the parties in the conduct of their litigation so that they may be able to settle their cases promptly and fairly or otherwise fairly dispose of their cases without a trial.

SECTION 3. NEW TECHNOLOGY FOR EXPEDITION OF LEGAL PROCESS

16. The topic of accelerating the process of law has been raised as a separate theme, but the initial fundamental question is, whether this is the effective way of successfully eliminating delays in the judicial process. It is possible, of course, to deal with the problems concerning the accelerating and simplifying the process of law as separate, technical questions, leading to *ad hoc* changes in procedural techniques and individual improvements in practical devices, but should not these problems be tackled in a radical re-appraisal of the whole procedural system, leading to fundamental changes in civil procedural law and an entirely new technology of procedure¹?

The history of procedural reform demonstrates that we need to be bolder and more visionary and creative in our approach and that we should subject the whole system of civil procedure to a fresh, close examination and intense scrutiny in order to produce a new system to meet the needs of modern society. This wider examination would no doubt consider many other problems besides Accelerating the Process of Law but it would be bound to encompass this problem, and may indeed be the best way of producing useful effective solutions in this field. While such an examination is obviously beyond the scope of this topic, yet there are some fundamental issues of restructuring and recasting the systems of civil procedure which arise in considering the problem of accelerating and simplifying the process of law. Without in any way intending to be exhaustive, it would seem useful briefly to examine some of these problems.

(a) Restructuring the System of Civil Courts

17. In most, if not all countries, Civil Courts are divided into two main groups, the Superior Courts with unlimited jurisdiction and the Inferior Courts whose jurisdiction is delimited generally by monetary amounts. It would seem right in principle and better in practice to integrate the two systems of Courts into one unitary system of Civil Judicature.² There would be a single system of civil Courts

1. This, no doubt, was the object of the new Belgium Code Judiciaire of 1967, the new Colombian Code of Civil Procedure of 1970, and the new German Vereinfachungs novelle of 1976. The Preface to the Supreme Court Practice 1973 envisaged 'the prospect (in England) of a systematic and comprehensive review of civil procedural law to design a modern technology of procedure which would operate in as simple, smooth, speedy and inexpensive a way as possible and be free from obstructive technicalities', but this prospect has not yet been attained. On the other hand, the South African Reporter finds no need for a drastic overhaul of 'the whole fabric of our procedural law', see McLennan, *op. cit.*

2. In Germany, a Government Bill was drawn in 1971 to establish a uniform Court of First Instance, but the prospect fell through, see Schwab, *op. cit.* (a).

throughout the country, which would operate one Code or one body of Rules of procedure and practice, and which would be administered and staffed together, without differentiation in jurisdiction or right of audience between lawyers or in any other way except of course in relation to costs. All civil proceedings would be started in the same way, and if uncontested would be disposed of by the Court in which they were started, but if contested the proceedings would be channelled for disposal by different levels of Judges or by specialist Judges, according to the nature of the proceedings, the amount involved, the complexity or difficulty of the case or other relevant criteria. Such a system would produce uniformity in procedure and practice, equality in the administration of law, a greater simplicity in the process of the law, and it should lead at any rate to some acceleration also in the judicial machinery.

(b) Operation of Adversary System

18. A fundamental feature of civil procedure is that it operates on the basis of what is generally called 'the adversary system', since there are usually two opposite parties engaged in conflict who have adverse interests to promote and fight for. On the other hand the adversary process functions in different ways under different legal systems, though it is not easy to determine whether any particular way produces any greater speed in the judicial process.

19. Thus, in Common Law countries, civil litigation is regarded as the private concern, if not the private property, of the parties themselves, and under the principle of 'party control', the parties are entitled to exercise control over the conduct of the proceedings (except those that have a public interest element involved) at all their stages. They can agree to extend any time-limits they are required or even ordered by the Court to observe and can thus prolong or delay the proceedings; they can limit their disputes to any question of fact or law they wish; they can settle their disputes at any time on any terms they agree without reference to the Court and without its assistance or guidance; they can present to the Court the witnesses, including expert witnesses, they choose and in whatever order they decide; and their lawyers have the primary obligation to present their cases in the way they determine, though of course they will do so with great respect to the wishes of the Court.

20. On the other hand, in civil law countries, for example Germany¹, although the parties have the right to initiate the proceedings, and to some extent have power to conduct them, yet the emphasis is very different. It is the function of the Court to appoint dates for the hearing, to issue summonses and to serve notices of all kinds. The Courts has the right to clarify the issues between the parties, and to

1. See Schwab, *op. cit.* The position in South Korea is substantially the same as in Germany, see Dr Sang, *op. cit.*, who discusses this problem with great insight.

question the parties and their witnesses¹, and of course, the Court has power to take evidence on its own motion. The Court aims at a complete presentation of the facts and promotes the submission of proper applications; and it can influence the progress of the proceedings, not only by enforcing the time-limits, within which the parties must put their evidence before the Court, but also by questions and suggestions designed to lead to an amicable settlement; and indeed German law emphasises that the Judge at all stages of the case should try to achieve an amicable settlement.

21. In the European Socialist countries, too, the Court plays an active role in the legal process, and has the duty *ex officio* to take care of the prompt and effective conduct of civil proceedings.²

(c) *Role of the Courts*

22. In Common Law countries, the role of the Court remains throughout basically neutral, passive and inactive. The Court has no investigatory powers of its own, and ordinarily it has no power or jurisdiction to exercise judicial functions of its own motion. The initiative at all stages is left entirely to the parties, and its overriding function is to act as 'Umpire' to see that the rules of the game are observed and complied with.

In civil law countries, as indicated above³, the Court plays a direct, active, supervisory and investigatory role in the conduct of civil proceedings; but the National Reports do not demonstrate that this different role of the Court results in eliminating delays in the judicial process.

23. There is here a conflict between two fundamental principles. On the one hand, there is the principle that justice should not only be done but should palpably be seen to be done, so that the Court must remain aloof and neutral and not appear in any way to be taking sides; on the other hand there is the principle that it is the duty of the Court to produce the just result on the merits of the case, so that it cannot and should not stand aloof when serious injustice may result from procedural errors and omissions.⁴ The resolution between these principles cannot be based on any *a priori* reasoning; it is essentially a matter of finding pragmatic solutions, in conformity with the cultural texture and the social conditions prevailing in any particular society.

1. In South Korea, two important revisions of the Civil Procedure Code were made in 1963, the power of the trial court to take proof *ex officio* was eliminated, and the burden of examining and cross-examining witnesses was placed on the litigants.

2. See Piasecki, *op. cit.*

3. See para. 20, *supra*.

4. This, in fact, is itself made the subject of the powerful paper presented by the Brazilian National Reporter, who argues strongly for the simplification of procedure, as the method of accelerating the legal process, precisely in order to obtain the judgment of the Court according to the merits of the case, see Buzaid, *op. cit.*

(d) *Oral or written procedures*

24. In Common Law countries, the principle of 'orality' dominates in the conduct of civil proceeding at all stages. Even in instances where written material is presented to the Court, as, for example, in all interlocutory proceedings in which affidavit evidence is produced, the actual proceedings before the Court are conducted orally; there is oral argument, the oral reading and reference to the relevant material, the oral exchanges between the Court and the Counsel and the oral judgment of the Court. In other countries, the predominating method of conducting civil proceedings is the presentation of written material to the Court¹, including written arguments in the form of 'Briefs', and in some other countries, as for example, in the United States, there is a combination of both oral and written procedures.

25. There is strong support for the view that the oral system produces speed and finality in civil procedure and that written procedures tend to prolong and delay the process of the law. These two methods of procedures should perhaps not be regarded as opposites but rather as complementary and that for the purpose of accelerating and simplifying the process of law a different method should be employed according to the nature or class of proceedings or its complexity or difficulty or the stage at which it is being dealt with or according to some other relevant criteria. In many instances or at many stages of proceedings, it may be necessary to employ both systems of oral and written procedures.²

(e) *Philosophy of Code of Procedure*

26. In Common Law countries, although the Rules of Court are framed on the footing that actions which are begun will proceed to trial, in fact only a very small proportion (e.g., in England only about 2 per cent) ever reach the actual stage of trial. As Professor Watson states.

'Measured quantitatively, the litigation process in most common law countries, including Canada, is essentially a settlement process rather than an adjudicative process'.³

This means that the basic philosophy of the Rules of Court does not match the realities of the machinery of civil justice.

1. This is the basic procedure in Colombia, and is criticised by the Colombian National Reporter which he regards as the principal cause of delays in the legal process, and he strongly argues for the adoption of an oral procedure which he says would produce 'true concentration' and 'the immediacy of evidence', see Echandia, *op. cit.*

2. According to the German National Reporter, German law is based on the principle of oral proceedings and allows a purely written procedure only in exceptional cases, though in practice the German system should be considered a mixed system, which has been preserved by the Vereinfachungsnovelle 1976, see Schwab, *op. cit.* (a).

3. See Watson, *op. cit.*, para. 5.

27. The question is, whether it is desirable, if not necessary to reframe the Rules or Codes of Procedure on the premise that most of the actions that are started will *not* proceed to trial. The emphasis of the Rules or Codes should be on methods of the disposal of proceedings without trial or without a final determination by the Courts. How this change in emphasis should be brought about may present quite considerable difficulties, but I think it is clear that such a change of emphasis could have a significant influence in accelerating and simplifying the process of the law.

Part 2. Human Factors in Accelerating Legal Process

28. The problem of accelerating the process of the law is beset by the difficulty of measuring the proper or the right or the average time for the conduct of civil proceedings. Expedition or delay in civil cases is not, as such, a measurable quantity. There is no universal yardstick, except the time-limits provided by the periods prescribed in the relevant Limitation statutes and by the prescribed Rules of Court for the different stages of the proceedings. It is only by reference to such time-limits that one can assess whether the legal process can or should be expedited, whether there has been any and if so what measure of delay, and where the responsibility for such a delay lies. Perhaps a good guide to what amounts to 'delaying the legal process', and conversely, what should amount to accelerating the process, is that delay may be defined or described as the *avoidable time* during which a proceeding has lasted longer than it should have lasted, either because time was wasted or prolonged more than was reasonable, or because the wrong or unnecessary or untimely procedural steps were taken or because the speedy or right procedural steps were not taken in due time. Obviously, except in the cases in which Jeremy Bentham's ideal of 'instant justice' may be possible, a certain amount of time must elapse between the commencement of civil proceedings and their conclusion, and indeed, such time may even be desirable and excusable in the interests of justice, especially to enable the parties and particularly the defendant to prepare his case; on the other hand, when that minimal time has been extended for whatever reason by a longer period of time than could or ought to have been employed in carrying out the necessary procedural steps, then delay has occurred and its measure is the extra time so employed, which may be inexcusable and unjustifiable. Not only should that period of delay be reduced and perhaps eliminated, but the topic of this Report is whether it may not be possible to accelerate, i.e. to speed and shorten the legal process.

29. Expedition or delay in civil cases may be affected by a great variety of factors which are often inter-connected and which interact upon each other. One of the more important of these factors are the human factors which affect the delay or expedition of the legal process.

Expedition or delay in the process of civil litigation is a highly complex matter, not least because it is inextricably affected by the attitude, conduct and behaviour

of all the persons concerned in that process. As in all human affairs, the human element intrudes itself upon the operation of the litigation system and produces unpredictable and unaccountable responses and reactions from the people involved about making, pursuing, defending and dealing with legal claims and defences in the Courts. In the result, the pace whether fast or slow, of the legal process depends in large measure on the human factor, and in one way or another expedition or delay in the litigation process may be attributable to this factor.

It may perhaps be useful to deal separately with different groups of people involved and to examine whether expedition can be injected into the ways in which they should deal with the legal process so far as it affects them.

(1) The Litigant Parties

30. From the point of view of accelerating the legal process, the ideal solution would be that every person who is alleged to have suffered a legal wrong or whose legal right is alleged to have been infringed, should invoke the machinery of the Courts as soon as practicable. In fact, however, there are a number of inhibiting factors which hold back people from resorting to the Courts and which include such complex matters as the personal and social antipathy towards being involved in litigation at all, the ignorance of the existence of legal rights and claims and defences, the ignorance and diffidence about how to obtain legal advice and services, the fear of the Courts and of the legal process generally, the awe and fear in which Judges and lawyers are held, the uncertainty of the litigation itself including the difficulties in the ascertainment of the facts and uncertainty of what is the applicable law, the burdensome incidence of costs, not altogether mitigated by the provision of Legal Aid, the dread of publicity and so forth. On the other hand there is the desire to be and appear to be reasonable and there is the natural urge for peace and compromise.

31. Nevertheless, there are no precise statistics to demonstrate what the measure of delay is before plaintiffs do in fact consult their lawyers about their legal rights and actually instruct them to commence proceedings in the Courts. It is generally accepted that such a measure of delay exists, and the question is, whether this period can be reduced and perhaps eliminated. Some of the ways in which it has been suggested that acceleration of the legal process could and should take place in this area include the following:

- (i) Authoritative publicity, presumably by some Governmental Agency or by professional bodies that people should be prompt and persistent in asserting and pressing their legal rights, if necessary by litigation: and in this connection, legal professional bodies should relax their restrictive rules against advertising.
- (ii) Authoritative publicity about the Legal Aid Scheme, so that ordinary citizens should be attracted to obtain legal aid advice and services as soon as possible without the fear of being burdened by costs.

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

- (iii) The provision of Community Law Centres, so that legal aid advice and services should be readily and locally accessible.
- (iv) The need to consult lawyers as soon as possible.
- (v) The close co-operation between client and lawyer at all stages of the litigation.
- (vi) Continual information by lawyer to client and continual requests for information by client of the progress of the proceedings.
- (vii) Reducing and eliminating tensions and anxieties which resort to the Courts produce among ordinary people, by simplifying the legal machinery, by removing the fear of the Courts and of Judges and lawyers, by de-mystifying and de-mythologizing the whole legal process and making it less of a fetish and a mystic and less remote and more intelligible to the ordinary people.

(2) *The Litigant's Lawyers*

32. It is often thought that the division of the legal profession in England into two branches of Solicitors and Barristers adds to the problem of the process of delay in civil litigation. I do not myself think that there is any substantial evidence to show that this division increases the delay in civil cases or that the fusion of the two professions would eliminate such delay.

33. On the other hand, there is no doubt that the lawyers of the parties have a special responsibility to ensure that delays in the legal process do not take place, and I think it is fair to say that the great majority of lawyers attend to their litigation business with diligence, fair competence and comparative expedition. Nevertheless, delays in the process of litigation do take place on quite a considerable scale due to the ways in which the lawyers conduct civil proceedings.¹ The reasons are sometimes blamed on to the shortage of experienced staff, to the lack of expertise in the particular field of civil proceedings which some lawyers have undertaken, and such delays can and do occasion great anxiety and injustice to their clients. There are delays in collecting and collating the evidence, in interviewing witnesses, in obtaining expert reports, in taking timely steps in the course of the proceedings from the issuing of the writ of summons to preparing the action for trial; and some of these delays prove fatal to the client in the sense that his case may be dismissed even without being heard.

34. Some of the ways in which the acceleration of the legal process can take place in this area include the following:

- (a) Lawyers, as officers of the Court, should regard the conduct of civil litigation as demanding a special professional responsibility to ensure that no unnecessary delay should occur in any case. It should be regarded as a rule of

1. In South Korea, a great deal of delay is caused by the ways in which lawyers conduct litigation, both outside and inside the Court itself, see Dr Sang, *op.cit.*

professional conduct that it is inexcusable for lawyers to delay a client's case and that it is the responsibility of each lawyer to conduct the litigation that he has on hand with skill, with diligence and with due competence.

- (b) It should be a rule of professional conduct that unnecessary delay should be regarded as exposing the offender to professional disciplinary measures.¹
- (c) Damage to a client caused by unnecessary delay should be adequately compensated on an insurance basis.
- (d) The burden of proof that delay was excusable or has not caused the client any damage should be upon the lawyer responsible for such delay² and non-compliance with any time-limit whether prescribed by rules of Court or by an Order of the Court should *prima facie* be regarded as amounting to delay.

35. Other ways in which the acceleration of the legal process in this field may perhaps be accomplished include the following:

- (i) Increasing the competence of lawyers in the conduct of litigation, e.g. by retraining classes or conferences; by instruction in new developments in procedural practices and so forth. In other words, the legal profession should be satisfied simply by admitting a lawyer into its ranks but should accept and carry out its responsibility of ensuring that those lawyers perform their legal services with all necessary skill and competence.
- (ii) Advice on the proper organisation and management of lawyers' offices, especially the need to 'diarise' the steps which have to be taken in an action, so as to deal with the problems of understaffing, overwork, priorities between cases and so forth. It should be clearly understood that a lawyer is not only required to have and exercise legal competence, but should organise and manage his own office as to ensure that the legal services which he renders are effective and efficient.
- (iii) Continual information supplied to a client about the progress of his case, so that he is made fully aware of what is happening and when and why.

(3) *The Witnesses of the Parties Including Experts*

36. One of the ways in which the legal process can be accelerated is that the statements of the witnesses of fact and the reports of the expert witnesses should be obtained as early as practicable. This is not the present practice in common law countries, largely because many, if not most, cases are settled, and the lawyers feel that they do not need or ought not to obtain such statements and reports unless and until the action looks as though it is going for trial. There is in this area, a difficult choice between incurring costs which may ultimately turn out to

1. In Germany, the lawyer has the duty to conduct the action with care and speed, and he is bound by professional conduct rules: but of course, the lawyer has less of an obligation to clarify the issues, since this is the duty of the Judge, see Schwab, *op. cit.* (a).

2. This is the position in Germany, where lawyers usually take out insurance to cover themselves against such risks. See Schwab, *op. cit.* (a).

have been unnecessary because the action will be settled and the proper and effective preparation of the case when such statements and reports would have been necessary. There is evidence that the obtaining of the reports of expert witnesses does produce a certain amount of delay in the operation of the legal process, but equally there is evidence that the experts are not consulted early enough to avoid such delay.

37–38. It may well be that the proper way of accelerating the legal process, so far as the statements of witnesses and the reports of experts is concerned is to change the procedural system and provide for a more ‘open system of pre-trial’, so that such statements and expert’s reports be exchanged between the parties as early as possible. In England new powers have been introduced under which the Courts can compel the exchange of medical as well as other expert’s reports.

(4) Other Bodies and Agencies Concerned with Litigation

39. There are many other bodies and agencies who, in a sense, are outside the legal field and yet play a very active part in the legal process. Thus, there are creditors’ agencies, such as many debt-collecting Companies, who have a large organisational net-work calling in and demanding payment of debts and who are in a way responsible for the timing of the resort to the Courts for the recovery of such debts.

40. In the field of personal injury litigation, there are a number of such bodies and agencies, including (a) claims’ negotiators i.e. persons who are not lawyers but who seek, generally on a commission basis, to settle claims for victims of personal injuries without recourse to the Courts; (b) the Trade Unions, some of whom negotiate on behalf of their members to try and obtain a settlement before placing any case in the hands of their Solicitors; and (c) the Insurance Companies, who also endeavour to negotiate settlements direct either with claims’ negotiators or Trade Union representatives or even Solicitors, without employing Solicitors themselves and will or may thus prolong the legal process.

41. There is little doubt that many personal injury claims do get delayed because of the way they are dealt with by one or other of such groups of people. The difficulty is how to accelerate the process of the law while such claims are in the hands of such bodies and agencies. What has been done in England in this respect is to introduce two new powers of the Court, namely, (a) to award interim payments on account of damages in certain personal injury actions and thus, as it were, to accelerate the final settlement of claims and (b) to award interest on damages for personal injuries. In this last respect, the Court of Appeal has laid down that such interest is to be awarded, so far as general damages for pain and suffering are concerned, from the date of the service of the writ¹, and in this way the Court is

1. See *Jefford v. Gee*, [1970] 2 Q.B. 130.

encouraging the early issue and service of the writ. On the other hand, there is no sufficient evidence that these devices have had an appreciable effect on the acceleration of the legal process in personal injury actions.

(5) *The Judiciary*

42. So far as the judiciary are concerned, the question of accelerating the process of the law is whether there are enough of them to deal with the increasing volume of litigation as well as the increasing time which cases seem to take nowadays, both at the pre-trial and trial stages. It has been a classic method of 'accelerating' the legal process to increase the number of the judiciary, but for myself, I am not entirely convinced that this method provides a real, actual acceleration of the process but merely a passing palliative; there is a limit beyond which the numbers of the judiciary should not fall but equally a limit beyond which it should not rise, apart altogether from the question of the national resources to sustain an enlarged judicial system.¹

(6) *Court administration*

43. Efficient and effective judicial administration is an essential foundation on which to build the system of the machinery of justice, which will operate in a simple smooth and speedy fashion. There is the danger, of course, of creating a bureaucratic machine, but if that danger can be overcome, there is a basic need as a measure towards accelerating the legal process, for a unified administrative Court service under the overall control and supervision of the appropriate Government Department.² This is the area of social administration which will require a great deal of fresh thought, analysis and investigation; and, moreover, it may well be that what is necessary in the civil field is not merely a new administrative Court service but an entirely new procedural system.

Part 3. Time-Factors Affecting Expedition of Legal Process

44. One of the most crucial areas for accelerating legal process consists of the time-limits prescribed by the law for the commencement and the progress of civil

1. Several National Reporters cry out for significant increases in the number of the Judiciary e.g. Belgium, see de Leval, *op. cit.*; see Echandia, *op. cit.*, Germany, see Schwab, *op. cit.*, (a) Malta, see Ganado, *op. cit.*; South Korea, see Professor Sang, *op. cit.*; but they are all aware that such increase must be limited by the available national resources.

In Colombia, Judges are also blamed for long delays in giving their judgments, see Echandia, *op. cit.*; and in South Korea, they are blamed for their dilatory tactics, and even for failing to appear in Court on time.

2. Such a system was introduced in England under the Courts Act 1971, under the control and supervision of the Lord Chancellor's Department.

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

proceedings. The very nature of the problem involves the timing of every step in the conduct of civil proceedings. It is, therefore, necessary to examine this problem with great care and in great detail. Before we do so, there are, I think, two or three preliminary precautionary observations which it is necessary to make, lest the solutions relating to the time-limits for accelerating the legal process should overwhelm the overriding objective of the administrative of justice, which is to ensure that, at the end of the day, justice should prevail and that a just result is produced in the individual case, either by way of settlement or compromise or by way of adjudication.

45. The first observation is that the law, generally speaking, provides no encouragement and no incentive to parties to bring civil proceedings as early as possible. In general, the policy of the law is to rely upon the motive of self-interest, which is the governing factor to induce persons with civil claims to commence their legal proceedings as soon as they know that their claims have arisen. To some extent, this policy is itself related and perhaps even subject to the wider principle, whether the law should encourage or discourage civil litigation.

46. The second observation is that undue delay in commencing proceedings gives rise to doubts and suspicions which are naturally aroused when a party puts forward a stale claim. An old or stale claim offends the Court and places on the party making such a claim, especially if it depends upon oral evidence, an additional and sometimes heavy burden of explaining the reasons for the delay in putting forward his claim, so as to satisfy the Court as to the genuineness and the *bona fides* of the claim.

47. The third observation is that time-limits provided by the law should on the whole be accompanied by a general discretionary power of the Court to override them in a proper case. In other words, the Court should be able to examine the particular facts and circumstances surrounding the particular case and should have the power, in a deserving case, to allow the action to proceed, notwithstanding the expiry of the relevant time-limit. Justice is better served by the exercise of a judicial discretion, to distinguish between a deserving and a nondeserving case, than by the automatic operation of a particular time-limit which the Court is powerless to correct or to cure. This concept has in fact been embodied in the new English Limitation Act 1975 relating to personal injury actions, though it is well known throughout many Commonwealth countries: and it should be generalised into a fundamental rule of civil procedure. It needs to be emphasised, as Lord Justice Bowen emphasised, that 'Courts do not exist for the sake of discipline, but for the sake of deciding matters in controversy'.¹

1. *Cropper v. Smith*, (1884) 26 Ch.D. at p. 710.

48. *Devices for Accelerating the Legal Process*

Subject to what has been said above, some of the devices for accelerating the legal process, so far as time-limits are concerned may include the following features.¹

(1) *Reducing Prescribed Time-Limits*

We are not here concerned with the philosophy underlying the Limitation Statutes, nor the time-limits provided by the Limitation Acts for different classes of claims. The tendency in England has been to reduce the time-limits for different classes of claim, and indeed, to introduce very tight-limits for some classes of claims, e.g. claims before Industrial Tribunals for unfair dismissal and so forth. There may, perhaps, be no great objection to the reduction of time-limits for bringing different classes of actions, but what I think is essential is that there should be, as pointed out above, a general power of the Court in deserving cases to override any time-limits which are contained in any relevant legislation.

(2) *No Extension of Time-Limits Except with the Leave of the Court*

This feature is aimed at preventing the lawyers of the parties granting each other extensions of time-limits without consulting their clients or even without forwarding their clients' interests.² It has been strongly objected in England³ that lawyers are inclined to suit their own conveniences on the basis that there is a kind of comity among lawyers and that in this process the interest of the clients may be prejudiced. For myself, I think this point of view is much exaggerated, though there may be some basis of fact to support it in a few cases.

(3) Litigant parties should be informed of any extension of time-limits, and perhaps they should be required to sign a document consenting to such extension. Such a provision would eliminate altogether any fear or suspicion that lawyers extend time-limits without regard to the interests of their clients.

(4) The observance of all time-limits should come under the supervision of the Court, which should be entitled to call on the parties to explain any unnecessary delay at any stage of the proceedings.

(5) Dismissal of Actions or Defences for non-compliance with time-limits.

(6) Time-limits to act as cut off dates, i.e. that after the expiry of a time-limit whether prescribed by a rule of Court or laid down under an Order of the Court, the party would be automatically precluded from taking any further step in the action, unless he obtains express leave of the Court to continue the action.

(7) Imposing money sanctions for extending time-limits on parties and their lawyers. This suggestion is intended to provide a stringent costs sanction for non-

1. Some of these devices were mentioned in a powerful judgment delivered by Mr Justice Templeman in *Towli v. Fourth River Property Co Ltd*, *The Times*, November 23rd 1976, a case which involved 9 years' delay from writ to hearing which the Judge described as scandalous.

2. In Germany, these are time-limits which cannot be extended solely by the parties or their lawyers, although time-limits may be shortened by the parties; and moreover there are pecuniary sanctions for delay in actions, which is known as the 'delay-fee'.

3. See 'Going to Law: A Critique of English Civil Procedure', a publication by Justice (Stevens & Sons).

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

compliance with the time-limits by seeking to obtain extensions; and the suggestion is that these money sanctions should be imposed if necessary direct upon lawyers themselves and not on the parties.

(8) Treating delays as breaches of professional conduct. The idea is that compliance with time-limits should be regarded by lawyers as a professional duty and non-compliance should expose them to the sanction of disciplinary punishment by their professional bodies.

(9) Enabling professional bodies to preclude a lawyer from conducting any class of business, including litigation in which he has been guilty of delay, at any rate if he has been found so guilty on a second or third occasion. The idea is that the lawyer who is guilty of delay in any particular class of business including litigation should be exposed to the risk of not being allowed to conduct such class of business in the future; perhaps on the first occasion he could be given a warning or a reprimand but if he were to be guilty of a delay in a similar class of business on the second or third occasion his entitlement to practice should exclude the right to deal in that particular class of business.

(18) Compensating a client under a form of insurance who has suffered damage as a result of delay on the part of a lawyer.

(11) Altering the burden of proof so that where there is a prima facie non-compliance with a time-limit the lawyer should be under an obligation to explain or excuse the delay.

49. The cumulative effect of the above proposals not only sound draconian but would introduce a strict and somewhat inflexible attitude on the part of lawyers to the need to comply with time-limits in the conduct of civil litigation. This approach has no doubt a certain attractiveness about it and may perhaps appeal to those who take a strict view about the absolute need for compliance with time-limits prescribed by the law. Such a restrictionist point of view is, of course, supported by the concept that rules of Court are there to be obeyed and time-limits are there to be complied with; and if they are not, the guilty party and his lawyer are responsible and must pay the consequences, even if this means that the claim or defence of the litigant is not heard on its merits. On the other hand these proposals, or something like them, might operate to drive litigation away from the Courts, and thus would be, as it were, self-defeating, for no lawyer faced with such a strict code of conduct would wish to expose himself to the penalties through non-compliance therewith. What seems to be necessary from the point of accelerating the process of the law would be, on the one hand to tighten up the rules relating to time-limits, while on the other hand conferring a wide discretionary power on the Court to override time-limits in any proper case. Such a combination of rules would seem very likely to be to have a significant effect in accelerating the process of the law.

Part 4. Nature of Proceedings as Factor in their Expedition

50. Another important factor affecting the acceleration of the legal process concerns the nature of the proceedings themselves. Some proceedings by their nature must be brought and pursued speedily, while with others, it may not matter, or it may even be proper or advantageous, to wait and take time over the conduct of the proceedings. Thus, a claim for an injunction is almost invariably a proceeding which needs to be brought as early as possible, whereas in a personal injury case, where no firm prognosis of the victim's injuries is possible for some years, it may be proper to delay the proceedings for a while to see how things develop.¹ The problem of expedition or delay is thus not a uniform, unvarying theme, applicable to all claims and classes of civil proceedings in exactly the same way, but is rather a multi-form diverse subject varying with the nature of the different proceedings, and even between cases within the same class of proceedings. Thus, there is or should be comparatively little delay in operating the machinery of the Courts (1) where the proceedings are basically uncontested or (2) where the proceedings fall into a broad pattern or there is a similar repetitive process or (3) where the nature of the claim requires immediate or urgent attention.

51. Accordingly, the problems of accelerating legal process may itself require different solutions according to the nature of the class of proceedings in question, e.g. actions for recovery of debts or possession or land against squatters or actions for damages or personal injuries or proceedings for injunctions or matrimonial proceedings or actions relating to industrial disputes or actions in the Commercial Court or actions relating to small claims and so forth. It would therefore be too burdensome a task to attempt to set out accelerating devices in detail for different claims and proceedings, and I do not think that it would be useful or productive to do so for the purposes of this Congress.²

Part 5. Procedural Factors in Accelerating Legal Process

52. The dominant factor affecting the acceleration and simplification of the legal process is without doubt the practice and procedure of the Courts as contained in the Rules or Codes of Procedure which regulate the machinery of civil justice and at any rate in Common Law countries, as contained also in the decisions of the Court on procedural questions.³ These Rules or Codes of Procedure and these decisions provide the framework on the basis of which the civil procedural law is constructed and operated in practice, and if the legal process is to be accelerated

1. See *Hawkins v. New Mendip Engineering Ltd*, [1966] 1 W.I.R. 1341: [1966] 3 see E.R. 288.

2. In Germany, the possibilities of expedition also depend to a large extent on the type of proceedings, see Schwab, *op. cit.* (a).

3. The Canadian Reporter has made and developed a very valuable distinction between *Court delay* and *non-court delay*, see Watson, *op. cit.*

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

and simplified, changes in this framework become necessary and such changes must be fundamental in character in order to change the basis on which the procedural law should operate. Experience has shown that changes in procedure which alter the practice in a modest or minor degree or method, although valuable and worthwhile, rarely produce greater expedition or even greater simplicity in the legal process. Legal practitioners are on the whole creatures of habit and they follow the practices to which they are accustomed, and on the whole they resent, or at any rate resist, changes in procedure which they regard as unnecessary and as disturbing the routine which they have always followed. To introduce procedural changes which would accelerate or simplify the legal process is therefore an immensely difficult task, but still remains urgent and pressing, since it is socially desirable and necessary.

SECTION I. GENERAL PROBLEMS OF PROCEDURE

53. Due to pressures of space, it is not possible in this General Report to give more than a brief outline of procedural changes which singly or cumulatively may assist in expediting the legal process. Some of these changes affect general problems of procedure, as for example, (a) whether documents should be served by the Court or by the parties¹; (b) whether the parties should serve their documents on the Court, which will then be able to build a 'dossier' of all the materials relating to a particular action; (c) whether the Courts should supervise the progress of proceedings, by keeping a continuous and vigilant watch over the parties to ensure that the proceedings are conducted with all due expedition and that all time-limits are duly observed; (d) whether the Court should encourage the use of postal facilities instead of requiring the parties to transact their business by personal attendance at the Court; and (e) whether Court Forms should be simplified and made more intelligible to the ordinary man and less technical and formalistic in their expression and operation.²

SECTION 2. PRE-TRIAL PROCESSES

54. There is a wide gulf between the ways in which pre-trial processes operate in Common law countries as compared with the ways in which they operate in civil law countries. In this General Report, it will not be possible to do more than sketch the different ways in which they so operate.

55. In Common law countries there is a sharp, marked division between the

1. In Germany, the Court documents are served by the Court, see *Schwab, op. cit.* (a).

2. The forms of pleadings in most Common law countries are one of the worst offenders in this respect, although they are not really Court Forms. They play a crucial and dominant role in defining the issues between the parties, and have a pervasive influence through the litigation process; and very often they operate to delay the progress of proceedings, besides affecting the technical framework in which the proceedings are cast.

stages of pre-trial and trial, and this has the effect of increasing the importance of the pre-trial processes which constitute such a fundamental part of their procedural systems. This division arises from two related factors, namely,

(a) the method of trial, which consists of a continuous uninterrupted concentrated oral hearing before the Court sitting in public, what Sir Maurice Amos dramatically called 'the day in Court', which inexorably demands full preparation before the trial;

and

(b) the time lag between commencement of the proceedings and the trial, which provides the opportunity for such preparation.

56. These pre-trial processes, which comprise all the procedural steps which may or must be taken before a trial, remain under the control of the parties and are taken at their initiative, so that if they are employed properly, diligently and skilfully, they can be used to accelerate the process of an action and bring it to trial or to a settlement or to some other disposal of it as effectively and speedily as possible; but equally they can be made to operate in a very complex, technical and elaborate way, as a means of obstruction or to delay the progress of an action towards trial or settlement.

57. For the purposes of operating the pre-trial processes, the English system has evolved the office of Masters and Registrars to deal with virtually all the pre-trial stages. In the Queen's Bench Division, the powers and duties of the Masters have increased over the years so that they now exercise original jurisdiction over the whole range of pre-trial proceedings except certain specified matters of which the following are the more important, namely, matters relating to the liberty of the subject and the grant of an injunction except in terms agreed between the parties. The Masters take the place of the Judges and exercise original jurisdiction over the matters that come before them and they have thus become important para-judicial personnel as instruments for dealing with pre-trial procedures.

58. Their functions may be stated briefly as follows, namely,

(i) to free the Judges for more important work, so as, as it were, to conserve 'judge-power' and to make more efficient use of 'judge-time';

(ii) to allow the Judges to come fresh to the trial so that perhaps the mind of the Judge should not be clouded at the trial of an action by the hearing or disposal of pre-trial applications in the same action;

(iii) to provide a more speedy and more economical machinery for pre-trial applications made to the Court.

59. In many systems of the Common law e.g. in Scotland, where there is a division between the pre-trial and the trial stages, the pre-trial stage is conducted, not before a minor judicial officer, but before the Judge himself. This happens in England in the Commercial Court and one or two other instances. The value of this

practice is that the variety and volume of pre-trial applications are dramatically reduced and the applications themselves, when heard by the Judge in person, are less contentious and less controversial. Nevertheless, without the system of Masters and Registrars, there would be too great a burden on the time of the Judges, and in England at any rate the system cannot afford to do without the Masters and Registrars.

60. Since the pre-trial procedures can be employed, however innocently, to prolong and delay progress of proceedings, it seems desirable, if not necessary, to provide adequate and effective machinery to accelerate and simplify this area of the legal process. Perhaps it may be necessary to adopt bold and stringent methods which may possibly yield fruitful results. Such methods would include the following practices, to reduce the variety and volume of pre-trial applications, to ensure the strict observance of the time-limits prescribed by the Rules or ordered by the Court, to enable or require the parties themselves to attend such applications which should be heard in public and not, as now, in private or in Chambers.

61. One further method of accelerating the pre-trial process may be to require that every action that is likely to be contested should at a very early stage be given a date for trial fixed reasonably in advance according to the circumstances of the particular case. The parties should then be expected to complete their pre-trial preparations in sufficient time to be ready for trial at the date fixed. In other words, every contested case would be, as it were, 'programmed' at an early stage and the parties will be required to adhere to this programme as strictly as possible.

62. Another method of improving the pre-trial process in Common law countries would be to ensure that the system operates as an 'open system', so that the parties will no longer be able to spring surprises on their opponents at the trial, particularly in relation to the oral evidence to be adduced. Under such a system the parties would be required to make full disclosures of all relevant evidence and materials which each intends to place before the trial Court and in this way to eliminate 'the sporting' theory of civil litigation. In all the Canadian Provinces, the practice prevails of the Examination for Discovery, under which each party is entitled to examine the opposite party; but the possibility of introducing the American system of taking 'depositions' of all potential witnesses before the trial is perhaps unlikely in Common law countries, especially as the American system tends to decelerate the legal process and to add enormously to the costs of proceedings.

63. In England, though not in other Common law countries, the crucial pre-trial applications is 'the Summons for Directions', which is used as the occasion for a general 'stock-taking' and at which the Master should be 'robust' and give all such directions as may be necessary 'as to the future course of the action as ap-

pears best adapted to secure the just, expeditious and economical disposal' of the action.¹ As most actions that reach this stage are personal injury actions it is hardly possible to be 'robust'. The Master is however required to order the action to be set down for trial within a specified time, so that it will then get into the list of actions awaiting trial. Until that moment, the action substantially remains under the control of the parties but thereafter it substantially passes to the control of the Court.

64. An important feature of all pre-trial applications is that orders made at the pre-trial stage are binding on the parties and cannot subsequently be challenged at the trial. Of course, the parties may appeal against the order of the Master to the Judge in Chambers and from him, generally only with leave, to the Court of Appeal and rarely even to the House of Lords. But the finality of orders made at the pre-trial stage is a valuable principle, and prevents the issue being litigated again at the trial stage, and to some extent this helps to expedite the legal process.

65. In civil law countries, the pre-trial stages of an action operate in an entirely different way and fulfil an entirely different function. Thus, in Germany, there is no strict division between preliminary proceedings and the main hearing. Once the statement of claim of the plaintiff is submitted, the Court, as it were, takes over the conduct of the proceedings, and it becomes its duty to make the parties elucidate the facts speedily and in a manner appropriate to the case. The progress of the proceedings is a matter exclusively for the Court, and whatever responsibility the parties had for conducting the case has been largely abandoned, so that the responsibility of the Court now covers the fixing of dates of the hearings, the summoning of the parties to the hearings the service of summonses and other notices, the elucidation and the full clarification of the case and the fixing of time-limits for the parties to submit their arguments. The Court has the exclusive power to decide on whether the main hearing should be prepared in writing or orally. The conduct of the case is the responsibility of the Judge who presides over the Chamber of the Court, or, before the hearing, of a member of the Chamber designated by him, so that he may have several, even dozens of cases under his control and supervision simultaneously, and it is his responsibility to prepare the main hearing. The law now recognises the general responsibility of the parties to expedite proceedings, and to produce all factual and legal explanations in such time as may be required for a careful conduct of the case, mindful of the need of expedition and the state of the proceedings. The parties no longer enjoy the luxury of giving factual information to the Court 'one drop at a time', as used to be the case.

66. On the other hand, it cannot be said that the civil law system eliminates the element of 'surprise'. On the contrary, since the party himself can never know

1. See English R.S.C. Order 25, Rule 1 (1) (b).

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

what a witness or an expert called by him is going to state, he himself may be the victim of surprise, and this may be specially so when the witness is called by the Court on its own motion.

67. The main objective of the new German legislation, the Vereinfachungsnovelle 1976, has been to expedite the proceedings, by increasing the powers of the Court of collating the relevant factual material. The proceedings are divided into two hearings. The first may consist, at the direction of the Judge, either as a *preliminary first oral hearing*, which if all the facts are before the Court can itself be treated as the main hearing, or as a *preliminary written procedure*. This first stage is intended to prepare the way for the *main hearing*, so that it is just possible to glimpse the analogy of the directions given by the Judge at the preliminary hearing with the English Summons for Directions. But the overall and fundamental difference between the two procedures is the continual elucidation and clarification of the facts by the Judge, and the absence of a concentrated trial, and the continuous duty of the Judge to promote an amicable settlement between the parties.¹

SECTION 3. PROVISIONAL REMEDIES

68. Provisional remedies, which are awardable in Common law countries at the pre-trial stage and in civil law countries before the final or main hearing, operate in such a way as significantly to accelerate the legal process. It may be said that the categories of provisional remedies are not closed, and the development of this area of civil procedural law is potentially a most fruitful source for expediting the legal process. It is not possible in this General Paper to do more than mention briefly some of the main provisional remedies which are at present available, though the injunction needs to be treated more fully.

(1) Injunctions

69. The claim for an Injunction is one of the most speedy as well as one of the most effective of the judicial processes known to procedural law.² Its main object, as a provisional remedy, is to preserve the *status quo* or to prevent the commission or continuation of a legal wrong or the infringement of a legal right. Expedition is the most characteristic feature of the remedy for an Injunction and the judicial process is especially geared to provide this remedy at all times. Theoretically speaking, there is in England a Judge both in the High Court and the County Court always available to hear an application for an Injunction at all times of day

1. See Schwab, *op. cit.*, (a) and (b).

2. In Germany, proceedings for an interim injunction are autonomous summary proceedings, and unlike the position in Common law countries, it does not require that the main action should be issued or be pending, though the Court has power to order a time-limit for the applicant to bring his action, see Schwab, *op. cit.* (a).

or night throughout the whole year i.e. 24 hours a day, 7 days a week, 52 weeks in the year; and this applies as much to an application for an Injunction at first instance as well as to the Court of Appeal. Indeed, an Injunction may be granted by a Judge even before a Writ of Summons is issued or even can be issued e.g. on a Sunday or at night on an undertaking that it will be issued at the earliest practical moment. The Injunction is thus, as has been said, the most expeditious as well as the most effective weapon in the judicial armoury.

70. An Injunction may be granted *ex parte* i.e. without the opposite party being present before the Court, though a new development has arisen of having 'opposed' *ex parte* applications which actually accelerate the legal process a little. An interlocutory Injunction may be granted *inter partes* pending the trial, and indeed in the very great majority of cases, the interlocutory Injunction operates to put an end to the proceedings one way or the other; very often the parties are agreeable to accelerate the legal process themselves by treating the application for an interlocutory Injunction as the trial itself, and thus, what would normally have been an interlocutory Injunction, becomes a permanent Injunction as though granted at a trial. In other words, although an Injunction is normally regarded as a provisional remedy, it more often than not operates as a final remedy and in this way the legal process is greatly accelerated and perhaps simplified.

71. In England, the Court of Appeal has developed a new doctrine for the grant of an *ex parte* injunction which is in the nature of a 'civil search warrant', designed to detain or preserve incriminating documents and things which are in the possession of the defendant. This power can be invoked in rare instances where the plaintiff can show an extremely strong prima facie case that there is a real possibility that the defendant might destroy infringing copies of industrial property, such as patents, copyright, and designs and documents relating thereto, which should be available at the trial to establish breaches of proprietary rights owned by the plaintiff. For such an application, the Court sits *in camera*, so that the defendant should not have advance knowledge of the application, and the Court grants an injunction compelling the plaintiff to permit the defendant to enter the premises where the infringing material are alleged to be.¹ These powers have a great tendency to accelerate the legal process, because when such orders are made, the actions in practice fold up very speedily and do not proceed beyond the provision of the interlocutory remedies.

72. It should perhaps be mentioned, and indeed stressed, that in a great majority of cases the application for an interlocutory Injunction is dealt with on affidavit evidence without the parties or the witnesses being subjected to cross-examination. This is an exceptional process, in which the English Court operates its machinery on the system of written procedures, without requiring the oral examination or

1. See *Anton Pillar KG v. Manufacturing Processes Ltd*, [1976] Ch. 55.

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

cross-examination of the parties or their witnesses. It should perhaps also be mentioned that an Injunction cannot at present be awarded against the Crown, but if the proceedings are urgent, some other form of remedy, which would be equivalent in character, may be considered or granted. It may be necessary to supersede the technical objections to the award of an Injunction against the Crown.

(2) *Award of interim payments*

73. Under recent legislation in England¹, in personal injury actions the Court has been empowered to make an award of an interim payment to the victims of accidents where liability is established or is undisputed or where the plaintiff is bound to succeed without a substantial diminution in his claim by way of contributory negligence or otherwise. The Report on Personal Injury Litigation which recommended this legislation had believed that the power to make awards of interim payments would accelerate the legal process in personal injury actions, but there is no precise evidence that such a power has had such an effect. Indeed it is perhaps surprising that applications for awards of interim payments even in personal injury actions do not appear to be very considerable and there is no evidence to show how this practice is operating outside the legal process.

(3) *Miscellaneous provisional remedies*

74. There are a large number of miscellaneous remedies which can be ordered by the Court on a provisional or interlocutory basis. These include (a) the provision of security for costs which may be ordered against a foreign plaintiff suing in England or an impecunious limited liability company requiring the plaintiff to pay into Court an adequate sum for the security of the costs of the defendant should he succeed in the action; (b) the provision for the recovery of property by a party claiming to be its owner where the opposite party claims a lien on the property; (c) the appointment of a Receiver in the case of a business which requires to be kept as a going concern pending the dispute between parties as to the ownership or management of the business.

75. Quite recently, the Court of Appeal has introduced into the English system a form of order to prevent the defendant from dealing with his property in England by removing it out of the jurisdiction, so as to provide the plaintiff with some security in case he should ultimately recover judgment against the defendant.² But we have no machinery in England, as compared with some Commonwealth Countries to compel the defendant to provide security to satisfy any judgment

1. See Administration of Justice Act 1969, s. 20, implementing the recommendations of the Report of the Committee on Personal Injuries Litigation (Cmnd. 3691 (1968)), and see R.S.C. Order 29, Part II.

2. *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, [1975] 1 W.L.R. 1093; [1975] 3 All E.R. 282.

which the plaintiff may recover against him, nor to attach ad debt owing to the defendant before trial to secure any judgment recovered at trial, still less to attach the person of the defendant before trial. These forms of provisional remedies, while they would very likely accelerate the legal process, seem too drastic and appear to pre-empt the justice of the case.

Nevertheless, these miscellaneous provisional remedies operate each in its own way to accelerate the legal process, because very often what is awarded by the Court by way of provisional remedy is treated by the parties as providing a basis on which they can dispose of their action without further proceedings and certainly without proceeding to a plenary trial.

SECTION 4. DISPOSAL OF PROCEEDINGS WITHOUT TRIAL

76. There are various methods for allowing and even encouraging the parties to dispose of actions without proceeding to an actual trial. The underlying theory is that if the action can be disposed of without a trial or if there is no proper claim or defence which is worthy of a trial, the parties should be allowed or entitled to bring an end to the proceedings without the need or the expense or the delay in proceeding to a plenary trial. Some of the more important of these methods are the following.

(i) Settlement between the parties

77. The great majority of actions that are started are settled by agreement between the parties. There is indeed considerable art and skill in negotiating a settlement, including the need to sustain continual pressure by one party on the other or for one party to keep the case moving so as to persuade the other party to keep the case moving so as to persuade the other party to agree to a settlement; and of course there are many social and political pressures which operate on the parties to bring about a settlement between them, such as the fear of the Courts and of the legal process and of the mystery and technicalities of the Court, the uncertainty of the law which makes litigation somewhat of a gamble because it is dependent on many uncertain factors, the heavy burden of the cost of litigation, the fear of delays in litigation and even the fear of appearing in public. At the same time the policy of the law is to encourage the settlement of litigation by enabling the parties to carry on 'without prejudice' negotiations and by enforcing a concluded agreement of settlement or compromise as replacing the original dispute between the parties.

78. Indeed, it should be regarded as a rule of professional conduct that the lawyer of the parties should engage in serious and meaningful negotiations to settle their clients' cases on as reasonable, favourable and fair terms as possible. The parties are in the hands of their lawyers to produce a just result and a proper and fair settlement is as much as just result as an adjudication by the Court.

(ii) *Settlement Conferences*

79. In the United States, the use of the pre-trial Conference, as an occasion in which the Judge may seek to promote a settlement between the parties, became prevalent with the introduction of the procedure into the Federal Rules of Civil Procedure in 1938; and this device has been adopted in most State jurisdiction and is now widely used throughout that country.

80. In Canada, there has arisen a widespread interest in this technique as a method of bringing about a settlement between the parties; and in Ontario a very important experimental exercise has been undertaken with a view to establishing the utility and effectiveness of the settlement-oriented pre-trial Conference, under which the Judge would seek, through discussion with Counsel, to assist them at arriving at an out-of-court settlement.¹

81. In civil law countries and in the European socialist countries, it has long been the practice and indeed the duty of the Court to promote an amicable settlement between the parties in the course of the early stages of the proceedings.

82. In England, the Court at present has no power to participate in a settlement conference, i.e. to try and persuade the parties to make a settlement between themselves; but the suggestion has been made that such a settlement conference should be introduced on a voluntary basis and that it should be conducted before a Master and not before a Judge who may ultimately try the action and that unless the action is actually settled, whatever happens in a settlement conference should remain and be kept secret from the trial Judge until all questions of liability and damages are determined.² This proposal has not yet been implemented in England.

(iii) *Conciliation Procedures*

83. There are also suggestions in England for the introduction of conciliation procedures in the general machinery of civil justice.³ It is pointed out that there are not two but three methods for the disposal of actions. The first is by settlement between the parties and the second is by an adjudication or determination by the Court, but in addition there is a third method, namely, by the process of conciliation, under which the parties who cannot agree a settlement between themselves may be assisted by an authoritative person or body to reach a compromise without either of them being categorised as being the victor or the loser. There is, I think, a great need and plenty of room for the introduction of the conciliation

1. See Watson, *op.cit.*, Para. 6.

2. See Reservations by Master Jacob to the Report of the Committee on Personal Injuries Litigation, (Cmnd. 3691 (1968)) at p. 9.

3. See Master Jacob, *ibid.*

process; it has already been introduced into many classes of proceedings, e.g. matrimonial proceedings, industrial proceedings and in matters concerning race relations or sex discrimination and so forth and, for myself, I see no reason why it should not be introduced into the general law of civil proceedings. It will certainly need a new type of approach and perhaps a new method of dealing with parties somewhat different from the approach of simply adjudicating between two parties as to which of them is right and which is wrong. Conciliation is a socially valuable process for adjusting relations between parties who are in controversy, even if the controversy concerns their legal rights and duties; it is a healing process, a method of producing greater social harmony and understanding, a process for bringing parties together rather than increasing the tension and estrangement between them; it will increase the quality of justice and the cultural level of the civilisation that adopts it as a method of resolving legal disputes.

(iv) Payment into Court and Open Offers

84. In Common law countries, other than America, a very unusual instrument is provided to persuade the plaintiff to settle his action for debt or damages. The device operates by enabling the defendant without admitting liability to make a payment into Court in satisfaction of the claim¹; if the plaintiff accepts that payment within a specified time, the action is immediately stayed and the plaintiff becomes entitled to his taxed costs up to the time of the payment in. On the other hand, if the plaintiff does not accept that payment and the action proceeds to trial, then if he recovers more than the amount paid in, the plaintiff will be entitled to the amount recovered and the whole costs of the action on the principle that the costs will follow the event of his success, but if the plaintiff should recover the amount paid in or any lesser sum he will recover the amount awarded and the costs of the action up to the date of the payment in and he will have to pay the costs of the action thereafter on the same principle since he will have lost the event, in this case the event being the amount that has been paid into Court. This procedural device has been called 'a blunt instrument' and it can produce considerable injustice where the parties, for example, have been fighting for days on the issue of liability on which the plaintiff wins but the plaintiff loses by recovering less than the amount paid in on the amount awarded by way of debt or damage; in such a case he will have to pay the whole costs of the action including the issue of liability on which he has succeeded.

85. On the other hand, the payment in Court by the defendant does place the plaintiff in a considerable difficulty, if not dilemma. To that extent, the system of payment into Court operates to accelerate the legal process by compelling the

1. The fact of payment in or its amount must be kept 'secret' from the Court, until all questions of liability and damages have been determined. German procedure has no equivalent to the mechanism of a 'payment into Court', see Schwab, *op.cit.* (a).

ACCELERATING THE PROCESS OF LAW

plaintiff to decide whether or not to accept such a payment in even though it may not be a satisfactory amount. Experience shows that many plaintiffs are persuaded to accept the payment into Court and so bring an action to an end even though they may not think that the 'settlement' of an action arrived at in this way is fair or reasonable.

86. There is a further practice in actions other than claims for debts or damages in which the defendant can make what is called an 'open offer' to meet the plaintiff's claim and this operates in the same way as a payment into Court.¹

(v) *Miscellaneous methods for disposal without trial*

87. There are in Common law countries many other miscellaneous methods for disposal of actions without trial which operate significantly to accelerate the legal process and which cumulatively operate to reduce the total number of cases which actually come to trial.

These methods include the following processes: –

- (a) *Default Judgements*, which may be entered where a party, generally the defendant, is in default of complying with a Rule or order of the Court² though it is possible in Common law countries to apply to set aside a default judgment for good cause.
- (b) *Summary Judgments*, under which the plaintiff may be entitled to enter judgment without a trial where he establishes that the defendant has no triable issue or question to raise in defence to his claim.³
- (c) *Striking out actions or defences*, where it is established that by his pleading the plaintiff has no reasonable cause of action or the defendant no reasonable ground of defence or either party is guilty of abuse of the process of the Court.
- (d) *Dismissal for Want of Prosecution*, where it is shown that the plaintiff has been guilty of prolonged and inexcusable delay which would occasion prejudice the defendant or otherwise prevent a fair trial being had between the parties.

SECTION 5. TRIAL PROCESS

88. The predominant mode of the civil trial in England has now become trial by Judge alone and it is very rare indeed to have a trial with a jury.⁴ A jury trial of course lasts longer than a trial by a Judge alone, perhaps half as long again, so that so far as the trial itself is concerned, there has been a significant acceleration of the legal process, though some people would say that nowadays the trials themselves are taking longer than they used to.

1. This practice has recently been introduced in British Columbia, see Watson, *op.cit.*

2. In England, no judicial determination is necessary and the procedure is basically administrative in character.

3. This procedure has been extended in England to squatters.

4. In 1976, there were only 6 jury trials in England, see Civil Judicial Statistics 1976, p. 47.

In the Common law countries, especially in America, the system of jury trials still prevails in civil cases, though each country seems to be making efforts to reduce the number or eliminate jury trials.

89. The system of trial by judge alone has many variations in Common law countries, especially in England, in the sense that specialist cases are tried by specialist Judges and long, intricate and detailed cases are ordered to be tried as Official Referee business by specialist Circuit Judges and simple straightforward cases may be tried with the consent of the parties by Masters or Registrars. This flexibility in employing the available body of Judges to try different classes of actions also significantly expedites the legal process. A further factor which perhaps should also be mentioned is that there is now a statutory power to enable Circuit Judges, i.e. a lower grade of Judge than a High Court Judge, to be detailed to try High Court actions and, indeed, senior and experienced members of the Bar may also be drawn in to act as Deputy High Court Judges. In other words, the trial process rate is kept going to meet the pressing demands for the trial of actions as early as possible.

90. It may be of interest to provide a kind of yardstick as to the time-scale for civil trials in England. The general estimate is that there is an interval of about one and a half years between the date when a cause of action arises and the issue of the writ and that thereafter there is an interval of about one year and three months from the date of the issue of the writ until the date of trial. This period is calculated on the following time-scale which shows the average way in which an action progresses, though the number of days set against each step is slightly longer than is prescribed by the Rules:

Time-scale for Progress of Action

Issue of writ	
Service:	28 days
Appearance:	14 days
Statement of Claim:	21 days
Defence and counter-claim:	42 days
Reply:	21 days
Summons for directions:	35 days
Order for directions:	42 days
Setting down:	42 days
	<u>245 days = 8½ months</u>
Trial:	5 – 6 months
Total about 1 year three months from start of action to trial. ¹	

1. The period is much shorter in the Country Court.

Many actions may possibly be heard within a shorter period but also many actions will take much longer to be heard at trial.

(1) Speedy Trials

91. In England the Court has power, at the pre-trial stage, to order that the action is fit for a 'speedy trial', which entitles the parties to ask for the date of trial to be fixed as soon as practicable. Under this practice, which of course is used only in exceptional cases, an action may be tried by a Judge within a few weeks from the date of the issue of the writ, and indeed it has been known for actions to be tried within shorter periods, say within a week to ten days of the issue of the writ. In other words, the English system has considerable flexibility in dealing with urgent cases as expeditiously as possible.

(2) Separation of Issues of Liability and Damages

92. In Common law countries, the Court has power to order that the issues in an action should be tried separately and at different times; and in particular, for example, to order that the trial of the issue of liability should precede the trial of the issue of damages which should be left to be dealt with later as may be directed, if liability is found for the plaintiff. This power, however, is comparatively rarely used and thus it cannot be said that the existence of the power plays any significant part in accelerating the legal process. The reason for its lack of use is that lawyers on the whole are disinclined to have two bites at the cherry; and of course, from the defendant's point of view, separation of the trials of issues of liability and damages are treated as two separate trials, and accordingly increase the costs which they would wish to resist as much as possible.

(3) Preliminary Issues

93. In Common law countries, the Court has power to order the trial of a preliminary issue in an action, whether of law, or fact, or mixed fact and law, e.g. whether a binding contract was concluded between the parties, whether the defendant is an accounting party and so forth. The trial of preliminary issues can have the effect of bringing an action to an early end and thus assist in accelerating the legal process; but this practice is not often employed, since there appears to be considerable reluctance on the part of lawyers to resort to this mode of trial. Perhaps the factor which discourages its use is the increase in costs which would be entailed and also the increase in effort in preparing for possibly more than one trial. Yet the question is whether this mode of trial ought to be employed more often, though it is difficult to see how this can be brought about except by a change in the Rules.

(4) *Fixing Dates for Trial*

94. A very important feature relating to the trial process is the listing of actions of trial. On the whole, actions are tried in the order in which they are set down for trial, and they are each taken out of the 'queue' in turn to be listed for trial. Nevertheless, it is possible for the parties to arrange for their date of trial to be fixed a little while ahead so that they can know exactly when the trial will come on. This is a great convenience for solicitors as well as the parties and their witnesses, especially expert witnesses and on the whole in England the fixture list for dates of trial is faithfully observed. The present state of the lists is such that a fixture may be given perhaps three to four months ahead or as may be more convenient to the parties. The system of fixed dates for trial has unfortunately not yet been introduced in England outside London, though there is a strong pressure for its introduction there.

95. There are in fact several lists for Trial of different classes of action, and it is the business of the Clerk of the Lists to place different actions in their appropriate list. Thus, there is a Short Cause List for the trial of actions expected to last 4 hours or less, which can be speedily tried; there is a Special Paper List for the more specialised kind of cases. There is also the Commercial List for the trial of commercial actions in the Commercial Court, which at any rate occasionally can expedite the hearing of actions very considerably.

(5) *Concentrated or Dis-continuous Trial*¹

96. The Common law system of trial envisages that it will take place as a continuous uninterrupted process, as one entire concentrated episode. It is very rare indeed that an action which has begun to be heard by a Judge should be adjourned in order to enable the parties to make further enquiries or to interview further witnesses or to make any further preparations for the trial. There are, of course, great advantages in this process, in that it concentrates the entire efforts and energies of the parties into the trial period and compels them to make all their preparations for the trial on this footing. On the other hand, as a matter of principle, there are also some disadvantages which attach to this process and it may well be desirable to consider the possibility of introducing a dis-continuous system of trials, in cases in which the justice of the case requires that what has been revealed at the trial may require further preparation and that the parties should have the opportunity for the trial to be adjourned in order to make such further preparations. In one sense, such a dis-continuous system of trial may delay the legal process but on the other hand it would have the advantage of ensuring that a party is not precluded from presenting all relevant material to the Court to support his case or to destroy that of his opponent.

1. Curiously enough, the South Korean Reporter strongly supports the introduction of the 'concentrated trial' see Professor Sang, *op. cit.*

Such a system of a dis-continuous trial would perhaps dispense with the need for the sharp division between the trial and pre-trial stages that exists in England and most Common Law countries, and perhaps there may be an important question as to whether such a sharp division is really necessary.

(6) Immediate Oral Judgment

97. In Common law countries other than in America, it is the practice for the Judge at the end of the trial to give immediately an extempore oral judgment based on the evidence and the arguments which he has heard. This may sound strange and somewhat unusual to lawyers in other jurisdictions, but it is regarded as normal and the Judges on the whole regard it as a very important aspect of the trial process, and indeed they prefer it because at the end of the trial the whole case is fresh in their minds, since it would have been fully argued before them and the arguments would have unfolded what the questions for decisions are and the Judge can feel ready and able to pronounce his decision immediately after the arguments. Of course in long or difficult cases or those which may involve complex questions of law, the Judge may reserve his decision and give it at a later date in a written form. On the whole this is a rare practice and the oral extempore judgment greatly expedites the legal process.

98. Whether the judgment of the Judge after a trial is given orally or in a written reserved judgment, its outstanding feature in the English system is the basic finality of the findings of fact of the trial Judge. The essential finality of the judgment at first instance plays a crucial part in accelerating the legal process, since it greatly reduces the volume of appeals.

'SMALL CLAIM COURTS'

PROF. DR. HANS W. FASCHING

(Wien)

ÜBERSICHT

A. Die Problemstellung	347
B. Gerichte und Verfahren in geringfügigen Streitigkeiten	349
I. Geringfügige Streitigkeit:	349
1. Begriff	349
2. Bestimmungskriterien:	349
a. Streitwert	350
b. Art der Streitsache	350
c. Einfachheit der Erledigung	351
II. Soziale Bedeutung der geringfügigen Streitigkeiten:	351
1. Häufigkeit	351
2. Dauer der Prozesse	352
3. Die Kosten und ihr Verhältnis zum Streitwert:	352
a. Anwaltshonorare	353
b. Sachverständigenhonorare	354
c. Höhe der Gesamtkosten und ihr Verhältnis zum Streitwert	354
III. Wer entscheidet über geringfügige Streitigkeiten?	355
1. Ordentliche Gerichte	355
2. Spezialabteilungen der allgemeinen Gerichte	356
3. Besondere Streitschlichtungseinrichtungen	356
4. Konsumentenschutzeinrichtungen	356
5. Juristisch ausgebildete Richter oder Laien?	357
IV. Das Verfahren:	358
a. Allgemeiner Zivilprozeß	358
b. Zivilprozeß mit ergänzenden Spezialregeln (auch Mahnverfahren)	358
c. Sonderverfahren in geringfügigen Streitigkeiten	
Als Beispielfälle:	361
1. Bagatellverfahren im Staate New York	361
2. Bagatellverfahren in England und Wales	363
3. Bagatellverfahren in Schweden	363
4. Schriftliche Verfahren in der Bundesrepublik Deutschland	364
V. Reformprobleme:	364
a. Derzeit bereits geplante und vorbereitete Reformen	364
b. Reformvorschläge der Länderberichterstatter	365
C. Kriterien für die Gestaltung eines leistungsfähigen Verfahrens in geringfügigen Rechtsstreitigkeiten:	367
I. Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in die Funktion der Gerichte und des Bagatellverfahrens; Beratung und Aufklärung	367

II. Sicherung des Gleichgewichtes der Streitparteien (Vertretungsfreiheit, Kosten, Klagebefugnis, aktive Prozeßleitung)	368
III. Verfahrensgestaltung (Einfachheit und Formlosigkeit; geringstmöglicher Zeitaufwand; geringstmöglicher Kostenaufwand; Gewährleistung rascher Erledigung einer großen Anzahl von Prozessen)	369
IV. 'Vermenschlichung des Gerichtes'	370

A. Die Problemstellung*

Die im Leitthema des Kongresses zum Ausdruck gebrachte Forderung nach 'einem Gericht mit menschlichem Antlitz' kann sich nicht in der Herausarbeitung von Grundsätzen und Prozeßmaximen erschöpfen. Die Vermenschlichung der Justiz muß sich vor allem in der reibungslosen Funktion des Rechtsganges und darin erweisen, daß sie für jedermann mit möglichst geringem Aufwand ein Maximum an Rechtsschutz und Gerechtigkeit zu bieten vermag. Nur dann kann die Gerichtsbarkeit in der Bevölkerung Vertrauen in ihre Funktion und in die Effektivität des Rechtes hervorrufen.

Diese allgemeine Forderung gilt für jeden Zivilprozeß. Besonders augenfällig werden die Probleme aber bei den 'geringfügigen Streitigkeiten'. Denn hier treten einige wichtige Besonderheiten hinzu:

a. Die 'geringfügigen Streitigkeiten' bilden die zahlenmäßige Hauptmasse aller Zivilprozesse. Der größte Teil der vor den Zivilgerichten auftretenden Bevölkerung lernt diese vor allem oder überhaupt nur aus Anlaß eines geringfügigen Rechtsstreits kennen und sammelt in diesen Streitigkeiten die meisten Erfahrungen mit den Zivilgerichten.

b. Gerade hier wird das Problem der Prozeßökonomie besonders bedeutsam. Es gilt eine Entscheidung zu treffen zwischen zwei Forderungen. Auf der einen Seite steht der Wunsch nach einem umfassenden Sachermittlungsverfahren zugunsten möglichst richtiger Entscheidung ohne Rücksicht auf Dauer und Kosten. Dem weitgehend entgegen steht der Ruf nach einem Verfahren, dessen Zeit- und Geldaufwand mit dem wirtschaftlichen Wert des Streites in Einklang gebracht werden kann – und dies wird weitgehend nur durch Improvisation und Formlosigkeit erreicht werden können; damit scheint aber gelegentlich die Gefahr einer Vorläufigkeit oder 'Großzügigkeit der Entscheidung' verbunden zu sein. Die Verfahrensvorschrift der meisten Prozeßordnungen streben die Lösung dieses Konflikts nicht durch eine Extremposition an, sondern durch einen mehr oder minder geglückten Kompromiß zwischen beiden Standpunkten.

c. Bei geringfügigen Streitigkeiten ist die Waffen- und Chancengleichheit zwischen den Parteien potentiell besonders gefährdet. Während in fast allen wichtigen Streitigkeiten sich beide Parteien durch Rechtsanwälte vertreten lassen müssen oder doch in der Praxis vertreten lassen, führen hier teilweise ökonomische Erwägungen, teilweise auch die Strukturen der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnungen, sehr häufig zu einer Gegenüberstellung von juristisch beratenen und anwaltlich vertretenen Parteien mit rechtsunkundigen und unvertretenen Parteien. Dies ist in den letzten Jahrzehnten immer augenfälliger geworden. Ein 'Gericht mit menschlichem Antlitz' muß der unvertretenen Partei die Scheu nehmen, das Gericht anzurufen oder sich vor ihm zu verteidigen; und es muß da-

* *Vorbemerkung:* Die einzelnen Länderberichte werden mit dem Namen des Berichterstatters, mit dem Namen des Landes und mit der Seitenzahl zitiert, in der die konkrete Bezugsstelle in dem in einer Kongreßsprache verfaßten Originalmanuskript des Berichterstatters zu finden ist.

für Sorge tragen, daß die Stimme und das Wort des Unvertretenen (auch Rechtsunkundigen) genauso Gehör findet und gewogen wird wie die Stimme des Rechtsvertreters.

d. Zuletzt aber sollte es bei geringfügigen Streitigkeiten möglich sein, leichter zu einem gütlichen Interessenausgleich zu kommen. Dies wird umso eher der Fall sein, je mehr die Parteien den schon erörterten Aufwand an Zeit und Kosten in Relation zum Gewicht der Streitsache setzen. Damit ist hier der schiedsrichterlichen und damit versöhnenden Tätigkeit des Gerichtes der breiteste Raum eröffnet.

Die Bevölkerungsvermehrung, die Erhöhung des Lebensstandards und die Entstehung der industriellen Massengesellschaft haben zu einem außergewöhnlich starken Anwachsen der geringfügigen Streitigkeiten geführt. Bereits in früheren Jahrhunderten wurde das Verhältnis von Prozeßökonomie zu Prozeßdauer und Entscheidungssicherheit erkannt und in verschiedenen Zeitepochen verschieden gewichtet.¹ Bei den geringfügigen Streitigkeiten speziell macht es nun die Entwicklung seit der Jahrhundertwende unabwendbar, die Gestaltung dieser Streitsachen im Spiegel der Gesetze der verschiedenen Länder zu betrachten und den Versuch zu unternehmen, diese Entwicklung zu skizzieren und kritisch zu würdigen. Der Generalbericht kann sich zu diesem Zweck auf 16 Länderberichte stützen, die im einzelnen von folgenden Berichterstattern verfaßt wurden:

Prof. Per Olof Ekelöf, Schweden
Dr. W. H. Elliot, Großbritannien
Dr. Victor Fairen Guillen, Spanien
Prof. Ken Foster, Großbritannien
Dr. Haakon I. Haraldsen, Norwegen
Doz. Maria Jedrzejewska, Polen
Prof. Horst Kellner, Deutsche Demokratische Republik
Prof. K. D. Kerameus, Griechenland
Prof. Josephine Y. King, USA
Prof. Takeshi Kojima, Japan
Prof. Baki Kuru, Türkei
Prof. Irma Lager, Finland
Prof. Dieter Leipold, Bundesrepublik Deutschland
Dr. Peter Mögelvang-Hansen, Dänmark
Prof. Dr. Nicola Picardi, Italien
Doz. G. D. S. Taylor, Australien
Prof. Hans Ulrich Walder, Schweiz
Lic. José Ovalle Favela, Mexiko.

Nicht zur Verfügung standen für die Erstattung des Generalberichtes Referate aus Frankreich, Belgien und den Niederlanden. Der Generalberichterstatter übersandte zur Vorbereitung der nationalen Berichte einen Fragebogen, die in den Länderreferaten teilweise ausdrücklich berücksichtigt wurde, jedenfalls aber in-

1. *Ekelöf*, Schweden, S 1 f.

haltlich beantwortet erscheint. Die einzelnen Länderberichte, mit großer Sachkenntnis und Genauigkeit verfaßt, weisen für jeden der Staaten das Spannungsverhältnis und die Entwicklungstendenzen aus, die in der Einleitung des Generalberichtes aufgezeigt sind. Sie vermitteln darüber hinaus ein lebendiges und genaues Bild des Verfahrens in geringfügigen Streitigkeiten in ihren Ländern und bestärken die Überzeugung, daß die buntschillernde Vielfalt der Lösungen außerordentlich bemerkenswert ist – mag sie auch den Wunsch nach einer langsamen Angleichung der Verfahrensrechte noch eher utopisch erscheinen lassen.

B. Gerichte und Verfahren in geringfügigen Streitigkeiten

I. GERINGFÜGIGE STREITIGKEIT:

1. *Der Begriff* der geringfügigen Streitigkeit ist im Rechtsstatsachenbereich evident. Seine rechtliche Definition ist dagegen nicht in allen Ländern erfolgt.¹ In denjenigen Ländern, die diesen Begriff nicht kennen, sind dafür entweder organisatorische Ursachen verantwortlich, wie das Vorhandensein eines einheitlichen oder mehrerer Typen von Eingangsgerichten, wobei im letzten Fall die Wertgrenzen zwischen diesen Gerichten im allgemeinen höher liegen als eine durch die jeweilige wirtschaftliche und soziale Struktur des Landes gerechtfertigte Geringfügigkeitsgrenze², teilweise aber auch verfahrensrechtliche Ursachen. So ist etwa die Herausbildung eines eigenen Begriffes der ‘Geringfügigkeit des Streitiges’ mit dem mit der Blickrichtung auf Beschleunigung und Verbilligung des Verfahrens dort nicht so dringend geworden, wo der ganze Zivilprozeß einfach, informell und rasch abläuft und wo kein Anwaltszwang und keine hohe Kostenlast bestehen.³ Gelegentlich läßt sich die Geringfügigkeit des Streitiges nicht aus allgemeinen Vereinfachungen des Verfahrens selbst ableiten, sondern nur mittelbar aus Rechtsmittelbeschränkungen, denen allerdings ebenfalls letztlich eine Kosten-Nutzen-Abwägung zugrundeliegt. Dennoch läßt sich feststellen, daß in den einzelnen Rechtsordnungen und Verfahrensgesetzen der Begriff der geringfügigen Rechtssache genau festgelegt und somit eindeutig abgrenzbar wird.

2. Als *Bestimmungskriterien* dienen entweder der Wert der Streitsache, die Einfachheit (bzw Typizität) des Streitfalles oder die persönlichen oder wirtschaftlichen Charakteristika der Parteien.

1. Keine gesetzliche Definition findet sich in Finnland (*Lager*, S 1), der Deutschen Demokratischen Republik (*Kellner*, S 1), der Türkei (*Kuru*, S 1), Polen (*Jedrzejewska*, S 1).

2. So in der Bundesrepublik Deutschland: 3.000 DM, in Spanien: 10.000 Pes., in Griechenland: 20.000 Dr., in Österreich: 30.000 S.

3. Wie etwa in der Bundesrepublik Deutschland im amtsgerichtlichen Verfahren, in der Deutschen Demokratischen Republik, in der Schweiz, Schweden, Dänemark und Norwegen, in Österreich im bezirksgerichtlichen Verfahren und in Polen.

a. Weitaus überwiegend ist der Wert der Streitsache (*Streitwert*) das wesentliche Abgrenzungsmerkmal. Wenn auch immer wieder nicht unberechtigte – allerdings meist stark ideologisch gefärbte – Einwendungen gegen den Streitwert als Maßstab für die Bedeutung eines Rechtsstreits erhoben werden¹, so hat sich doch bisher für vermögensrechtliche Streitigkeiten kein geeigneteres Kriterium erweisen lassen. Dementsprechend halten die meisten Länder am Streitwert fest. Die Wertgrenzen variieren jedoch beträchtlich.² Die Spannweite ist so groß, daß sie nicht allein mit der unterschiedlichen Einkommens- und Vermögenssituation erklärt werden kann. Sonst wäre es nicht denkbar, daß etwa in der Bundesrepublik Deutschland die Geringfügigkeitsgrenze bei DM 500 liegt, während sie in Schweden bei Kr. 4.800 und in den einzelnen Bundesstaaten Australiens zwischen a \$ 2.500 und 5.000 liegt. Es scheint, daß in den Ländern, die die Geringfügigkeitsgrenze unverhältnismäßig hoch festgelegt haben, auch die Verfahrenskosten des ordentlichen Zivilverfahrens unverhältnismäßig höher sind als in den Ländern mit niedrigerer Geringfügigkeitsgrenze, so daß schon wirtschaftliche Erwägungen die Erweiterung eines vereinfachten und billigen Verfahrens nahelegten. Dazu kommt aber wohl auch ganz allgemein, daß der Anspruch des Bürgers auf 'gleiche Gerechtigkeit auch in geringfügigen Streitigkeiten' verschiedentlich als Hindernis für eine Beurteilung der Geringfügigkeit nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten gesehen wird.³

b. Daß 'geringwertige' Streitsachen nicht immer auch als 'geringfügig' im Sinne von 'einfach zu erledigen' zu bezeichnen sind, ist allgemein bekannt⁴, und es entspricht allgemeiner Erfahrung, daß sehr häufig in geringwertigen Streitsachen komplizierte Beweis- und Rechtsfragen zur Lösung anstehen. Dennoch wird nur in geringerem Umfang die *Art der Streitsache* als Abgrenzungskriterium herangezogen. So etwa in Norwegen⁵, wo die 'small claims' Ansprüche aus Ankäufen beweglicher Sachen und aus Dienstleistungen sind. Häufiger dient die Art der Streitsache dazu, als Negativkatalog bestimmte Rechtssachen entweder aus dem Bereich des Bagatellverfahrens auszuschließen⁶ oder sie überhaupt von den Ge-

1. *Blomeyer, Leopold*, Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1974, S 170 ff.

2. Spanien 250 Pes.; Polen 2.000 Zl. (in der Arbitrage 10.000 Zl.); Griechenland 8.000 Dr.; Bundesrepublik Deutschland 500 DM; Österreich 2.000 S; Türkei 120 US \$; Australien (staatenweise verschieden) von 2.000 bis 5.000 au. \$; Norwegen 2.000 nKr.; Schweden 4.800 sKr.; Dänemark 30.000 dKr.; Italien (in dem von *Picardi* beigegebenen Entwurf eines Gesetzes über Verfassung, Zusammensetzung und Zuständigkeit der richterlichen Organe, vorgesehen vom italienischen Justizminister *Paolo Bonifacio* in Art. 17 des Entwurfes) für die Zukunft 1 Million Lire; USA (staatenweise verschieden) von 200 bis 2.000 US \$; England 2.000 £; Schweiz (kantonsweise verschieden) im Kanton Zürich 3.000 sfr; Mexiko 5.000 Pesos.

3. *Kuru*, Türkei, S 13.

4. *Jedrzejewska*, Polen, S 1 f.

5. *Haraldsen*, Norwegen, S 7 f; Italien (Entwurf Art. 17): Nachbarrechtliche Streitigkeiten, Streitigkeiten über Gebrauch und Nutzen von gemeinschaftlichem Eigentum an Häusern, Schadenersatzansprüche aus dem Betrieb von Kraftfahrzeugen ua.

6. So sind in der Bundesrepublik Deutschland arbeitsrechtliche Streitigkeiten von der Anwendung des Bagatellverfahrens ausgeschlossen, in Griechenland Streitigkeiten über dingliche Rechte an Grundstücken.

'SMALL CLAIM COURTS'

richten auf Verwaltungsbehörden zu übertragen.¹ Erfahrungsgemäß machen sogenannte 'Konsumentenstreitigkeiten' einen großen oder sogar 'überwiegenden Teil der 'small claims' aus, auch wenn die meisten Länder diese Eigenschaft der Rechtssache nicht für die Abgrenzung heranziehen.

c. Die *Einfachheit des Streitfalles und der Erledigung* ist ein wesentliches rechtspolitisch zu forderndes Mitkriterium für die Abgrenzung. Es ist aber nur schwer zu erfassen.² Ob die Rechtsfrage einfach oder kompliziert zu lösen ist, könnte nur dort von Bedeutung sein, wo die Entscheidung nicht durch Berufsrichter oder ausgebildete Juristen zu fällen ist, sondern durch Laien.³ Bedeutungsvoller ist die Einfachheit der Beweisfrage. Hier kam es in den verschiedenen Rechtssystemen zu einer bemerkenswerten Heraushebung der reinen Geldforderungen des täglichen Lebens, die zur Entwicklung eines im wesentlichen dem *Mahnverfahren* ähnlichen Verfahren führte⁴, das tatsächlich ein Minimum an persönlichem und kostenmäßigem Aufwand mit einem Maximum an Effect verbindet (siehe unter B. IV. c).

II. DIE SOZIALE BEDEUTUNG DER GERINGFÜGIGEN STREITIGKEITEN:

1. Häufigkeit:

Wie bereits eingangs erwähnt, betonen alle Berichterstatter nachdrücklich, daß die geringfügigen Streitigkeiten perzentuell einen außerordentlich erheblichen Anteil der gesamten Zivilprozesse ausmachen, der in verschiedenen Ländern 50% aller Streitsachen weit übersteigt. Konkrete Ziffern werden jedoch begrifflicherweise kaum genannt.⁵ Es läßt sich aber aus Angaben über die Dauer und Erledigungsart solcher Streitigkeiten zweifelsfrei erschließen⁶, daß geringfügige Streitsachen in jedem Land sowohl zahlenmäßig an sich wie auch im Verhältnis zu den anderen Zivilprozessen eine ganz erhebliche Größe darstellen, an der sich die Funktionsfähigkeit jeder Justiz entscheidend zu bewähren hat. Hier zeigt sich auch am deutlichsten, wieweit die Bevölkerung Vertrauen zur Gerichtsbarkeit besitzt und wieweit sie die ihr hier eingeräumten Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten auszunützen imstande ist.⁷

1. In Polen sind Ansprüche für Leistungen aus dem Personenverkehr, dem Fernmeldeverkehr und aus Lieferung von Gas und Elektrizität vor Verwaltungsbehörden verwiesen.

2. *Taylor*, Australien, S 12 f.

3. *Fairen*, Spanien, S 3 f; *Haraldsen*, Norwegen, S 12; *Kojima*, Japan, S 4; *Walder*, Schweiz, S 2 f.

4. Dazu allgemein *Elliot*, England und Wales, S 7.

5. Detaillierte Ziffern bringt *Kojima* für Japan und vor allem *Picardi* für Italien, der besonders genau die zeitliche Veränderung des Anteils zwischen ordentlichen Zivilsachen und Bagatellsachen unterscheidet. Die Daten des italienischen Berichtes sind die weitaus detailliertesten und das Ergebnis rechtstatsächlicher Untersuchung durch die Mitarbeiter Prof. Picardis.

6. Siehe etwa *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 12.

7. *Elliot*, England und Wales, S 15 f.

Die Häufigkeit der Inanspruchnahme des Gerichtes in geringfügigen Streitigkeiten hängt – abgesehen von den nationalen Unterschieden des materiellen Rechtes (seiner Klarheit, Anwendbarkeit, Verständlichkeit, Lückenlosigkeit und Aktualität) und der Mentalität des jeweiligen Volkes (Streitbarkeit und Rechtsverständnis) – vor allem vom Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz, von der Einfachheit und Verständlichkeit des Verfahrens und der Entscheidung, von der Gerichtsorganisation (dauernd besetzte oder nur periodisch tagende Gerichte), von der Dauer der Rechtsstreitigkeiten und von dem 'Preis für die Entscheidung', also von der absoluten Höhe der Kosten und ihrem Verhältnis zum Streitgegenstand ab, zum Teil auch vom Umfang und von der Intensität des von den Parteien selbst geforderten persönlichen Aufwandes. Alle diese Faktoren werden in der Folge behandelt werden müssen, in diesem Abschnitt aber vor allem die Dauer des Rechtsstreits und die Kosten.

2. Dauer der geringfügigen Streitigkeiten:

In den einzelnen Ländern ist die Durchschnittsdauer geringfügiger Streitigkeiten verschieden. Noch deutlicher zeigen sich diese Unterschiede aber innerhalb der einzelnen Länder je nach der Verfahrensgestaltung je nach dem, ob die geringfügigen Streitigkeiten im normalen Prozeßverfahren¹, in einem mündlichen Spezialverfahren² oder in einem schriftlichen Verfahren (so insbesondere in einem Mahnverfahren³) behandelt werden. Diese Unterschiede der Dauer je nach Verfahrensart lassen sich über Länder- und Systemgrenzen hinweg als gemeinsames Phänomen verfolgen und zwingen zu dem Schluß, daß die konkrete Verfahrensgestaltung wesentlich mehr Einfluß auf die Dauer der Rechtsstreitigkeiten ausübt als andere ökonomische oder soziale Faktoren in den jeweiligen Staaten. Dies berechtigt zur Hoffnung, daß in einzelnen Ländern entwickelte Verfahrensformen, die dort zur erheblichen Beschleunigung des Prozesses beigetragen haben, auch in anderen Ländern mit dem gleichen positiven Effect eingeführt werden können.

3. Die Kosten und ihr Verhältnis zum Streitwert:

In allen Ländern führt die Anwendung der normalen Zivilprozeßvorschriften auf

1. *Fairen*, Spanien, S 1 f; *Kuru*, Türkei, S 3 (in beiden Fällen ist das 'summarische Verfahren' vorgesehen).

2. *King*, USA, S 3 f; *Foster*, England, S 1 f; *Taylor*, Australien, S 8 f; *Ekelöf*, Schweden, S 2–5. Auch hier ist der italienische Bericht besonders eingehend und weist eine Steigerung der Durchschnittsdauer der Bagatellprozesse in Italien von 7,3 Tagen in Jahren 1881–1890 bis nunmehr zu 419 Tagen in den Jahren 1971–1974 nach (ein Wert, der sich bereits ganz erheblich den Durchschnittswerten der Prozesse von den ordentlichen Gerichten [Präturen und Tribunalen] annähert).

3. *Lager*, Finnland, S 1, 3; *Jedrzejska*, Polen, S 11 f; *Ekelöf*, Schweden, S 3; *Elliot*, England und Wales, S 9, 10 (Zahlungsbefehl); Österreich; uva. In der Türkei übernimmt das Verfahren der Schuldbetreibung diese Funktion (*Kuru*, Türkei, S 5 f.).

geringfügige Streitigkeiten zu einem gewissen Mißverhältnis zwischen Prozeßkosten und Streitwert.¹ Selbst wenn die staatlichen Gebühren gering sind oder gänzlich erlassen werden, bleiben doch zwei entscheidende Kostenfaktoren über: die Rechtsanwalts(Vertretungs)-kosten und die (allerdings nicht so häufig anfallenden) Sachverständigenhonorare.

a. Die *Anwaltshonorare* verteuern die geringfügigen Streitigkeiten entscheidend und führen oft dazu, daß die Parteien sich erst gar nicht bemühen, geringfügige Ansprüche bei Gericht geltend zu machen. Andererseits ist aber den Anwälten selbst eine Untergrenze gesetzt, unter der sie ihre Tätigkeit gar nicht mehr kostendeckend ausüben können.² Daher ist die Vertretungstätigkeit der Rechtsanwälte in geringfügigen Streitigkeiten an und für sich schon für die Rechtsanwälte selbst kaum gewinnbringend, sondern eher wirtschaftlich belastend. Deshalb muß sich auf lange Sicht gesehen jede Regelung eines Sonderverfahrens für geringfügige Streitigkeiten mit dem Problem der Anwaltskosten und der anwaltlichen Vertretung im Prozeß auseinandersetzen. Dies ist – auch wenn es dort, oberflächlich gesehen, nicht so dringend erscheint – selbst in denjenigen Prozeßordnungen unbedingt notwendig, wo selbst im normalen Prozeß über geringfügige Rechtsachen schon heute eine gesetzliche Pflicht (oder durch die Kompliziertheit des Verfahrens begründete Notwendigkeit) zur Vertretung durch Rechtsanwälte nicht mehr besteht, wie ua in Norwegen, Schweden, Finland, Japan, der Türkei, der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich, Spanien und Griechenland. Die praktischen Erfahrungen beweisen, daß selbst in diesen Ländern die Parteien in ganz erheblichem Ausmaße Rechtsanwälte beiziehen und die Möglichkeit, per se auftreten zu können, nicht wahrnehmen.³ Daher wird verständlich, daß die neuen Bagatellverfahren die Kostenlast der Anwaltshonorare beseitigen, sei es dadurch, daß sie den Unterlegenen nicht mehr zum Ersatz der Anwaltskosten des Siegers verpflichten⁴, sei es, daß sie darüber hinaus sogar ausdrücklich die Vertretung durch Rechtsanwälte ausschließen.⁵ Allerdings ist in diesen Fällen für das Verbot der Anwaltsvertretung der Gesichtspunkt der Waffengleichheit ebenso mitentscheidend wie die Kostenfrage.

1. Volle Befreiung von den Gerichtskosten schlägt *Kuru* für die Türkei vor (S 10 f); verwirklicht in Mexiko, S 6 f.

2. *Walder*, Schweiz, S 3, verweist darauf, daß in der Schweiz Rechtsanwälte in geringfügigen Streitigkeiten, in denen der Tarif nicht kostendeckend ist, in freier Honorarvereinbarung von ihren Mandanten Stundenhonorare vereinbaren. Eine Übersicht über die Höhe der Kosten bringt *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 13 f, und *Kerameus*, Griechenland, S 13 f. In Mexiko gibt es ein ‘staatliches Verteidigungsbüro’, das zwar kostenlos, aber erfolglos arbeitet. Parallel zu diesem sind in jedem Distrikt ‘kostenlose Büros’ eingerichtet, die weit wirksamer sind, S 6.

3. *Ekelöf*, Schweden, S 5; *Haraldsen*, Norwegen, S 8; *Mögelvang-Hansen*, Dänemark, S 2. *Favela*, Mexiko, S 6.

4. *Ekelöf*, Schweden, S 5; *Elliott*, England und Wales, S 11 ff; *Foster*, England, S 2; *Kojima*, Japan, S 13.

5. *King*, USA (für Michigan, Kalifornien) S 12, 13; *Taylor*, Australien, S 9 f (für einzelne Staaten).

Der unmittelbare oder mittelbare Ausschluß der Rechtsanwälte in geringfügigen Streitigkeiten ist aber nur dort vertretbar, wo der Richter selbst die Verpflichtung zur materiellen Prozeßleitung und zur Anleitung der Parteien auferlegt erhalten hat und wo anstelle eines 'Beweiskampfes' der Parteien die richterliche Inquisition tritt.¹ Dementsprechend haben die neuen angelsächsischen Verfahren für geringfügige Streitigkeiten für ihren Rechtsbereich zu einer völligen Umgestaltung der Verfahren geführt.

b. Die *Sachverständigenhonorare* belasten die geringfügigen Streitigkeiten ebenfalls über Gebühr, besonders in Konsumentenstreitigkeiten. Hier gibt es zwei Lösungsansätze. Dort, wo das Gericht die Sache vor einen Schiedsrichter verweisen kann, wird es häufig möglich sein, einen Sachverständigen als Schiedsrichter auszuwählen. Wo besondere Vereinigungen oder Behörden für den Konsumentenschutz bestehen, gehört es letztlich auch zu deren Aufgaben oder sollte zumindestens dazu gehören, die Experten für die Lösung der 'technischen Fragen' beizustellen, sonst wäre die Wirksamkeit des Konsumentenschutzes schon von der Kostenseite her in Frage gestellt.² Eine der möglichen Lösungen, die sich hier anbieten, besteht in fest besoldeten Experten.

c. Die *Höhe der Kosten und ihr Verhältnis zum Streitwert* ist in den einzelnen Ländern vornehmlich dadurch bestimmt, ob ein besonderes Verfahren für geringfügige Streitigkeiten besteht oder ob diese in einem (wenn auch modifizierten) allgemeinen Zivilprozeß zu behandeln sind.

Bei Erledigung im allgemeinen Zivilprozeß erreichen die normalen Verfahrenskosten bis zu einem bestimmten Streitwert die Höhe des strittigen Betrages oder übersteigen sie.³ Der Schwellenwert liegt nahe an oder sogar über der Geringfügigkeitsgrenze. Diese Situation bietet daher kaum besonderen Anreiz für die Parteien, geringfügige Ansprüche im Normalverfahren zu verfolgen. Allerdings kennen fast alle Staaten auch in geringfügigen Streitigkeiten die Möglichkeit der Verfahrenshilfe (Armenrecht, legal aid), doch ist in den meisten Ländern der Prozentsatz der Parteien, denen in geringfügigen Streitigkeiten tatsächliche Verfahrenshilfe gewährt wird, sehr niedrig.⁴

Wesentlich günstiger ist die Kostensituation in den neu geschaffenen Bagatellverfahren, die ja eine erhebliche Kostensenkung zum Ziele haben. Dort werden meist geringfügige Pauschalbeträge für die Prozeßeinleitung und Entscheidung begehrt.⁵ Auch hier ist aber ein deutlicher Unterschied zwischen Verfahren mit

1. *Elliott*, England und Wales, Anlage A, Richtlinien.

2. Dazu besonders *Møgelvang-Hansen*, Dänemark, S 4.

3. Siehe dazu *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 13 f; *Ekelöf*, Schweden, S 4 f. In Italien liegt der Schwellenwert bei ca. 100.000 Lire (*Picardi*, S 140). Siehe ferner die in Druck befindliche Untersuchung von *Cappelletti* über die Kosten der Rechtspflege.

4. *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 14, berichtet von 4,4% im Jahre 1975. Schweden stellt zur Verfahrenshilfe keinen Rechtsanwalt bei (*Ekelöf*, S 5). In Norwegen wird in einer geringfügigen Streitigkeit keine Verfahrenshilfe gewährt (*Haraldsen*, S 15).

5. So in England, Australien und Neuseeland, in den USA, Norwegen, Schweden, Dänemark.

mündlicher Verhandlung und schriftlichen Verfahren zu erkennen. Mündliche Verhandlung verlangt einen höheren 'Preis'.¹ Schriftliche Verfahren, so insbesondere die Formen des Mahnverfahrens (Zahlungsbefehle) sind in allen Ländern die billigste Form der Rechtsverfolgung und eignen sich unter dem Gesichtspunkt des Kostenaufwandes am besten zur Erledigung geringfügiger Streitigkeiten.²

III. WER ENTSCHEIDET ÜBER GERINGFÜGIGE STREITIGKEITEN?

Ein Überblick über die Länderberichte ergibt mehrere klar erkennbare Lösungsgruppen:

1. Ursprünglich waren die *ordentlichen Gerichte* in fast allen Ländern zur Erledigung geringfügiger Streitigkeiten berufen. Sie sind es bis heute in den meisten Staaten geblieben, auch wenn Spezialabteilungen oder spezielle Verfahrensvorschriften zusätzlich eingeführt wurden. Im kontinentaleuropäischen Bereich und in den sozialistischen Staaten ging die Entwicklung in Richtung auf eine allgemeine Vereinfachung, Verbilligung und Beschleunigung des gesamten Zivilprozesses, wobei die Spezialproblematik der geringfügigen Streitigkeiten nur in kleinerem Umfang berücksichtigt wurde. Etwas anders war es in Österreich, als dort die überalteten, umständlichen und rechtshemmenden Verfahrensvorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1781 durch einen neuen Zivilprozeß ersetzt werden sollten. Damals wurden die modernen Grundprinzipien des neuen Zivilprozesses vorher in einem Spezialgesetz über das Verfahren in geringfügigen Streitigkeiten aus dem Jahre 1873 (Bagatellgesetz) für Bagatellsachen erprobt. Als sich das bewährte, wurden die Grundzüge dieses neuen Verfahrens verallgemeinert und in die Zivilprozeßordnung des Jahres 1895 aufgenommen; sie haben dadurch den modernen und effektiven Charakter des österreichischen Zivilprozesses entscheidend geformt.³ Insgesamt ging die Entwicklung in Kontinentaleuropa und in den sozialistischen Ländern Europas dahin, die geringfügigen Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zuzuweisen.⁴ In den meisten Ländern sind die Gerichte dauernd besetzt. Jedoch gibt es Länder, in denen das Gericht durch umherreisende Richter betreut wird⁵ oder in denen es nur zu bestimmten Zeitperioden tätig wird.

1. Dazu die Kostangaben bei *Kojima*, Japan, *Taylor*, Australien, und *Elliott*, England und Wales.

2. Dazu Näheres bei *Jedrzejewska*, Polen; *Elliott*, England und Wales, *Kerameus*, Griechenland; *Kuru*, Türkei.

3. Zur Auswirkung des österreichischen Bagatellgesetzes von 1873 auf das griechische Bagatellverfahren: *Kerameus*, Griechenland, S 3. Im Bereich des deutschen Zivilprozesses war eine gegenläufige Entwicklung feststellbar. Die Reichszivilprozeßordnung 1877 enthielt in ihrer ursprünglichen Fassung ein weitestgehend formfreies und einfaches Bagatellverfahren, dessen Besonderheiten aber im Novellenwege vielfach beseitigt und das Verfahren dem allgemeinen amtsgerichtlichen Verfahren angenähert wurde (Diskussionsbeitrag von MD. Dr. H. *Arnold*).

4. So in der Bundesrepublik Deutschland, in Griechenland, in Finnland, in der Türkei, Schweiz, Polen, der Deutschen Demokratischen Republik und Ungarn.

5. Besonders in England, Australien und einigen Staaten der USA.

2. Da in verschiedenen Ländern das ordentliche Verfahren besonders kompliziert und aufwendig war, wurden die geringfügigen Streitigkeiten verschiedentlich an *Spezialabteilungen der ordentlichen Gerichte* verwiesen¹, die durch ihre Einrichtungen dem Massenanstrom von Streitigkeiten besser gerecht werden konnten und bei denen die zur Entscheidung Berufenen in einem raschen, einfachen und formfreien Verfahren vorgehen konnten. Diese Spezialabteilungen der ordentlichen Gerichte sollen, da ja die Parteien in dem speziellen Bagatellverfahren persönlich per se ihre Sache führen sollen, für die Bevölkerung leicht erreichbar sein und auch außerhalb der Arbeitszeit der arbeitenden Menschen tätig werden.² Die Zuständigkeitsregelung darf dem Beklagten die Verteidigung vor Gericht nicht dadurch erschweren, daß er vor einem für ihn nur schwer erreichbaren Gericht geklagt wird.³

3. In einigen Ländern wurden für geringfügige Streitigkeiten *besondere Streit-schlichtungseinrichtungen* geschaffen. Sie sind meist als sogenannte Schlichtungsämter den Verwaltungsbehörden zuzuzählen⁴, seltener sind sie gerichtsähnliche Institutionen.⁵ In beiden Fällen aber steht den Parteien, die mit dem Ergebnis der Tätigkeit dieser Sondereinrichtung nicht zufrieden sind, das Recht zur Anrufung der ordentlichen Gerichte zu⁶, so daß hier von einer sukzessiven oder gar wahlweisen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gesprochen werden kann.

4. Im Rahmen dieser Sonderschlichtungseinrichtungen haben sich auch die *Konsumentenschutzeinrichtungen* entwickelt. Sie sind voneinander in Aufbau und Funktion ähnlich und folgen im wesentlichen dem britischen Vorbild des 'Office of Fair Trading', jedoch in Schweden und Dänemark mit erweiterten Befugnissen.⁷ Als Beispiel sei hier die 'Konsumentenbeschwerdebehörde' ('The Consumer Complaints Board') in Dänemark genannt. Vor diese können Klagen wegen Warenlieferung, Vertragserfüllung und Dienstleistungen mit einem dKr. 10.000 nicht übersteigenden Wert gebracht werden. Daneben gibt es verschiedene 'private Klage- und Berufungsbehörden' auf bestimmten Teilgebieten der Wirtschaft, an die die Konsumentenbeschwerdebehörde die Erledigung von Klagen

1. In England, Australien und den USA.

2. *Kellner*, Deutsche Demokratische Republik (für die Schieds- und Konfliktkommissionen) S 15 f. *King*, USA (für Kalifornien und New York) S 12.

3. *Elliott*, England und Wales, S 2; *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 10 (die Regel des schriftlichen Verfahrens gemäß § 128 Abs 3 ZPO sollen Distanzprozesse erleichtern); *Walder*, Schweiz, S 5.

4. Anders Norwegen, das Schlichtungsämter ausdrücklich als ordentliche Gerichte anerkennt (*Haraldsen*, S 3) und Japan (*Kojima*, S 2 f). Das Schuldbetreibungsamt der Türkei ist eine Verwaltungsbehörde.

5. So die Schieds- und Konfliktkommissionen in der Deutschen Demokratischen Republik und die Arbitrage in den Sozialistischen Staaten.

6. In Norwegen und in der Deutschen Demokratischen Republik.

7. *Ekelöf*, Schweden, S 4; *Mögeltang-Hansen*, Dänemark, S 5; *Elliott*, England und Wales, S 16 f. Vgl. aber auch Mexiko: Dort sieht das Konsumentenschutzgesetz eine dem ordentlichen Verfahren zeitlich vorgelagerte 'Vergleichsinstanz' vor, *Favela*, S 1 f.

überweisen kann, wenn Organisation, Besetzung und Verfahren der ‘privaten’ Behörde bestimmte gesetzlich vorgeschriebene Mindestvoraussetzungen erfüllen. Die Mitglieder der Konsumentenbeschwerdebehörde werden vom Handelsminister bestellt, wobei bis heute als Vorsitzende nur juristisch qualifizierte Personen bestellt wurden. Ein Sekretariat hält den Kontakt mit den Parteien und bereitet eine allfällige mündliche Verhandlung vor. Das Verfahren ist in der Regel schriftlich. Die Sachverständigenkosten werden von der Behörde getragen. Ihre Entscheidungen sind nicht vollstreckbar. Die Parteien sind nicht gehindert, die Sache vor das ordentliche Gericht zu bringen. Verfahrenskosten werden nicht ersetzt. Eine vom Kläger bei Klageeinbringung zu erlegende Gebühr von dKr. 25 wird, außer für den Fall offenbarer grundloser Klage, an den Kläger rückerstattet. Die Dauer des Verfahrens vor der Konsumentenbeschwerdebehörde liegt in Dänemark in 80% der Fälle bei ca. 4 Monaten, in den übrigen Fällen bei ca. 8 Monaten. Die Zahl der anhängig gemachten Streitigkeiten übertraf alle Erwartungen.¹ So besteht in Dänemark und Schweden eine Kombination zwischen auf freiwilliger Basis angerufenen Konsumentenschutzbehörde mit nicht vollstreckbaren Entscheidungen und den jedenfalls zuständigen Gerichten, deren Entscheidungen vollstreckbar sind.²

5. *Juristische ausgebildete Richter oder Laien?*

Die sich ganz allgemein durch die Gerichtsorganisation ziehende Trennungslinie zwischen Ländern, die Zivilsachen nur durch juristisch ausgebildete Richter entscheiden lassen, und solchen, die das Richteramt auch an Laien übertragen, wird ebenfalls bei geringfügigen Streitigkeiten sichtbar. So sind in Spanien, Mexiko, Norwegen, Schweden, Griechenland, der Türkei, der Bundesrepublik Deutschland, Finnland, Dänemark und Österreich nur juristisch ausgebildete Berufsrichter (bzw. Berufsrichter als Vorsitzende) tätig, aber auch in England sind die ‘registrars’ ausgebildete Juristen. Die Möglichkeit einer Gerichtsbarkeit durch nichtjuristische Richter allein ist in vielen dieser Länder ausdrücklich durch die Verfassung ausgeschlossen.³ Dagegen entscheiden in den USA, Australien, Japan und verschiedenen Kantonen in der Schweiz auch juristisch nicht ausgebildete Richter. In Spanien haben in Streitigkeiten unter 250 Peseten auch Nichtjuristen als Richter Entscheidungsbefugnis.

Soweit im Bagatellverfahren Schiedsrichter oder Schiedsmänner tätig werden, sind es in Norwegen in der Regel Nichtjuristen mit höherer gesellschaftlicher Position, die oft im politischen Leben tätig waren und in der Regel größeres Ansehen genießen⁴, während in England normalerweise der juristisch gebildete ‘registrar’ oder ein Sachverständiger die Entscheidungsfunktion übernimmt.⁵ In

1. *Møgelvang-Hansen*, Dänemark, S 7 f.

2. Eine der schwedischen Regelung entsprechende Konsumentenschutzbehörde ist auch in Finnland geplant (*Lager*, Finnland, S 11 f).

3. So in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Griechenland, Türkei.

4. *Haraldsen*, Norwegen, S 3.

5. *Elliott*, England und Wales, S 3 f; *Foster*, England, S 2. Der italienische Entwurf einer

den USA sind die Schiedsrichter meist Anwälte¹, ebenso in Australien², wobei jedoch in Einzelstaaten den Anwälten die Übernahme des Schiedsrichteramtes verboten ist. Insgesamt ist aber auch in Ländern mit schiedlicher Schlichtung der geringfügigen Streitigkeiten die Tendenz zum ausgebildeten Juristen erkennbar. Friedensgerichte und 'Gemeindegerichte'³ werden, soweit sie noch tätig sind, eher zurückgedrängt.⁴

IV. VERFAHREN ZUR ENTSCHEIDUNG GERINGFÜGIGER STREITIGKEITEN

a. Die Verfahrensgesetze mancher Staaten schreiben für die Erledigung geringfügiger Streitigkeiten das *allgemeine Verfahren in Zivilsachen* vor⁵; und zwar entweder ausschließlich⁶, wahlweise neben speziellen Streitschlichtungseinrichtungen⁷, subsidiär⁸ oder im Wege sukzessiver Befassung.⁹

b. In einigen Ländern werden die allgemeinen Verfahrensvorschriften durch *ergänzende Sonderregelungen* modifiziert. So etwa bezüglich der Gerichtsbesetzung dadurch, daß geringfügige Streitigkeiten stets durch Einzelrichter oder verkleinerte Spruchkörper entschieden werden¹⁰; oder, daß für dieses Verfahren der sonst allgemein bestehende Anwaltszwang beseitigt wurde¹¹; daß die Formalitäten der Klageerhebung erleichtert wurden; daß das Verfahren möglichst in einer mündlichen Verhandlung zu Ende gebracht werden kann¹², oder sogar schon in der vorbereitenden Verhandlung zu erledigen ist.¹³ Ferner ist vorgesehen, daß

Friedensgerichtsbarkeit (siehe Anm 6) fordert für den Friedensrichter (giudice onorario) die italienische Staatsbürgerschaft, Erfahrung in zivilen und politischen Rechten, Unbescholtenheit, physische und psychische Eignung, ein Alter zwischen 25 und 70 Jahren, Matura und Wohnsitz im Sprengel (Art. 3 des Entwurfes). Unvereinbar mit dem Amt des Friedensrichters soll sein: Die Mitgliedschaft in gesetzgebenden Körperschaften und Kommunalgremien; die Zugehörigkeit zur Justiz als aktive Beamte oder Angestellte; das Amt des Rechtsanwalts, Rechtsbeistandes oder Anwärters hierfür; Angehörigkeit zum aktiven Teil des Militärs; das Amt als kirchlicher Würdenträger jedweder Konfession; und die Tätigkeit als Angestellter in dem Innenminister unterstehenden Behörden (Art. 7 des Entwurfes).

1. *King*, USA, S 10 (Anwälte mit mindestens 10-jähriger Erfahrung).

2. *Taylor*, Australien.

3. In der Bundesrepublik Deutschland wurden die Gemeindegerichte in Baden-Württemberg ab 1. 1. 1972 aufgehoben. Zu den Gründen der Aufhebung *Leipold*, S 2: Geringe Inanspruchnahme, sinkendes Vertrauen in deren Objektivität.

4. Daher findet auch die im Reformweg erörterte Einführung von Friedensrichtern in der Bundesrepublik Deutschland keine ungeteilte Zustimmung (*Leipold*, S 16).

5. So vor allem Finnland, Polen ua; Mexiko: kein eigenes Bagatellverfahren für Handels-sachen S 2.

6. Türkei, Österreich, Griechenland.

7. Deutsche Demokratische Republik, Japan.

8. Dänemark und Schweden bezüglich des Konsumentenschutzes.

9. Norwegen.

10. Schweden, Türkei, verschiedene Kantone der Schweiz.

11. Türkei, Griechenland.

12. Türkei, Griechenland.

13. Schweden, Dänemark.

der Richter 'nach freiem Ermessen jeweils den Weg bestimmen kann, wodurch er am sichersten, schnellsten und mit den niedrigsten Kosten zur Wahrheitsfindung gelangen kann'¹; neu ist die Einführung eines schriftlichen Verfahrens in den Prozeß der Bundesrepublik Deutschland.²

Dagegen ist im weiten Umfange gerade für geringfügige Streitigkeiten das – meist nicht auf solche Rechtssachen beschränkte – *Mahnverfahren* als besondere Verfahrensart im Zivilprozeß vorgesehen³, das seiner Anlage nach ein äußerst rationelles schriftliches Verfahren ist, in welchem es nur um Geldforderungen geht. Auf Antrag des Gläubigers, der eine Forderung und deren Rechtsgrund zu behaupten hat, erläßt das Gericht⁴ einen Zahlungsbefehl, der dem Schuldner zugestellt wird und in der Regel durch einfachen Widerspruch (Einspruch) des Schuldners außer Kraft gesetzt werden kann (gelegentlich führt der Einspruch zur mündlichen Verhandlung über die geltend gemachte Forderung).⁵

Die nationalen Verfahrensgesetze schließen gegen Entscheidungen in geringfügigen Streitigkeiten weithin *Rechtsmittel* entweder gänzlich aus oder beschränken ihre Zulässigkeit erheblich. So sind die Rechtsmittel gänzlich ausgeschlossen in Polen (im Mahnverfahren), in Griechenland⁶, in Mexiko⁷, in der Türkei⁸, in der Bundesrepublik Deutschland⁹ und in der Schweiz¹⁰. Weitestgehende Rechtsmittelbeschränkungen bestehen ua in Schweden¹¹, Norwegen¹² und Österreich¹³

1. *Kerameus*, Griechenland, FN 63.

2. *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 12, 15 f. Zum Modellfall eines einfachen Verfahrens siehe das Verfahren vor dem 'Tribunal de las Aguas' in Valencia, bei *Fairen*, Spanien, S 13 ff.

3. England, Schweden, Finnland, Bundesrepublik Deutschland, Australien, Österreich, Türkei, Schweiz (einzelne Kantone).

4. In der Türkei wird das dem Mahnverfahren entsprechende Schuldbetreibungsverfahren durch Erwirkung eines Zahlungsbefehls beim Betreibungsamt eingeleitet. Auf Grund des rechtzeitig erhobenen 'Rechtsvorschlages' des Schuldners (Widerspruch) wird die Schuldbetreibung eingestellt. Der Gläubiger kann vor dem Vollstreckungsrichter die Rechtsöffnung verlangen oder bei Gericht den Prozeßweg beschreiten (*Kuru*, Türkei, S 5–7). In Polen wurde das Mahnverfahren 1955 den staatlichen Notariatsbüros übertragen (*Jedrzejewska*, Polen, S 11).

5. So in England (*Elliott*, S 16; begehrt der Schuldner nur Zahlungsaufschub, dann setzt bei Streit das Gericht die Zahlungsbedingungen fest) und in Polen (*Jedrzejewska*, S 14: Die Verhandlung findet vor den Bezirksgerichten statt).

6. *Kerameus*, Griechenland, S 11: Die Berufung ist praktisch ausgeschlossen, die Kassation nur beschränkt zulässig.

7. *Favela*, Mexiko, S 6.

8. *Kuru*, Türkei, S 8: Bei Streitwert unter 120 US \$.

9. *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 11 ff: Bei einem Streitwert unter 500 DM.

10. *Walder*, Schweiz, S 3 (nur Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision).

11. *Ekelöf*, Schweden, S 5 ff: Berufung nur mit Genehmigung des Berufungsgerichtes.

12. *Haraldsen*, Norwegen, S 14: Berufungen gegen Entscheidungen des Amts- oder Stadtgerichtes mit einem 2000 nKr. nicht übersteigenden Streitwert bedürfen der Zustimmung des Präsidenten des Berufungsgerichtes. Gegen Entscheidungen der Schlichtungsämter ist dagegen die Berufung an das Amts- oder Stadtgericht grundsätzlich zulässig (*Haraldsen*, S 11).

13. In Österreich ist gegen Bagatellurteile nur das Rechtsmittel der Berufung zulässig, wobei die Berufungsgründe auf die Nichtigkeitsgründe des § 477 Abs 1 Z 1–8 ZPO beschränkt sind, die rein prozessuale Fehler betreffen (für eine Erweiterung de lege ferenda auch auf eine Prüfung

sowie in einzelnen Kantonen der Schweiz.¹ Eine rein faktische Beschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten ergibt sich in Japan durch die außerordentlich starken Verzögerungen bei der Erledigung der Rechtsmittel.² In geringfügigen Streitigkeiten ist die Rechtsmittelhäufigkeit länderspezifisch verschieden. Es kommt dabei weniger auf den jeweiligen ökonomischen und sozialen Standard des Volkes an als vielmehr auf gewisse im Charakter der Bevölkerung liegende Imponderabilien, wie etwa Einsichtigkeit, Vertrauen in die richterliche Autorität, Hartnäckigkeit, gekränktes Rechtsempfinden, usw.

Faßt man die Sonderregeln des allgemeinen Zivilprozesses zusammen, die der Eigenständigkeit des Verfahrens in geringfügigen Streitigkeiten gerecht werden wollen, dann ergeben sich als wesentliche Merkmale:

1. Einzelrichterverfahren.
2. Lockerung des Formalismus für Parteihandlungen.
3. Befreiung vom Anwaltszwang.
4. Schriftlichkeit, oder
5. Konzentration der mündlichen Verhandlung.
6. Stärkung der Verhandlungsleitung und Inquisition des Richters; insbesondere durch
7. Verfahrensgestaltung nach richterlichem Ermessen, und
8. Rechtsmittelausschluß oder weitgehende Rechtsmittelbeschränkungen.

Durch diese Sondervorschriften wurde das allgemeine zivilprozessuale Verfahren vieler Länder den Notwendigkeiten eines Bagatellverfahrens angepaßt. Dennoch ist dieser Weg nur für diejenigen Länder gangbar, deren historische Prozeßstruktur überhaupt solchen Ergänzungen und Korrekturen zugänglich ist. Das sind vor allem die Prozeßordnungen, die dem Richter eine aktive Rolle bei der Verfahrensgestaltung zuweisen und ihn selbst für die Vollständigkeit und Richtigkeit nicht nur der Entscheidung, sondern auch ihrer Sachgrundlagen verantwortlich machen. Wo die historische Prozeßstruktur dagegen vornehmlich der Ordnung und Regelung des Parteienkampfes dient, hätte eine Anpassung an die genannten Forderungen zu einer Änderung der Grundstruktur des ganzen Zivilprozesses führen müssen. Daher war diesen Ländern der Weg der Ergänzung der allgemeinen Zivilprozeßvorschriften durch einzelne Sondernormen verwehrt. Sie mußten zu eigenen, in sich geschlossenen Bagatellverfahrensgesetzen und Spezialeinrichtungen kommen, ohne die Struktur ihres allgemeinen Zivilprozesses zu verändern.

Für die Entwicklung selbständiger Bagatellverfahren ist noch ein weiterer Grund verantwortlich: Die Erkenntnis, daß man trotz der Anpassung des allgemeinen Zivilprozesses durch ergänzende Vorschriften nicht immer in der Lage

der materiellrechtlichen Beurteilung *Jelinek*, Fortentwicklung des Geringfügigkeitsgrundsatzes im Zivilprozeß, ÖJZ 1975 S 484, 505).

1. *Walder*, Schweiz, S. 3 f: Nur Nichtigkeitsbeschwerde.
2. *Kojima*, Japan, S 11 (Statistik).

war, alle Sonderprobleme der geringfügigen Streitigkeiten zu lösen. Denn der allgemeine Zivilprozeß ist (mit Ausnahme des Mahnverfahrens) nicht unbedingt zur Bewältigung eines großen Anfalls von Streitsachen geeignet. Die im allgemeinen Zivilprozeß typisch juristischen Verfahrens abläufe vermögen die Kontaktschwierigkeiten zwischen Parteien und Gericht nicht völlig abzubauen. Das Ungleichgewicht zwischen rechtsanwaltlich vertretener und unvertreter Partei ist nur dort beseitigt, wo der Richter schon traditionell durch umfassende und verständliche Rechtsbelehrung und besonders aktive Prozeßleitung materiell das Gleichgewicht herstellen kann. Gerade hier besteht aber die Gefahr, daß der an die überwiegend anwaltlich vertretenen Parteien im allgemeinen Zivilprozeß gewöhnte Richter dann, wenn er es mit unvertretenen oder schlecht vertretenen Parteien zu tun hat, schon aus Gewöhnung seine Belehrungs- und Anleitungspflicht nur rein formal ausübt. Schließlich bringt auch eine ergänzende Anpassung des allgemeinen Zivilprozesses an die Besonderheit der Bagatellsachen nur sehr bedingt und oft unzulänglich eine Änderung der Kostenlast und der Kosten-Streitwert-Relation mit sich.

Darum entwickelten sich in den angelsächsischen Ländern und in Schweden besondere Bagatellverfahren. Während die Bagatellverfahren der angelsächsischen Länder weitgehend parallel neben dem Zivilprozeß entstanden, ist das schwedische Bagatellverfahren ein Kind der eher jungen schwedischen Zivilprozeßordnung.¹ Eine weitere Möglichkeit zeigt das schriftliche Verfahren (gemäß § 128 Abs 3 der Zivilprozeßordnung) in der Bundesrepublik Deutschland, wo im Rahmen des allgemeinen Verfahrensgesetzes ein weitgehend beschränktes Bagatellverfahren geschaffen wurde.

c. Sonderverfahren für geringfügige Streitigkeiten:

Als besondere Modelltypen eines eigenen Bagatellverfahrens sollen hier das Bagatellverfahren im Staate New York, in England und in Schweden sowie das schriftliche Verfahren (gemäß § 128 Abs 3 ZPO) in der Bundesrepublik Deutschland kurz skizziert werden.

1. Bagatellverfahren im Staate New York²:

Zuständig ist die Abteilung für geringfügige Streitigkeiten beim Gericht für Zivilsachen im Staate New York, Wertgrenze \$ 1000. Der Kläger muß zu einer der 6 Dienststellen für Schriftführer gehen und den Schriftführer über die Art der Klage, den Namen und die Adresse des Beklagten informieren. Der Schriftführer reduziert diese Angaben auf eine einfache und kurze Erklärung, die Klageschrift. Dem Kläger laufen an Kosten eine Eintragungsgebühr von \$ 2 und die Gebühren für die Klagszustellung auf. Die Klageschrift wird nunmehr vom Schriftführer eingeschrieben per Post an den Beklagten gesandt, wobei ihm sofort das Datum der anberaumten Verhandlung mitgeteilt wird, zu der der Beklagte oder sein

1. Schwedische ZPO vom Jahre 1878.

2. King, USA, S 6 ff.

Anwalt kommen muß, da sonst ein Versäumnisurteil gefällt wird. Der Kläger wird ebenfalls vom Verhandlungstermin verständigt.¹ Die Parteien können das Verfahren vor dem Richter der Bagatellabteilung durchführen lassen oder einen Schiedsrichter wählen; die Schiedsvereinbarung wird schriftlich festgehalten. Fast 90% der Parteien wählen in Bagatellsachen einen Schiedsrichter. Dieser wird aus 800 Anwälten mit mindestens 10-jähriger Praxis gewählt. Die mündliche Verhandlung findet entweder vor dem Schiedsrichter oder – wenn diesbezüglich keine Vereinbarung erfolgte – vor dem Richter der Bagatellabteilung statt. Die Verhandlung vor dem Schiedsrichter ist formlos und privat. Gelingt ihm kein Vergleich, dann prüft er die Sache. Dabei ist er von den strengen Regeln des Beweisrechtes befreit (außer vom Zeugeneid). Das Protokoll ist lediglich ein kleines Formular, in dem die Ergebnisse des Beweisverfahrens nicht festgehalten werden. Die Parteien können befragt werden. Die Entscheidungen des Schiedsrichters sind unanfechtbar. Wird dagegen vor dem Richter verhandelt, dann untersucht der Richter den Fall und hört die von beiden Parteien vorgebrachten Beweise. Im Falle der Säumnis des Beklagten hört der Richter die vom Kläger vorgebrachten Beweise sowie die Ansichten und Empfehlungen des Klägers an und fällt nach deren Annahme und Bestätigung ein Urteil. Die Hälfte aller Streitfälle wird verglichen. Auch der Richter selbst kann – so wie der Schiedsrichter – das Verfahren formfrei und ohne Bindung an die Beweisregeln führen. Körperschaften (außer Gemeinden), Personengesellschaften, Genossenschaften, Versicherungsgesellschaften und gewerbsmäßig Bevollmächtigten ist eine Klage im Bagatellverfahren verwehrt.²

Von den jährlich etwa 70.000 Klagen sind zirka 60% Konsumstreitigkeiten, 20% Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen und 20% Miet- oder Pachtstreitigkeiten. Die Tagungen der Gerichtsabteilung finden jede Woche ein bis viermal statt, und zwar an Abenden. Dabei ist bei der Gerichtsabteilung stets eine Anzahl von Schiedsrichtern zum sofortigen Einsatz anwesend. Ein Schiedsverfahren ist dann ausgeschlossen, wenn der Beklagte die Verhandlung vor dem Gericht beantragt oder wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind. Nur etwa 60% der Urteile werden erfüllt.

Die Bagatellverfahren anderer Staaten in den USA ähneln dem New Yorker Modell. Das Gesetz von Kalifornien geht noch weiter und räumt dem Gericht das Recht ein, zu jeder Zeit und an jedem Tag außer an Feiertagen Verhandlungen durchzuführen. Die Gerichte dürfen dort nicht mehr als 6 Klagen desselben Klägers an einem Tag verhandeln und sollen sich bemühen, den Parteien einen Rechtsberater mit minimalen oder ohne Kosten beizustellen. Der Kläger darf sich nicht von einem Anwalt vertreten lassen und darf keine Berufung erheben, während der Beklagte dieses Recht sehr wohl hat.

Schwierigkeiten bei der Vollstreckung sind in den meisten Staaten der USA festzustellen.

1. Zum Recht der Parteien auf Urteil durch das Geschworenengericht (trial by jury) *King*, USA, S 4, 8.

2. *King*, USA, S 8 f.

‘SMALL CLAIM COURTS’

2. *Das Bagatellverfahren in England*, das durch Gesetz von 1973 geregelt ist¹ und teilweise auf Anregungen durch das New Yorker Vorbild zurückgeht, findet auf Streitigkeiten bis zu \$ 2.000 Anwendung. Der Kläger versucht meist zuerst, entweder persönlich oder mit Hilfe eines Beratungszentrums oder des Informationsbüros für Bürger eine gütliche Einigung zu erzielen. Ansonst – und bei Erfolglosigkeit der Einigungsbemühungen – füllt er zwei einfache Formulare (Antrag auf gerichtliche Ladung – Angabe der Einzelheiten) aus. Das Gericht verfügt die Schriftstücke und stellt sie dem Beklagten per Post oder persönlich zu. Bei Geldforderungen handelt es sich um einen Zahlungsbefehl, sonst um eine ordentliche Ladung. Bei einem Zahlungsbefehl hat der Beklagte binnen 14 Tagen dem Gericht mitzuteilen, ob er sich verteidigen oder ob er Zahlungsaufschub begehren oder eine Widerklage einbringen will; bleibt er innerhalb der Frist untätig, dann füllt der Kläger ein Formular zur Urteilsfällung aus und das Urteil ist sofort vollstreckbar. Anerkennt der Beklagte, herrscht aber Streit über die Zahlungsbedingungen, dann werden diese endgültig vom Gericht festgestellt. Verteidigt sich der Beklagte gegen den Zahlungsbefehl oder handelt es sich um eine ordentliche Ladung, dann wird die vorbereitende Verhandlung anberaumt. Bei dieser übernimmt der ‘registrar’ einen Vergleichsversuch oder entscheidet, ob die Sache zum Schiedsgericht überwiesen wird. Beim Schiedsgericht wird die Sache entschieden; seine Entscheidung gilt als Urteil des Gerichtes und wird, falls erforderlich, vollstreckt.

3. *Das Bagatellverfahren in Schweden*² beruht auf dem Gesetz aus dem Jahre 1973 und gilt für Streitsachen bis zu einem Wert von sKr. 4.800. Zuständig ist der Einzelrichter des Gerichtes erster Instanz. Rechtsanwaltskosten werden nicht ersetzt, sondern nur die Kosten der Beweisführung und des Erscheinens der Parteien vor Gericht. Die Beistellung eines Rechtsanwaltes im Wege der Verfahrenshilfe ist ausgeschlossen. Trotzdem wird bei 49% der Streitigkeiten der Kläger und bei 13% der Beklagte anwaltlich vertreten. In jedem Gericht muß ein juristisch ausgebildeter Kanzleibeamter vorgesehen sein, der den Parteien bei Verfassung der Klage und der Klagebeantwortung hilft. Der Richter hat weitgehende Belehrungspflicht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und die Parteien zu beraten; er kann ihnen – abweichend vom Normalfall – auch den Inhalt eines Vergleiches vorschlagen. Das Verfahren kann sowohl mündlich wie schriftlich durchgeführt werden und ist weitgehend formlos gestaltet. Der im ordentlichen Verfahren geregelte Unterschied zwischen vorbereitendem Verfahren und Hauptverhandlung ist im Bagatellverfahren weggefallen. Das Gesetz erwartet, daß bereits nach einer Verhandlung das Urteil gefällt wird. In der Praxis werden 30% der Fälle ohne Verhandlung erledigt, in 12% der Streitigkeiten fällt der Richter ein Versäumnisurteil. In Bagatellsachen ist die Berufung nur mit besonderer Genehmigung des Berufungsgerichts zulässig; diese wird nur sehr selten erteilt.

1. *Elliott*, England und Wales, S 9; *Foster*, England, S 1.

2. *Ekelöf*, Schweden, S 5.

4. *Das schriftliche Verfahren (gemäß § 128 Abs 3 ZPO) in der Bundesrepublik Deutschland*¹:

Das Gericht (Amtsgericht) kann dann, wenn der Streitwert unter DM 500 liegt und einer Partei das Erscheinen vor Gericht wegen großer Entfernung oder aus sonstigen wichtigen Gründen nicht zugemutet werden kann, die schriftliche Verhandlung der Streitsache anordnen, sowohl auf Parteienantrag wie von Amts wegen. In diesem Verfahren können die Zeugenaussagen auch ohne Zustimmung der Parteien schriftlich eingeholt werden. Die Anordnung des schriftlichen Verfahrens kann vom Gericht aufgehoben werden, wenn die Partei, zu deren Gunsten sie ergangen ist, dies beantragt oder wenn das persönliche Erscheinen der Parteien zur Aufklärung des Sachverhaltes unumgänglich notwendig ist. Anwaltszwang besteht nicht; der obsiegenden Partei werden die Rechtsanwaltskosten ersetzt, belasten also das Prozeßrisiko. Die Entscheidung im schriftlichen Verfahren ergeht durch Endurteil. Die Berufung dagegen ist an sich zwar statthaft, aber unzulässig, weil die allgemeine Berufungssumme von DM 500 nicht erreicht wird.

V. REFORMPLÄNE:

a. *Derzeit in den einzelnen Staaten bereits geplante Verbesserungen des Bagatellverfahrens:*

Soweit zu übersehen ist, stehen in den einzelnen Ländern derzeit grundsätzliche Verbesserungen des Bagatellverfahrens nicht unmittelbar bevor. Dennoch sind bereits in einigen Ländern entsprechende Reformvorhaben erkennbar, die in *Italien* bereits das Stadium eines Gesetzentwurfes des Justizministers erreicht haben.² In *Spanien*³ liegen zwei Reformprojekte vor, die im wesentlichen darauf abzielen, die Trennung des Erkenntnisverfahrens und des mündlichen Verfahrens zu beseitigen und einen einheitlichen Verfahrenstyp zu schaffen; außerdem soll der Prozeß verbilligt und die Verfahrenshilfe verbessert werden. In *Finnland*⁴ soll im Zuge einer allgemeinen Prozeßreform für Bagatellstreitigkeiten der Einzelrichter eingeführt werden. In *England* wird derzeit ua die Einführung von Exekutionsbüros bei den Gerichten diskutiert⁵, eine Frage, die auch in den meisten Staaten der USA immer dringender wird.⁶ England, die Staaten der USA mit eigenem Bagatellverfahren, die Staaten *Australiens* und *Neuseeland* (das erst 1976 ein Gesetz über ein Bagatellverfahren erhalten hat, und ebenso wie das Bagatellverfahren der Staaten Australiens dem Bagatellverfahren Englands und New Yorks weitgehend folgt) haben derzeit schon deshalb keine Reform des Verfahrens in geringfügigen Streitigkeiten im Auge, weil ihr Bagatellprozeß neu ist und erst seit

1. Näheres bei *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 10 f.

2. Dem Bericht von *Picardi* angeschlossen.

3. *Fairen*, Spanien, S 19.

4. *Lager*, Finnland, S 11.

5. *Elliott*, England und Wales, S 19.

6. *King*, USA, S 18.

'SMALL CLAIM COURTS'

wenigen Jahren gehandhabt wird. In *Japan*¹ haben die Reformvorstellungen über die bisherige Neuordnung des Bagatellverfahrens hinaus noch keine konkrete Gestalt angenommen. In internationalen Gremien, insbesondere in Europa, wird an Richtlinien für die Verfahrensgestaltung in den einzelnen Ländern gearbeitet.²

In der *Bundesrepublik Deutschland* traf die Einführung des schriftlichen Verfahrens (gemäß § 128 Abs 3 ZPO) mitten in eine allgemeine Reformdiskussion über die Neugestaltung des Verfahrens in geringfügigen Streitigkeiten, in der die breitere Einräumung eines richterlichen Ermessens und die Einrichtung von Friedensgerichten zur Debatte stand. Dabei schien es, als ob Friedensgerichten mit einem staatlichen Friedensrichter gegenüber den nichtstaatlichen Friedensrichtern offenbar leicht der Vorzug gegeben worden sei. Allerdings stellt der Einwand, die Bevölkerung habe zu Friedensrichtern weniger Vertrauen als zu staatlichen Richtern, so daß die Bagatellsachen durch Verweisung an Friedensrichter sozusagen Rechtssachen minderer Güte würden, ein erhebliches Hindernis für jede diesbezügliche Reformtendenz dar. Die Auswirkungen der Einführung des schriftlichen Verfahrens sind bis jetzt noch nicht voll überblickbar.³

Dänemark erwägt auf Grund eines Vorschlages aus dem Jahre 1973 die Einführung eines formloseren Verfahrens in Konsumentenbeschwerdesachen mit dem Ziel der Kostenreduktion und der vorsorgenden Bestellung von Sachverständigen, deren Gutachtenkosten im Falle des Unterliegens des Konsumenten der Staatsschatz zu tragen hätte. Gleichzeitig soll das Verfahren auf eine Verhandlung konzentriert, die Anwaltsintervention beim Sachvortrag ausgeschlossen und die Anleitungspflicht des Richters verstärkt werden. In jüngster Zeit wird eine Erweiterung dieser Grundsätze auf alle Verfahren in geringfügigen Streitigkeiten angestrebt.⁴

b. Die nationalen Berichtersteller haben selbst eine Reihe von Reformvorschlägen gemacht, die zu einer wesentlichen Effektivierung des Bagatellverfahrens beitragen könnten und zum Teil auf die Beseitigung konkreter Mißstände in ihren Ländern abzielen.

Besonders nachhaltig wurde darauf hingewiesen, daß jede Wirkungssteigerung des Bagatellverfahrens eine Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung zu den Gerichten, eine Intensivierung des Kontakts und eine Verbesserung der Information der Bevölkerung über ihre Rechte und über die Aufgaben und Tätigkeiten des Gerichtes voraussetzt.⁵ Dabei wurde auf die irreführenden Vorstellungen verwiesen, die die Massenmedien, insbesondere das Fernsehen, erwecken, die in der Bevölkerung den Eindruck vermitteln, als sei das Gericht nur eine Institution für Strafsachen und Verbrecher. Ein zweites Hauptanliegen der Referenten war die Schaffung von Rechtsberatungsstellen und die Verstärkung des Kontak-

1. *Kojima*, Japan, S 15 f.

2. Diskussionsbeitrag von MD. Dr. H. *Arnold*, Bundesrepublik Deutschland.

3. *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 16.

4. *Mögelvang-Hansen*, Dänemark, S 7 f.

5. *Elliott*, England und Wales, S 20 f; *King*, USA, S 17.

tes dieser Stellen mit den Gerichten, insbesondere in Konsumentenstreitigkeiten. Allgemein gefordert wird die Formlosigkeit, Einsichtigkeit, Überschaubarkeit und Einfachheit des Verfahrens¹ und die Erleichterung des Zuganges für die Parteien zu Gericht. Dabei wird nicht nur das Recht, sich selbst zu vertreten, postuliert² (soweit es nicht ohne dies in den gerichtlichen Bagatellverfahren bereits verwirklicht ist), sondern auch verlangt, daß die Gerichte auch außerhalb der Arbeitszeit und an anderen Orten als an ihrem Sitze verhandeln.³ Während von einigen Referaten (besonders in den angelsächsischen Ländern) eine Vereinfachung und Verbilligung des Verfahrens sowie die Schaffung von Waffengleichheit zwischen den Parteien durch den Ausschluß von Rechtsanwälten (und berufsmäßigen Vertretern und Bevollmächtigten) erwartet wird⁴, erhoffen sich andere Referenten den gleichen Effekt durch Einführung von angestellten Rechtsberatern bei Gericht und von 'Gerichtsanwälten'.⁵ Mexiko etwa sieht die Lösung der Probleme ua in der Beseitigung der 'gemischten Friedensgerichte' und in der Einführung eigener Bagatellgerichte für Zivilsachen, weiters in der Neuformulierung der Bestimmungen über die Verteidigung der Parteien.⁶

Die Verstärkung der Prozeßleitungs- und Belehrungspflicht des Richters und die Einräumung inquisitorischer Befugnisse erscheint allgemein als notwendiges Korrelat für die Loslösung von der anwaltlichen Vertretung.⁷ Da die Möglichkeit der Rechtsverfolgung gerade in kleineren Rechtssachen oft entscheidend davon abhängt, ob die Partei am Gerichtsort wohnt oder nicht, wurde für Distanzprozesse die Schriftlichkeit des Verfahrens empfohlen⁸ und überhaupt geraten, die Pflicht zur persönlichen Anwesenheit der Parteien vor Gericht zu reduzieren.⁹

Auch kleinere – aber nicht unwesentliche – Verfahrensdetails wurden empfohlen, so etwa, für die Türkei den Zeugenbeweis zuzulassen¹⁰; für Schweden keine Zeugen zur ersten Verhandlung zu laden, also eine 'kleine mündliche Verhandlung' durchzuführen¹¹ und in der Bundesrepublik Deutschland die Beweiser-

1. Insbesondere von den nationalen Berichterstattern Englands, der Bundesrepublik Deutschland, Schwedens, Spaniens, Finnlands, der USA, Australiens und Japans. Für Polen wird eine Erweiterung des Mahnverfahrens vorgeschlagen (*Jedrzejewska*, S 19). In Österreich ist eine Ausdehnung des Mahnverfahrens auf alle Geldansprüche Gegenstand eines Ministerialentwurfes zur Reform der Zivilprozeßordnung. In einigen afrikanischen Staaten hat die Rückkehr zu einem einfachen, mündlichen und formfreien Verfahren die Prozeßdauer und die Prozeßkosten sehr gesenkt (Diskussionsbeitrag von L. A. *Yarobi*, Côte d'Ivoire).

2. *Haraldsen*, Norwegen, S 6, Resümee S II; *Kuru*, Türkei, S 12.

3. Vor allem von den nationalen Berichterstattern Australiens, der USA und Norwegens.

4. *King*, USA, S 16 f; *Taylor*, Australien, S 44 ff; *Walder*, Schweiz, S 5 für Prozesse am Gericht des Wohnsitzes der Parteien.

5. *Kojima*, Japan, S 16; *Mögelyang-Hansen*, Dänemark, S 10.

6. *Favela*, Mexiko, S 8.

7. Insbesondere *Fairen*, Spanien, S 16.

8. *Walder*, Schweiz, S 5.

9. Besonders bei *Kojima*, Japan, S 13 f; *Elliot*, England und Wales, S 20.

10. *Kuru*, Türkei, S 11.

11. *Ekelöf*, Schweden, S 7 f.

hebung in das Ermessen des Gerichtes zu stellen.¹ Da die Schwierigkeit eines Rechtsstreites – wie dargetan – keineswegs immer dem Wert der Streitsache entspricht, wurde auch vorgeschlagen, die Anwendung der Sondervorschriften des Bagatellverfahrens in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichtes zu stellen.²

Ein Verfahren in geringfügigen Streitigkeiten erfüllt trotz einfachster und formfreier Verfahrensvorschriften seinen Zweck erst dann, wenn das Urteil nicht nur schnell zustandekommt, sondern auch rasch und erfolgreich vollstreckt werden kann. Daher ist die Forderung nach Schaffung oder Verbesserung des Vollstreckungsverfahrens nicht nur ein allgemeines Problem, sondern ein besonders dringendes Anliegen für die Funktion des Bagatellprozesses. Hier in ihren Ländern Verbesserungen zu erzielen, regen die Referenten der USA (durch Einführung einer amtlichen Vollstreckung bzw durch Erfolgsentlohnung der Vollstrecker) und Englands (durch Einführung von Exekutionsämtern bei Gericht) an.³ Die Beibehaltung und Verschärfung der Rechtsmittelbeschränkungen und der erweiterte Einsatz juristischer Berufsrichter kennzeichnen weitere Reformvorschläge; ersteres um eine vernünftige Relation zwischen Prozeßdauer, Kostenaufwand und Streitwert herbeizuführen, das zweite, ‘um nicht zweierlei Gerechtigkeit zu geben’. Dort, wo auch Nichtjuristen entscheidungsbefugt sind, soll besondere Sorgfalt bei der Auswahl der Bagatellrichter⁴ geübt werden; von allen Bagatellrichtern aber muß Erfahrung, Kontaktfähigkeit, Aufgeschlossenheit und die Fähigkeit, sich klar, einfach, allgemein verständlich und überzeugend ausdrücken zu können und auch den Sinn für Billigkeit zu haben, vorausgesetzt werden.

C. Kriterien für die Gestaltung eines Leistungsfähigen Verfahrens in geringfügigen Rechtsstreitigkeiten

Aus dem bisherigen Entwicklungsgang des Bagatellverfahrens und den hier vorgetragenen Verbesserungsvorschlägen lassen sich folgende Schlußfolgerungen ableiten:

I. STÄRKUNG DES VERTRAUENS DER BEVÖLKERUNG IN DIE FUNKTION DER GERICHTE UND INSBESONDERE DES BAGATELLVERFAHRENS:

Die Bevölkerung, insbesondere deren breite und weniger bemittelte Schichten,

1. *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 17.

2. *Leipold*, Bundesrepublik Deutschland, S 17. Gegen diesen Vorschlag könnte allenfalls eingewendet werden, daß damit auch die Überprüfbarkeit der eigenen Entscheidung in das Ermessen des *judex a quo* gelegt wird und die Gefahr ungleicher Behandlung ähnlicher Fälle vor allem in kostenmäßiger Hinsicht und bezüglich der Dauer des Prozesses gegeben sein könnte.

3. *King*, USA, S 18; *Elliott*, England und Wales, S 19.

4. *Kojima*, Japan, S 15 f.

muß darauf vertrauen können, daß die Rechtspflege in Bagatellsachen einfach, rasch und reibungslos funktioniert. Dieses Vertrauen soll auf mehreren Wegen erreicht werden:

a. Durch laufende, allgemein verständliche und jedermann zugängliche Information über die Rechte der Bürger und die Aufgaben der Gerichte (beginnend in der Schulausbildung, über Vorträge, Broschüren, allgemein verständliche kostenlose Leitfäden und verantwortungsbewußte und konkrete Mitwirkung der Massenmedien).

b. Durch Beratungsstellen auf freiwilliger oder gesetzlicher Basis, die dem Bürger jederzeit zugänglich sind und ihm die Möglichkeiten und Chancen seiner Rechtsverfolgung im konkreten Fall aufklären oder sogar den Streit außergerichtlich zu bereinigen suchen; und durch enge Zusammenarbeit dieser Beratungsstellen mit den Gerichten.

c. Durch Beseitigung aller organisatorisch-technischen Schranken, die den Zugang zu Gericht erschweren. Dazu gehört die Herstellung leichter Erreichbarkeit durch örtliche Dezentralisation der Gerichte und durch Gerichtstätigkeit auch in der üblicherweise arbeitsfreien Zeit.

d. Durch Erhaltung und Sicherung einer unabhängigen, wohl begründeten Rechtsprechung in Bagatellsachen, die es verhindert, deren Entscheidungen als Entscheidungen 'minderer Gerechtigkeit' abzuwerten.

e. Durch Einrichtung und Garantie einfacher, rascher Zwangsvollstreckung durch Gerichte oder Behörden.

II. SICHERUNG DES GLEICHGEWICHTS DER STREITPARTEIEN:

Das tatsächliche Gleichgewicht der Parteien muß im Bagatellverfahren besonders gesichert und augenfällig gemacht werden. Dazu dient:

a. Die Beseitigung des Zwanges, sich von Rechtsanwältinnen vertreten zu lassen (soweit ein solcher Anwaltszwang noch besteht). Dagegen wird ein Verbot, sich durch Rechtsanwältinnen vertreten lassen zu können, nur in den Ländern von größerem Nutzen sein, deren Prozeßordnungen im normalen Zivilprozeß die gesamte Initiative für den Rechtsstreit in die Hände der Parteien legen und den Richter in die Rolle des passiven Ordners des Parteienkampfes verweisen.

b. Die Verminderung des Anreizes anwaltlicher Vertretung durch Entfall des Ersatzes der Rechtsanwaltskosten an den obsiegenden Gegner.

c. Die Beschränkung der Zulassung von Inkassobüros oder gewerbsmäßigen Bevollmächtigten als Kläger kann in einzelnen Ländern zur Stärkung des Gleichgewichtes beitragen.

d. All das ist aber nur zu verantworten, wenn bei Einleitung des Verfahrens und im Verfahren selbst das Gleichgewicht der Parteien durch das Gericht hergestellt und garantiert wird. Das kann nur durch eine vorprozessuale Hilfe durch Gerichtspersonen bei der Verfassung von Klage und Klagsantwort und im Prozeß selbst durch die aktive Verfahrensleitung des Richters erfolgen, der die Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht anzuleiten hat und selbst für die Herstel-

'SMALL CLAIM COURTS'

lung des entscheidungswichtigen Prozeßstoffes verantwortlich ist. (In Ländern, deren Gerichtstradition – aus der Sache her nicht unbedingt logisch begründet – eine solche aktive Prozeßleitung mit ihrem Begriff von der richterlichen Objektivität für unvereinbar erachtet, müßte die aktive Schutzfunktion einem 'Gerichtsanwalt' übertragen werden). Ohne aktive Prozeßleitung und richterliche Eigenverantwortung für die Entscheidungsgrundlage wäre die Beschränkung oder der Ausschluß rechtsanwaltlicher Vertretung kaum zu rechtfertigen.

III. ZIELFÜHRENDE VERFAHRENGESTALTUNG:

Das Verfahren muß einfach und formfrei sein, möglichst geringen Zeit- und Kostenaufwand beanspruchen und geeignet sein, auch große Massen von Streitfällen rasch und reibungslos zu erledigen. Dazu im einzelnen:

a. Einfachheit und Formbefreiung:

1. Durch mündliche Klagsanbringung bei Gericht (unter Verwendung einfachster Formulare).
2. Durch Befreiung vom Vertretungszwang (siehe oben unter C. II).
3. Durch sinnvolle Verwendung eines schriftlichen Verfahrens bei Geldansprüchen (Mahnverfahren, Zahlungsbefehle) und bei Distanzprozessen (wenn Kläger oder Beklagter nicht am Gerichtsort wohnen).
4. Im Verfahren mit mündlicher Verhandlung durch Konzentration auf eine einzige Verhandlung (die entsprechend vorbereitet werden soll).
5. Durch Überweisung der Sache an einen Schiedsrichter, der frei, formlos und abschließend verhandelt und entscheidet (Einverständnis der Parteien vorausgesetzt).
6. Durch freie Verfahrensgestaltung nach richterlichem Ermessen, insbesondere auch durch Befreiung von etwaigen strengen Regeln des Beweisrechtes, von Beweisverboten und mit gleichzeitiger Verstärkung der richterlichen Inquisitionspflicht.
7. Durch vereinfachte Abfassung von Entscheidungen.

b. Geringstmöglicher Zeitaufwand durch:

1. Einzelrichterverfahren oder Abtretung an Schiedsrichter.
2. Konzentration mündlicher Verfahren auf eine Verhandlung.
3. Frühzeitige Sonderung streitiger Fälle von solchen, die sich gütlich oder durch Versäumnis oder Vergleich erledigen lassen.
4. Schriftliche Verfahren (Mahnverfahren) in einfachen Streitigkeiten.
5. Rigorose Rechtsmittelbeschränkungen oder völliger Rechtsmittelausschluß.
6. Rasche und wirksame Zwangsvollstreckung.

c. Geringstmöglicher Kostenaufwand durch:

1. Befreiung von gerichtlichen Verfahrenskosten oder deren Pauschalierung, auf Grund deren die Parteien einen einmaligen geringfügigen Fixbetrag bei Klagsanbringung zu bezahlen haben, der ihnen im Falle des Obsiegens rückerstattet wird.
2. Beseitigung der Verpflichtung zum Ersatz der Vertretungskosten der obsiegenden Partei.
3. Entlastung von den Kosten der Sachverständigen durch deren Übernahme durch gesetzliche oder freiwillige Konsumentenschutzeinrichtungen oder durch Schaffung von Amtssachverständigen.
4. Die Möglichkeit nach richterlichem Ermessen von einer Beweisaufnahme abzusehen.
5. Verwendung von einfachen Formularen, Beschränkung der Protokollierung und Erleichterung und Vereinfachung der Urteilsausfertigung, die nur die zur Vollstreckung notwendigen Angaben enthalten soll.
6. Zurückhaltende Gewährung der Verfahrenshilfe.
7. Dadurch, daß der Richter im Prozeß in den einzelnen Stadien die Parteien auch darüber aufklärt, welche Kosten schon aufgelaufen sind, welche auf Grund des Verfahrens noch konkret zu erwarten sein werden und in welchem Verhältnis sie zum Wert des streitigen Anspruches stehen.

d. Gewährung rascher Erledigung einer großen Anzahl von Streitigkeiten (Quantitätsproblem). Dazu dient:

1. Weitgehender Einsatz schriftlicher Verfahren (Mahnverfahren) oder schriftlicher Verfahrensabschnitte mit Benützung einfachster Formulare für Ladungen, Klagen, Zahlungsbefehle, Protokolle und Urteile (die uU auch schon im Hinblick auf eine elektronische Datenverarbeitung konzipiert werden sollen).
2. Einzelrichterverfahren oder Verfahren vor Einzelschiedsrichtern.
3. Spezialisierte Gerichtsabteilungen.
4. Vereinfachtes Zustellwesen (Post).
5. Vorsorge für genügendes Personal an Gerichten, so besonders von Kanzleibeamten, Richtern, Schiedsrichtern und Sachverständigen; Erprobung im Wege elektronischer Datenverarbeitung (EDV).
6. Leistungsfähige Zwangsvollstreckung durch Spezialabteilungen der Gerichte oder Behörden.

IV. 'VERMENSCHLICHUNG DES GERICHTES'

Vieles von dem hier Geforderten ist in einzelnen Ländern schon verwirklicht; manche Forderung ist das Ergebnis der Erfahrung praktischer Rechtspflege, manche andere ergibt sich als Konsequenz der Eigenart eines bestimmten nationalen Prozeßsystems, die bei den Verfahrensordnungen anderer Länder

nicht feststellbar ist oder dort wegen der wirtschaftlichen, sozialen oder nationalen Besonderheit der Bevölkerung nicht bedeutungsvoll wird. Dennoch zeigt sich gerade im Bagatellverfahren eines ganz deutlich: Das ‘menschliche Antlitz des Gerichtes’ ist im Bereich der geringfügigen Streitigkeiten besonders daran zu erkennen, daß das Gericht den ‘Zugang zur Gerechtigkeit’ möglichst erleichtert; daß es auch nicht juristisch gebildete Parteien versteht und von ihnen verstanden wird; daß der Weg des Bürgers zu seinem Recht einfach und kurz, aber nicht beschwerlich und streitvertiefend, sondern vernünftig ausgleichend gestaltet wird; und, daß sich das Gericht seiner Aufgabe als einer ‘Service-Stelle’ für die Bürger bewußt bleibt oder wird.

Dabei sind aber zwei Umstände in Betracht zu ziehen:

a. Die Reform des Bagatellverfahrens darf nicht mit dem Hinweis darauf unterlassen werden, daß das gesamte Zivilverfahren reformbedürftig sei und daher die Reform eines Teilbereiches nicht ausreiche. Diese Begründung vermag schon wegen der eminenten sozialen Bedeutung des Bagatellverfahrens und seiner Massenprobleme nicht zu überzeugen und scheint eher der Ausdruck von Unentschlossenheit oder grundsätzlicher Abneigung gegen die zeitgemäße Adaptierung des Zivilprozesses zu sein.

b. Jede Form des Bagatellverfahrens hat primär und ausschließlich die Interessen der eigentlichen Prozeßpartei, des rechtsuchenden Bürgers selbst im Auge zu haben. Ihm soll das ‘menschliche Antlitz des Gerichtes’ zugewandt sein. Nur unter Beachtung dieses Vorzugsranges des Bürgers darf die Neugestaltung dieses Verfahrens auch die Interessen der Rechtsberufe wahren, nämlich insoweit sie tatsächlich und real mit dem Interesse des rechtsuchenden Bürgers selbst Hand in Hand gehen.

'SMALL CLAIM COURTS'

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. HANS W. FASCHING

(*Wien*)

A. The Problem:

The small claims are the main body of the civil procedures and the most frequent point of contact between the population and the courts. The costs and profit relation between expenditure of time and money and the matter in dispute is of more importance in these procedures than in others. The chances are that the equilibrium of the procedure is potentially very endangered here, because, for economic considerations it cannot be legally prescribed that the parties have to be represented by lawyers, so the unrepresented party very often is faced with the legally represented one or to assignees (collection agencies etc). This is obvious the case when one deals with consumer disputes. These disputes make up the highest percentage of all small claims.

The population increase, the constantly rising standard of living and the development of the industrial mass society have led during the last years to a gigantic swell of small disputes, which must be mastered and decided.

B. The present situation:

To solve the problems of the small claims the following courses have been chosen:

1. In countries with a civil procedure including active conduct of the case and the principle of judicial investigation and, at least, the partly liberation of the legal duty to be represented by a lawyer, the ordinary civil procedure is kept but it is simplified, rationalized and made less expensive by special rules (concentration of the hearing, limitation of appeal, etc.). Especially the order to pay proceeding, which is mostly a proceeding in writing, has turned out to be particularly effective.

2. In countries with a civil procedure, where the judge has to take control and has a regulative function in the proceedings in which the parties take over the accusatorial contest on evidence and law, which therefor requests strict rules of evidence and the representation by lawyer, own new small claim procedures have

been introduced. These are characterized by the establishment of a separate part of the court for this kind of disputes, by use of very simple summons, by liberation of the legal duty to be represented by a lawyer and of the strict rules of evidence, by the agreement upon arbitrators, by the establishment of lower costs and the recovery of the costs and by quick judgements. They came into existence especially in the Anglo-Saxon countries and in Sweden.

3. In England, Sweden and Denmark Consumer Councils i.e. Consumer Complaint Boards have been introduced for the consumer disputes. The judgement can be given very soon and in an inexpensive way, but the judgements cannot be enforced.

C. Criteria for the development of an efficient small claims procedure:

I. The invigoration of confidence of the population in the function of the courts by an increased information of the citizens, the establishment of advice bureaux, which are voluntary bodies on legal base and cooperate with the courts, by the improvement of the access to court, by maintenance and guarantee of a high level of the jurisdiction and an efficient enforcement.

II. Guarantee of the parties parity by the elimination of the legal duty to be represented by a lawyer, by the decrease of the incentive to let oneself represent by a lawyer, by limitation of the admission of the assignees and collection agencies as plaintiff and by the introduction and guarantee of an active legal conduct of the case, which means at the same time the pre-trial and the procedural guidance and instruction of the parties.

III. The effective development of the procedure to obtain a simple and an informal process with expenditure of insignificant costs and very little time and with the possibility to solve in a quick and easy way also a large number of disputes.

This can be attained by the verbal entering of the claim, the use of very simple summons, but also by a written procedure (payment order proceedings) especially in procedures with big distances for the parties, the concentration of the hearing, by the transfer of the case to arbitrators; who conduct the procedure in an informal and quick way. The expenditure of time can be reduced by a procedure with a judge sitting singly or by arbitrators, concentration of the hearing, preclusion of appeal and a quick enforcement. The expenditure of costs can be reduced by the liberation of the judicial court fees or by expressing judicial court fees as a round amount, the losing party's liberation of the recovery of the costs of the winning party's representative, the liberation of the expert fees by establishment of consumer protection's organization or official experts, by the use of summons and EDP (Electronic Data Processing) as by the instruction of the parties on the total costs of the process in good time. The accomplishment of more small claim procedures in a very short time is accelerated by an increasing use of written procedures (with EDP), the procedures with a judge sitting singly or arbitrators, specialized part of courts, simplified summons, enough judicial officials and quick enforcement by special parts of the courts or boards.

'SMALL CLAIM COURTS'

D. 'Humanization of the court' in small disputes means the ease of the 'Access to justice', the elimination of all difficulties of comprehension between the court and the parties; the simplification, the acceleration and reduction of the procedure; and the realization, that the court must be a 'service- office' for the citizen.

**LE RÔLE ET LA COMPÉTENCE
DU JUGE**

FUNCTION AND COMPETENCY OF THE JUDGE

PROF. DR. B. CONNEN

(Paris)

LE ROLE ET LA COMPETENCE DU JUGE

1. Le système judiciaire moderne ne peut renier ses sources romaines et germaniques, avec sa théorie de l'action et du système légal de preuve, comme avec son aspect combatif où, si les armes blanches des ordalies ont été remplacées par des armes plus abstraites, il subsiste un climat de duel judiciaire. Certains sociologues entrant dans l'arène de la justice la qualifient parfois de justice de classe, estimant que là aussi «la raison du plus fort est toujours la meilleure» selon l'adage de La Fontaine.

Et pourtant les idées libérales de la Révolution française ont été traduites dans les codes napoléoniens, adoptés ou imités bien au delà des frontières éphémères de l'Empire français. Ces codes ont consacré, en supprimant les juridictions de classes, le principe de l'égalité devant la loi et devant les Tribunaux.

2. Cette égalité de principe suppose en fait une certaine égalité de condition. Le code Napoléon, comme le code de procédure civile accordent une part prioritaire aux dispositions relatives à la propriété, à la possession, aux héritages, aux contrats écrits, aux privilèges et hypothèques, alors que les articles consacrés au contrat de travail, à la responsabilité civile du fait de la personne ou des choses, à la responsabilité professionnelle aux droits de l'enfant illégitime sont très succincts. Ces codes du XIX^e siècle sont destinés à une clientèle de patriciens, de propriétaires.

Ne faut il pas quelque savoir, quelque richesse pour pouvoir mener une affaire en justice, avec le concours nécessaire et coûteux des divers auxiliaires de justice, qui se livreront aux subtilités de la guérilla procédurière? Le non initié entraîné dans ce maquis est guetté par les pièges variés de la forclusion des délais, des exceptions et fins de non recevoir, des nullités de forme.

S'il veut s'en instruire par la lecture opiniâtre de quelque traité ou précis il butera sur le langage ésotérique hérité des formulaires de l'Ancien Régime et apprendra à ses dépens la priorité que Bridoison accorde à la forme...

3. A travers les chroniques comme les romans d'un Balzac ou d'un Zola, la justice civile du XIX^e siècle présente une image moins pacifiante que terrifiante, dont les arrêts libellés en forme de condamnations paraissent moins servir le gagnant et la paix sociale qu'écraser le perdant, atteint dans son honneur comme dans sa fortune.

Le petit peuple se sent étranger à ce monde judiciaire qu'il ne connaît guère que par les représentations des juridictions pénales qui se donnent sur la même scène et dans les mêmes costumes. L'employé n'accède d'ailleurs pas à la procédure civile. Ses différends avec l'employeur relèvent du Conseil des Prudhommes. De même commerçants et industriels règlent leurs litiges entre eux avec le concours de leurs pairs élus et parés du titre envié de juges consulaires. Leur code est moins important que leurs usages. Leur procédure est simplifiée et ils peuvent postuler et plaider eux mêmes sans mêler avoués et avocats à leurs affaires.

4. L'évolution de la société industrielle fait accéder la masse des citoyens à une

meilleure instruction, à un mode de vie qui paraissait jusque là réservé aux fabuleux Américains. Chacun peut désormais ouvrir un compte en banque, souscrire des traites pour le crédit à l'achat du mobilier, de l'automobile, de la maison. En même temps les mœurs se transforment avec l'éclatement des familles, les occasions multipliées d'aventures sentimentales, les déceptions dans la course vaine après le bonheur facile.

Ainsi le juriste voit se développer un nouveau contentieux. Il ne s'agit plus de querelles d'héritage, de servitudes, de revendications. Ce sont désormais les actions en divorce, en réparation des accidents de la circulation, en recherche de paternité, et les saisies pour retard ou défaut de paiement des traites du crédit à la consommation, les procès entre bailleurs et locataires ou fermiers, les actions en responsabilité professionnelle contre les entrepreneurs, promoteurs et autres animateurs du marché.

Le citoyen ordinaire devient ainsi usager du Palais. Ses modestes litiges n'intéressent pas les ténors du barreau, dont les tarifs sont d'ailleurs audessus de ses moyens. Le plus souvent il relève d'une juridiction modeste où il a le droit d'agir en personne. Alors comme le souligne M. le Registrar Birks, dans son intéressant rapport, «ces justiciables comparant personnellement sont confrontés à deux problèmes majeurs: ils ont de justes raisons de demander justice mais ils sont incapables d'établir clairement leurs prétentions et leurs arguments juridiques. Quand ils parviennent à bien définir leur demande très peu sont en état de rapporter la preuve de leurs allégations lorsque cette preuve est nécessaire».

5. Le justiciable moyen éprouve donc un complexe d'infériorité devant la justice civile. Ce complexe peut être aggravé lorsqu'il a pour adversaire une personne morale, au visage anonyme, défendant de puissants intérêts collectifs. Les codes rédigés pour des particuliers s'appliquent aussi aux divers groupes qui ont pris naissance avec l'évolution économique industrielle: sociétés de commerce, coopératives agricoles, voire ouvrières, syndicats, unions professionnelles, ordres professionnels, associations diverses regroupant des usagers, des consommateurs, assurant la défense de groupes de pression inégalement dignes d'intérêt.

L'appareil de la justice civile reste lui même perplexe lorsqu'il est saisi des conflits opposant l'un de ces groupes à un autre. Il est encore plus surpris lorsqu'il découvre qu'un litige opposant deux particuliers traduit en fait un conflit entre deux groupes qui ont chacun choisi un adhérent significatif pour faire trancher un point de droit et d'intérêt qui dépasse de beaucoup la solution individuelle des deux parties en cause.

6. Le rapport du Professeur Van Compernelle appelle justement l'attention sur cette technique de substitution qui permet aussi bien au groupe d'agir à la place d'un de ses membres que de faire agir un de ses membres dans l'intérêt de tous. Cette technique est fréquemment utilisée en France devant le Conseil d'Etat, par les associations ou syndicats de fonctionnaires, pour faire surgir une interprétation favorable du statut d'une catégorie de fonctionnaires.

Cette intervention des groupements dans la procédure est autorisée pour la défense d'intérêts collectifs, ces groupements apparaissant dans une certaine mesure comme des auxiliaires du ministère public. C'est ainsi qu'en Belgique la loi du 14 Juillet 1971 habilite les groupements professionnels ou interprofessionnels d'exercer l'action en cessation des pratiques enfreignant les règles de la concurrence loyale.

7. Intérêts et passions individuels peuvent ainsi se mêler aux préoccupations des groupements. Il arrive aussi que l'individu utilise sa position dans un ou plusieurs groupements pour la satisfaction de son intérêt ou de sa passion personnelle.

Lorsque le juge n'a que des intérêts à départager, il peut espérer avec ses connaissances juridiques, de la psychologie et du bon sens aboutir à une solution convenable. C'est d'ailleurs ce qui explique que les arbitrages se développent surtout en matière commerciale. La convention d'arbitrage définit habituellement sa procédure dans le but de favoriser une issue acceptable pour chacune des parties.

Lorsque outre les intérêts, ou parfois sans véritable intérêt, ce sont les passions qui créent le litige, la tâche du juge est plus ingrate, même si la solution juridique n'offre pas de difficultés particulières. En effet ces conflits de passions touchent souvent à l'ordre public, comme c'est le cas pour bien des conflits familiaux où le juge a pour devoir moins de dire le droit que d'apaiser les tensions et de trouver un *modus vivendi* pour les membres de la famille en crise.

Une procédure de divorce terminée par un jugement mal accepté rebondira sur les séqueles: garde d'enfants, partage de communauté, paiement et fixation de pension alimentaire.

8. Le juge d'aujourd'hui a pour compétence non seulement les litiges traditionnels des intérêts des particuliers, mais bien des conflits collectifs. Il est aussi devenu le gardien des valeurs fondamentales de la famille, des droits de la personne dans ses aspects moraux, physiques, sociaux et économiques.

De quels pouvoirs dispose-t-il aujourd'hui pour accomplir cette mission essentielle dans notre société, selon les trois étapes de sa démarche:

- circonscrire le litige,
- assurer l'équité dans le jeu procédural,
- aboutir à une vraie solution du litige?

9. La détermination de l'objet du litige est la première démarche du juge. Elle est essentielle non seulement pour la vérification de sa compétence, mais pour la solution au fond qui dépendra de la nature des droits en cause comme de la particularité des faits litigieux.

Les rapports présentés par les divers délégués nationaux rejoignent dans leur esprit les termes de l'article 4 du nouveau code de procédure civile français: «l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.»

«Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclu-

sions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par les demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant».

10. En réalité l'acte introductif d'instance n'est que la première apparence du litige, destiné à provoquer la prise de position de l'adversaire. Le plaideur envisage souvent son procès comme un combat où la tactique est essentielle. Il ne veut pas trop vite découvrir ses arguments et, comme les duellistes des ordalies, il aime à réserver des bottes secrètes. Aussi, même lorsque la procédure est conduite par des avocats, le juge éprouve-t-il des difficultés à bien circonscrire l'objet du litige. Il en éprouve d'autres lorsque les parties agissent par elles mêmes et ne savent pas bien discerner ce qui, dans les faits et arguments, doit être mis en avant ou laissé dans l'ombre.

C'est pourquoi M. Birks pose la question de savoir jusqu'où le juge peut intervenir pour aider les parties à exprimer l'objet et les éléments du litige. Autre fois, dit il, le problème ne se posait pas car les parties étaient assistées par des clerks qui jouaient un rôle d'avoué. M. Birks pense qu'aujourd'hui le registrar ne doit pas hésiter à descendre dans l'arène pour aider les parties à présenter les éléments de leur cause, dans le cadre du rapport préparatoire au jugement du Tribunal de Comté. Il en est de même pour le Master préparant l'audience de la Haute Cour par le système de «Summons for Directions».

11. De même en Allemagne Fédérale, selon le président Nagel, le président doit faire en sorte que les parties s'expliquent de façon complète et établissent leur demande de façon pertinente. Il doit surtout faire compléter les données insuffisantes concernant les faits de la cause.

En France, l'article 8 du Nouveau code de procédure civile permet au juge d'inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

Cette demande peut être présentée aux avocats, pendant la phase préparatoire du procès, soit par le Président (Art. 761 NCPC) soit par le juge de la mise en état (art. 763 NCPC). Cette demande peut aussi être présentée directement aux parties soit par le Président (Art. 20 NCPC), soit par le juge de la mise en état (art. 767 NCPC).

12. La comparution personnelle des parties, dans les cas où elles n'agissent pas par elles mêmes, qui était exceptionnelle autrefois, est maintenant recommandée dans le souci de mieux circonscrire les faits de la cause. Les articles 184 à 198 du nouveau code de procédure civile français l'organisent aussi bien en audience publique qu'en chambre du conseil, devant le Tribunal collégial, comme devant un juge commis. Les personnes incapables peuvent être invitées à comparaître, ainsi que leurs représentants légaux. Les personnes morales sont invitées à comparaître en la personne de leurs représentants qualifiés. Mais le juge peut aussi faire comparaître tout membre au agent d'une personne morale pour être inter-

rogé tant sur les faits qui lui sont personnels que sur ceux qu'il a connus en raison de sa qualité.

En Allemagne Fédérale le Tribunal, selon M. Nagel, doit exiger la présence des parties en personne à chaque fois que cela peut éclaircir la cause. Cette simple faculté est devenue un devoir avec le nouveau code de procédure allemand. M. Nagel souligne qu'il est souvent résulté des déclarations contradictoires des parties un éclairage de l'affaire très différent de celui ressortant des pièces du dossier.

13. En Angleterre si le défendeur entend se défendre il doit demander sa comparution au Master de la Haute Cour et faire une déclaration jurée devant lui des faits allégués en défense. Si cette déclaration est estimée fondée le Master admettra le défendeur à présenter sa défense devant la Cour. Ce système permet d'éliminer dès le début de la procédure les défendeurs de mauvaise foi et de réduire les frais de procédure.

Devant les Tribunaux de Comté où les parties comparaissent souvent sans l'assistance de conseils, le juge peut aider le plaideur à présenter son cas et même à poser des questions aux témoins.

14. Ce souci de bien circonscrire l'objet du litige ne permet toutefois pas au juge de le réduire ou au contraire de le déborder. L'article 5 du nouveau code de procédure civile français rappelle la règle «le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.»

M. Kohl mentionne qu'en droit belge ce principe s'impose bien qu'aucun texte formel n'interdise au juge de statuer «ultra petita». La Cour de Cassation belge se fonde sur l'article 1138 – 2° du code judiciaire pour casser des décisions ayant alloué plus qu'il n'était demandé, ce qui arrive spécialement en matière de réparations d'accidents dont les victimes ont omis de demander la réparation de l'un des chefs de préjudice le plus souvent retenu par la jurisprudence.

Une telle situation ne peut se produire au Burundi, où la loi fait un devoir au juge de statuer d'office sur les dommages intérêts dus aux victimes d'infractions, sauf si elles renoncent expressément à demander réparation. Cette loi qui remonte au temps de la tutelle belge a été conçue pour des victimes le plus souvent ignorantes des notions de procédure et même illettrées mais elle peut donner à réfléchir aux législateurs européens soucieux d'une protection plus efficace des personnes modestes victimes d'infractions et notamment des accidents de la circulation liés à ces infractions.

Dans le même esprit l'article 66 de la loi belge du 10 Avril 1971 sur les accidents du travail permet au juge d'allouer d'office à la victime ou à ses ayants droit soit une provision sous forme d'allocation journalière, soit une provision sur frais d'expertise.

De même l'article 515 du nouveau code de procédure civile français permet au juge d'ordonner d'office l'exécution provisoire totale ou partielle de la condamnation chaque fois qu'il l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire.

15. L'article 7 du même code rappelle que le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Mais il ajoute que 'parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.

Le Code judiciaire belge contient des dispositions similaires mais la Cour de Cassation belge exige que la décision du juge de rechercher et d'utiliser des faits autres que ceux allégués par les parties soit justifiée par un lien suffisant avec le débat, par exemple pour déterminer la loi applicable, l'accomplissement d'une formalité préalable impliquée par la nature de la demande.

Selon M. Nagel, le juge allemand ne peut prendre en considération que les faits que les parties ont mis en avant. Mais cela est tempéré par le devoir pour le juge d'inviter les parties à compléter les données insuffisantes des faits en cause, et par l'obligation légale de vérité «Wahrheitspflicht» incombant aux parties dans le débat judiciaire. Le juge doit ainsi signaler aux parties les points obscurs ou contradictoires de leurs assertions, ce qui comporte le risque de sembler préjuger de la solution finale et de manquer au devoir d'impartialité.

16. Cependant dans les divers systèmes nationaux le juge ne dispose pas d'un pouvoir de contrainte directe pour obliger les parties à comparaître et à s'expliquer en toute franchise sur les faits.

Mais les sanctions indirectes ne manquent pas. C'est ainsi qu'en France, «le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit» (Art. 198 NCPC).

Dans les affaires communicables au ministère public, le juge belge peut demander à ce dernier de recueillir des renseignements ce qui permet de pallier la carence ou la mauvaise volonté d'un plaideur (Art. 872 Code judiciaire).

17. Cette phase de détermination de l'objet du litige qui trouve logiquement sa place au début de la procédure, se poursuit ainsi assez souvent tout au long de celle-ci, notamment lors de l'instruction des preuves des faits allégués et de la présentation des arguments de droit qui s'y rattachent. Il est donc essentiel que pendant toute cette phase préparatoire, le juge veille à l'équité, au fair play, dans le jeu procédural, dont les parties restent maîtresses en principe.

Ce souci de déterminer exactement l'enjeu du litige restera présent à l'esprit du juge pendant toute l'instance, afin qu'il prenne conscience des véritables intérêts en cause, de la motivation profonde des parties, des conséquences attendues de la décision directes et indirectes.

18. Dans les systèmes juridiques occidentaux rapportés, les parties sont maîtresses du procès civil, sauf les cas particuliers où la loi en dispose autrement, notamment pour la protection des mineurs et autres incapables. Comme le dit l'article 2 du nouveau code de procédure civile français «les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de procédure dans les formes et délais requis».

LE ROLE ET LA COMPETENCE DU JUGE

Mais le rôle du juge civil n'est plus entièrement passif comme au XIX^e siècle. En France «le juge veille au bon déroulement de l'instance; il a le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires» (Art. 3 NCPC).

19. Les débats civils doivent être conduits selon le principe de contradiction. Celui ci s'exprime dans les articles 14 et 15 NCPC: «Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.»

«Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense».

Ce principe est tempéré par l'exception figurant à l'article 17 NCPC: «Lorsque le loi permet, ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.»

Cette contradiction s'exprime aussi bien dans la procédure écrite que dans la procédure orale, qui reste la plus utilisée. Elle est le fondement de la procédure anglaise où toute mesure d'instruction se déroule en présence des parties ou, du moins, celles-ci invitées à y assister. Dans ce système l'instruction est placée sous le contrôle des parties.

20. En France, au contraire, la mesure d'instruction est exécutée sous le contrôle du juge qui l'a ordonnée, lorsqu'il n'y procède pas lui-même (Art. 155 NCPC). Le juge peut en effet procéder lui-même à les vérifications, notamment sur les lieux concernés par le litige, sous la seule obligation d'inviter les parties à assister à ces vérifications, et d'en dresser rapport, qui figurera aux pièces du dossier.

Le code judiciaire belge traduit la même évolution dans le sens d'un rôle plus actif du juge civil: hormis la vérification d'écritures et le serment décisoire, il peut ordonner d'office toutes les mesures d'instruction (enquête, visite des lieux, expertises, interrogatoire des parties) et il peut assortir d'une astreinte ces mesures d'instruction, toujours susceptibles d'exécution provisoire.

Les décisions du juge français ordonnant une mesure d'instruction sont exécutoires de plein droit et, sauf exception, ne peuvent être frappées d'appel ou de cassation indépendamment du jugement sur le fond (Art. 150 NCPC).

Le juge allemand dispose de pouvoirs comparables (Art. 144 ZPO) lui permettant d'accomplir son devoir d'investigation. Il peut notamment faire injonction à une partie qui a gardé par devers elle certains documents, de les produire aux débats.

21. Le juge français peut également demander communication d'une pièce détenue par une partie qui n'en a pas encore fait état. Il peut même demander communication d'une pièce détenue par un tiers (Art. 138 à 141 NCPC). Il fixe lui-même les conditions et les garanties de cette communication, au besoin à peine d'astreinte.

Le Code judiciaire belge comporte des dispositions comparables permettant de mettre des dommages intérêts à la charge du tiers qui, sans raisons légitimes, refuse de communiquer un document requis.

L'article 495 bis du code pénal belge érige en outre en infraction la destruction, l'altération ou la dissimulation de documents dont la production en justice a été ordonnée par jugement.

22. Les systèmes juridiques belge et français tendent donc à se rapprocher sur le plan de la recherche des preuves et de la moralité de la procédure du système britannique de la «discovery». Ce système va plus loin que la simple obligation de sincérité dans l'allégation des faits puisque le juge anglais accorde la plus grande confiance à l'authenticité et la qualité des références juridiques figurant dans les conclusions et plaidoiries. C'est un véritable «partnership» qui lie les avocats et les juges (eux mêmes issus du barreau) dans une même tradition de probité intellectuelle qui facilite le travail de chacun par une économie de temps et de moyens.

23. Ce souci d'éviter les pertes de temps se retrouve dans les diverses dispositions tendant à repousser les moyens dilatoires souvent recherchés par le débiteur de mauvaise foi.

Les exceptions d'incompétence étaient souvent soulevées à des fins dilatoires. Pour y parer le code judiciaire belge oblige le juge, lorsqu'il se déclare d'office incompetent, à transmettre le dossier au Tribunal d'arrondissement qualifié pour attribuer le dossier au juge compétent, lequel est lié par cette décision de renvoi.

En France, l'article 74 oblige le plaideur à soulever les exceptions avant toute défense au fond ou fin de non recevoir. Celui qui soulève l'exception d'incompétence doit en même temps désigner la juridiction qu'il estime compétente. Si le juge statue seulement sur l'exception d'incompétence, ce jugement ne peut être attaqué que par un contredit que la Cour d'appel doit juger dans un délai très bref selon une procédure simplifiée. Si au contraire le jugement statue à la fois sur la compétence et sur le fond, il peut être frappé d'appel. Dans ce cas, même si elle accueille l'exception d'incompétence, la Cour statue sur le fond, si elle est juridiction d'appel de la juridiction qu'elle estime compétente au premier degré. Sinon elle renvoie pour jugement au fond à la cour d'appel dont relève la juridiction qui aurait été compétente au premier degré (Art. 79 NCPC).

24. Le juge peut éviter les pertes de temps dans le déroulement de la procédure soit en fixant lui-même les délais, soit en veillant au respect des délais légaux.

C'est ainsi que le juge allemand peut fixer une date d'audience avant laquelle la procédure préparatoire écrite doit être achevée, comme il peut fixer un délai de recevabilité des mémoires écrites, ou celle des moyens de preuve. Des sanctions accompagnent ces divers délais, notamment l'exclusion des débats des éléments fournis postérieurement aux délais.

Le système français est très comparable puisque c'est le juge qui fixe les délais de venue à l'audience dans les affaires ne nécessitant pas une instruction selon la procédure de mise en état. C'est le juge de la mise en état, qui, dans les autres procédures «a pour mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces» (Art. 763 NCPC). C'est le juge de la mise en état qui fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai (Art. 764 NCPC).

Par contre le code judiciaire belge de 1967 a conservé le principe des délais fixés par la loi et non par le juge en fonction des contingences propres à chaque affaire. Toutefois, pour les délais d'échange et de dépôt des conclusions écrites, le juge peut les modifier après avoir pris l'avis des parties, si celles-ci ne les modifient pas amiablement (Art. 748, al 4). Chaque partie peut aussi demander au juge la fixation d'autorité de la date d'audience, avec cette sanction qu'après trois fixations vaines, le jugement pourra être rendu sur pièces, sans plaidoirie.

25. Le règlement des litiges peut être accéléré ou prévenu par des mesures d'urgence, prises soit pendant l'instance, soit même avant que celle-ci ne soit introduite.

Ainsi le juge de la mise en état peut en France, à tout moment de l'instance ordonner toutes mesures provisoires, conservatoires ainsi que modifier des mesures précédemment ordonnées (Art. 771 NCPC). Cette disposition reçoit souvent application dans les affaires de divorce, pour modifier en cours d'instance les mesures de garde d'enfant ou de pension alimentaire.

En dehors de toute instance au principal, le Président du Tribunal, juge des référés français peut, en cas d'urgence ordonner toutes mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend (Art. 808 NCPC). Il pourra par exemple ordonner la suspension de travaux de construction pour éviter que le dommage entraîné par cette construction contestée ne s'aggrave de façon irréversible avant le jugement au fond. Il nommera le plus souvent un expert pour procéder à des vérifications d'une situation risquant d'être rapidement modifiée ou dissimulée. Le président peut aussi prescrire en référé des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Enfin dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier (Art. 809 NCPC).

26. Cette procédure de référé présidentiel a été reprise dans diverses procédures spéciales, soucieuses d'efficacité et de célérité. Le référé est ainsi utilisé par le Président du Tribunal de commerce, en France comme en Belgique. Cette procédure, qui a soulevé de vifs commentaires, a permis de résoudre des problèmes d'administration de société dont les organes se trouvaient empêchés

d'accomplir leur mandat, pour des raisons aussi diverses que la maladie, l'éloignement, ou la grave discorde entre les administrateurs sociaux, ou l'abus de pouvoir face au droit des associés.

M. Van Compernelle rappelle fort bien que c'est la procédure de référé qui a été choisie pour traiter des actions en cessation des pratiques commerciales contraires aux règles de la concurrence loyale.

En France le Premier président de la Cour d'appel peut statuer en référé, notamment pour accorder une exécution provisoire qui n'avait pas été sollicitée en première instance.

Le Président du Tribunal administratif peut aussi en France décider en référé de mesures urgentes, qui peuvent notamment suspendre l'exécution d'une opération administrative de nature à compromettre les droits d'un intéressé.

Toutes ces mesures d'urgence éliminent des sources de contentieux ou facilitent le règlement d'instances en cours en permettant des constats de faits ou en interrompant des faits nocifs.

27. Tous ces faits ont une portée juridique qu'il appartient de qualifier pour définir les droits des parties en litige. Comme le souligne M. Kohl, dans les procédures où l'avocat sert d'intermédiaire entre les plaideurs et le juge, la qualification des faits en droit relève normalement des avocats. Ceux-ci peuvent au fur et à mesure du déroulement de l'instance et de la preuve des faits modifier la qualification juridique, dès lors qu'elle reste dans le cadre de la demande. La Cour de cassation belge admet le juge à suppléer d'office un moyen juridique non proposé par les parties s'il se fonde sur des faits régulièrement soumis à son appréciation et si ce moyen ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande. Mais la jurisprudence englobe dans la cause de la demande à la fois le fait et sa qualification. Ainsi le juge ne peut substituer à l'obligation contractuelle une obligation quasi contractuelle de gestion d'affaires. Il ne peut dans un divorce pour cause déterminée qualifier d'injures graves ce que la partie qualifiait d'adultère.

C'est donc seulement lorsque la modification de la qualification juridique ne débouche pas sur un changement de cause de la demande, que le juge belge peut se fonder sur un moyen juridique non proposé par les parties. En outre certains moyens ne peuvent être utilisés qu'autant que les parties les ont expressément invoqués, comme la prescription ou le bénéfice de discussion.

D'autre part le juge doit soulever d'office les moyens juridiques nécessités par l'ordre public, si les parties ne les ont pas invoqués. Toutefois il ne peut en usant d'un moyen d'ordre public statuer *ultra petita*. Les moyens d'ordre public servent seulement à écarter les prétentions illicites ou immorales.

28. Le juge français dispose davantage de moyens, puisque, s'il doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, 'il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Il peut relever d'office les moyens de pur droit quelque soit le fondement juridique invoqué par les parties.'

LE ROLE ET LA COMPETENCE DU JUGE

C'est seulement pour les droits dont elles ont la libre disposition que les parties peuvent d'un accord exprès lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat (Art. 12 NCPC). Une telle disposition est surtout invoquée lorsque la demande est formée selon la nouvelle procédure de requête conjointe.

La loi ne permet au juge de retenir dans sa décision les moyens produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Le juge n'est donc pas obligé de faire connaître aux parties le moyen nouveau qu'il se propose de retenir. Cependant il peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires (Art. 13 NCPC). Il fera cette invitation à chaque fois que le moyen de droit peut prêter à discussion.

29. Le juge allemand doit faire connaître aux parties les moyens qui ne lui paraissent pas fondés, de façon à permettre au demandeur de renoncer à son action sans espoir. En effet il a le devoir d'informer les parties de leurs droits, tout au moins en ce qui concerne le jeu procédural: exceptions d'incompétence, recevabilité des témoignages. Comme il a le moyen et le devoir de rechercher toute la lumière sur les faits on peut en conclure qu'il a par conséquence toute possibilité de leur donner la qualification juridique appropriée.

30. Le système anglais sépare nettement la phase préparatoire du jugement de l'audience, puisque la première est confiée à des auxiliaires du juge: Masters devant la Haute Cour, Registrars devant les Tribunaux de Comté.

C'est par les 'Summons for Directions' que le Master s'efforce de garantir que les parties accompliront les démarches et formalités pour la meilleure issue possible du litige. Il peut ainsi prendre l'initiative de demander des amendements aux mémoires de plaidoirie. Il peut rappeler les dispositions d'ordre public. Il peut exprimer son avis, mais trop souvent son rôle est formel, comme un simple agent de renseignements sur les formalités procédurales.

Devant les Tribunaux de Comté, qui sont plus proches du justiciable il peut y avoir un contact plus personnel avec le Registrar qui procède au 'pre trial review', examine les possibilités d'arrangement amiable et donc procède à un examen des moyens de droit applicables aux faits de la cause.

A l'audience, une fois les faits établis, un dialogue interviendra entre le juge et les avocats, le premier pouvant inviter ces derniers à développer un moyen ou à abrégé. Le partnership typique des juges et des avocats à la Haute Cour permet de prendre beaucoup de décisions concertées, qui n'ont pas même besoin d'être rédigées. Il semble bien que dans le cas où la Haute Cour délivre un jugement écrit elle y développe largement ses moyens de droit qui, dans un système contradictoire, auront été largement débattus à l'audience.

31. En ce qui concerne le système soviétique, M. le professeur Gourvitch indique, d'une part, que la plupart des causes sont déférées en première instance aux Tribunaux populaires et, d'autre part, que la loi soviétique a supprimé toute

trace de formalisme et installé une justice devant juger en équité, afin de donner à celle-ci les moyens de remplir sa mission éducatrice.

Il précise que le Tribunal soviétique a toute liberté de recueillir les moyens de preuve, de faire produire les pièces. On peut donc penser que, dans ce système où, sans doute, la vie privée est sans grand mystère pour l'environnement social, les faits sont relativement faciles à établir, dans leur spécificité. Il serait intéressant de savoir quelle est la part respective du juge et des parties dans leur qualification juridique afin de découvrir dans quelle mesure la procédure soviétique est comparable à celle des pays occidentaux.

32. Le recul du formalisme dans la procédure civile est indéniable ainsi que le souci de simplification et d'accélération de la procédure même si les systèmes occidentaux n'ont pas atteint le degré informel de la procédure en usage en Union Soviétique.

En effet le formalisme a longtemps été présenté comme la meilleure garantie des droits de la défense, même si certains de ses procédés servaient beaucoup plus les intérêts des auxiliaires de justice et la quiétude des magistrats que la commodité du justiciable.

Comme toute structure, la procédure tendait à oublier sa finalité pour rechercher son propre développement. La procédure est une technique et donc une servante plus qu'une maîtresse. Son seul but est de faciliter la recherche d'une solution à un conflit de droit privé. Elle est un chemin, une voie de communication dont le tracé et le décor varie évidemment suivant les particularités du point de départ, des difficultés à aplanir et du but à atteindre. La conception d'une procédure uniforme, de droit commun, avec ses rites et ses délais rigides qui caractérisait la législation du XIX^e siècle, soucieuse d'une égalité de principe, fait place, à l'expérience, à des procédures variées spécialisées selon la spécificité des divers contentieux.

On assiste à une floraison de juridictions spécialisées et à l'intérieur même des juridictions de droit commun au développement de procédures particulières. Ainsi en France au sein du Tribunal de grande instance co-existent le juge unique et le Tribunal collégial, le juge des référés, le juge des affaires matrimoniales, le juge des enfants. Ce sont des magistrats de grande instance qui, siégeant seuls, remplissent les fonctions de juge des loyers, juge des tutelles, juge d'instance, juge des créances déterminées et reconnues, pour ne citer que les matières les plus usuelles.

On doit noter que ces juridictions spécialisées usent d'une procédure très simplifiée, parfois uniquement écrite et par correspondance, ou encore par comparaison personnelle des parties devant un juge qui joue un rôle dynamique pour circonscrire, élucider les éléments du litige et favoriser la mise au point d'une solution concertée, en tout cas d'une solution acceptable. On doit en effet remarquer que la plupart de ces décisions des juridictions nouvelles ne font pas l'objet de voies de recours. Ce n'est pas seulement parce que les intérêts en jeu sont souvent modestes au regard des frais d'appel, mais c'est surtout parce que cette nouvelle justice est plus constructive et efficace.

33. On explique traditionnellement le rôle du juge civil en disant qu'il a pour mission de dire le droit sur le point qui divise deux ou plusieurs adversaires et d'attribuer à chacun, selon son droit, réintégration, restitution ou réparation.

La réalité est beaucoup plus complexe. Parfois les parties attendent effectivement du juge la réponse de principe à une question de droit. Ainsi en France les organismes de Sécurité sociale ont demandé à la jurisprudence de définir les limites de leur action récursoire contre les tiers partiellement responsables des accidents survenus aux assurés. La solution retenue fait ensuite l'objet d'études financières pour en mesurer la portée sur le budget des Caisses de Sécurité sociale, ce qui peut aboutir soit à une modification des taux de cotisation, soit encore à un amendement de la réglementation de sécurité sociale si l'interprétation donnée par le juge fait souhaiter la rédaction d'un nouveau texte.

Dans bien des cas on attend du juge moins une réponse de principe qu'une solution concrète à un cas particulier: par exemple un propriétaire demande l'expulsion de son mauvais locataire, qui ne paye pas régulièrement le loyer. Il n'y a pas de problème juridique. Mais un problème d'humanité. Comment pourra être relogé le locataire et sa famille?

Les divers conflits familiaux posent également moins de problèmes de droit que de problèmes humains, auxquels le juge doit rechercher au moins un début de solution vivable.

Les conflits sociaux et économiques ne peuvent être examinés seulement sous l'angle froid du droit. Ainsi l'occupation d'une usine par des grévistes, d'une église par des contestataires des conclusions du Concile de Vatican II, d'une entreprise en faillite par ses travailleurs qui refusent la liquidation et le chômage technique, posent au juge saisi des problèmes d'opportunité, d'équité, de conscience que la procédure doit l'aider à résoudre.

34. Suivant le vieux proverbe «un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès» et devant la complexité des litiges, le juge doit pouvoir favoriser la conclusion d'un arrangement, le meilleur possible. Le code de procédure napoléonien prévoyait en règle générale un préliminaire de conciliation et, pour les petites affaires, il donnait compétence à un «juge de paix» beaucoup plus conciliateur que juriste. Il faut reconnaître qu'en fait ce préliminaire de conciliation le plus souvent inefficace était vite devenu une simple formalité, retardant le déroulement de la procédure.

La tentative de conciliation prévue dans les procédures de divorce n'eut pas plus de succès, alors que les intérêts en jeu justifiaient un effort particulier pour rétablir l'harmonie conjugale et familiale.

Cependant le législateur continue d'inciter le juge à jouer un rôle de conciliateur. Mais tirant les leçons des échecs antérieurs et des découvertes de la psychologie appliquée, il ne fait plus de la tentative de conciliation un préliminaire formel, mais un objectif privilégié et permanent de l'instance. La tâche et le devoir du juge allemand, selon M. Nagel, est de parvenir à un règlement équitable

à l'amiable du litige. A chaque phase de la procédure le juge doit avec les parties rechercher cette solution (Art. 279 ZPO). Il n'est pas de règles uniformes qui puissent fixer les moyens de parvenir à un tel règlement amiable. Mais dans son dialogue oral direct le juge doit mettre en confiance parties et avocats, donnant les informations utiles sur le droit applicable à la matière. Il fait ensuite des propositions, tenant compte des intérêts de chacune des parties, pour favoriser la reprise ou la poursuite de bonnes relations entre elles, que ce soit sur le terrain des affaires ou celui des conflits non patrimoniaux.

35. Il entre dans la mission du juge de concilier les parties, prescrit l'article 21 du nouveau code de procédure français. Devant le juge d'instance, compétent pour les affaires modestes, mais les plus nombreuses, la tentative de conciliation est un préalable à la procédure, selon la tradition des anciens juges de paix. Les parties sont invitées à comparaître en personne, mais aucune sanction n'est prévue. Il appartient donc au juge de saisir ultérieurement toutes les occasions pour favoriser une conciliation.

Devant le Tribunal de grande instance, le Président peut favoriser cette conciliation lors des conférences qu'il tient avec les avocats pour préparer les fixations d'audience. Dans les affaires soumises à la mise en état, selon l'article 768 NCPC «le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle des parties». Ce simple constat paraît bien en retrait de la «mission» de conciliation donnée par l'article 21 figurant parmi les principes directeurs du procès applicables devant toutes les juridictions. En fait chaque juge fixe lui-même les limites de cette mission compte tenu de la nature du litige, de la personnalité des parties et des moyens dont il dispose. C'est ainsi qu'en matière de conflits familiaux ces moyens ont été spécialement recherchés. Le juge peut se faire assister par des travailleurs sociaux: assistantes sociales, psychologues, psychiatres, éducateurs spécialisés, pour étudier en profondeur les aspects humains de l'affaire: psychologie des parties, de leur entourage familial, problèmes professionnels et financiers du couple, conditions de logement, de santé. Le juge peut fixer des étapes dans la procédure en prenant des mesures provisoires. Pour déterminer ces mesures il sollicite les propositions des intéressés, en fait ressortir les avantages et inconvénients pratiques, ce qui est déjà un moyen de faire expérimenter par chacun des époux ce qui sera leur mode de vie après un divorce, avec la séparation des enfants, les difficultés financières du fait d'un coût de logement supérieur etc. ...

Si finalement peu de couples renoncent au divorce, du moins un nombre appréciable parvient désormais, avec l'aide du juge, à déterminer à l'amiable un *modus vivendi* réglant les problèmes des enfants, du logement, du budget et des biens de communauté de manière convenable. Pour parvenir à de telles solutions, on a éliminé de la procédure toutes sortes de formes qui aggravaient la tension préexistante des époux. C'est ainsi que la convocation en conciliation ne contient plus l'exposé des griefs de l'époux demandeur. Les mesures accessoires du divorce peuvent être modifiées selon une procédure simplifiée, où les parties peuvent

agir elles mêmes aux moindres frais devant un juge qui sert de médiateur plutôt que comme tenant d'un pouvoir.

36. Le rapport de M. Birks fait état du coût croissant des procédures pour justifier la recherche de solutions amiables. Il est certain que la peur de ne pouvoir faire face aux frais de justice amène bien des justiciables et pas seulement britanniques, à renoncer à des procès pour défendre leurs droits. Mais une vraie conciliation doit se faire dans l'équité et la raison et non sous la contrainte du pouvoir économique de l'adversaire.

L'introduction de la procédure de «pre trial review» devant les Tribunaux de Comté a permis d'aboutir à bien des arrangements. Cela s'explique par le rôle plus actif du Registrar dans la préparation du procès, avec les contacts personnels qu'il a avec les plaideurs qui lui donnent l'occasion de mieux mesurer la nature et l'importance de leurs prétentions et arguments.

La conciliation est plus utile lorsqu'elle arrive dans les premières étapes de la procédure, avant que les frais soient trop élevés. Mais les traditions anglaises incitent les plaideurs à garder secrets le plus longtemps possible leurs arguments, de peur d'affaiblir leurs positions. C'est toujours la vieille attitude du combat où chacun essaye d'intimider l'adversaire en laissant croire qu'il a en réserve des moyens supérieurs. Or, note M. Birks, il est beaucoup plus facile d'arriver à un règlement amiable si chacun met cartes sur tables et attend l'aide bienveillante et impartiale du juge. C'est ce qui se produit dans les Tribunaux de Comté où les plaideurs, non assistés de conseils, ont besoin de l'aide du Registrar pour exposer leurs prétentions et leurs moyens, ignorant la valeur exacte de ceux-ci. Mieux les parties sont informées plus elles ont de chance de parvenir à une conciliation et c'est pourquoi, désormais, les rapports d'expertise sont communiqués aux parties.

37. La conciliation, si elle est favorisée par l'intervention du juge, reste l'oeuvre directe des parties, même si c'est le juge qui en propose une rédaction claire.

Il peut arriver que les parties, sans parvenir à proposer elles mêmes le règlement amiable de leur litige, décident de le soumettre à un arbitre ayant leur égale confiance. Sans aborder ici l'examen des arbitrages privés qui sont fréquents dans les litiges commerciaux opposant des sociétés ou opposant des Etats à des partenaires de droit privé, il faut regarder dans quelle mesure les parties peuvent demander au juge civil d'une juridiction officielle de résoudre le conflit comme amiable compositeur.

L'article 12 du nouveau code de procédure civile français permet aux parties, le litige né, de conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé. Cet article ne concerne pas le cas du magistrat, qui à titre personnel est choisi comme arbitre d'un différend qui n'est pendant devant aucune juridiction, un tel cas devant être examiné sous l'angle du statut du magistrat, de son obligation de réserve. Mais cet article souligne combien le législateur souhaite voir le magistrat recueillir la

confiance des parties puisque, choisi comme amiable compositeur, il pourra statuer en équité sans être prisonnier des règles juridiques. Il pourra aussi statuer souverainement si les parties renoncent à la faculté d'appel en lui confiant cette mission d'arbitrage.

Une telle faculté n'est ouverte que pour les litiges ne concernant que les droits dont les parties ont la libre disposition. C'est ainsi que cette procédure n'est pas applicable aux affaires d'état des personnes.

38. A défaut de conciliation ou d'arbitrage, l'issue normale de la procédure est le jugement rendu au nom de l'imperium du juge d'Etat, sous réserve des voies de recours prévues par la loi. Partant des faits tels qu'ils sont reconnus par les parties ou établis par les preuves administrées, le juge en tirera les conséquences juridiques disant qui a raison, qui doit payer, faire, cesser de faire, combien, dans quel délai, sous quelle forme, précisant ce qui est valide et ce qui est nul et sans effet.

Dans ce jugement seront affrontées diverses difficultés: le juge tout d'abord prend parti sur les faits, sur les preuves de leur existence et de leurs particularités, ce qui n'est pas toujours facile, lorsqu'il ne dispose que d'indices et de présomptions. Travail de logique, de rigueur, mais aussi d'intuition et de finesse. Le juge doit ensuite déterminer le droit applicable à ces faits. Droit qui n'est pas toujours très explicite et qui doit alors s'induire de principes généraux. L'exemple achevé en est celui de la jurisprudence française et belge relative à la responsabilité délictuelle du fait des choses que l'homme a sous sa garde, où un texte de quelques lignes sert de support à des décisions innombrables et variées.

Le juge doit procéder d'autre part à des évaluations forcément subjectives lorsqu'il s'agit de traduire en dommages intérêts des réparations pour faute. Il s'établit ainsi un cours moyen du taux d'invalidité corporelle qui d'ailleurs diffère pour les accidents du travail et les autres accidents.

Enfin et surtout le juge doit se préoccuper des moyens de mettre à exécution sa décision.

39. La décision judiciaire n'a d'intérêt qu'autant qu'elle est susceptible d'être exécutée. Certes le prononcé du jugement dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche (Art. 481 NCPC). Mais ce principe subit lui-même des exceptions. C'est ainsi que désormais le juge français peut «interpréter» sa décision si elle n'est pas frappée d'appel (Art 461 NCPC). Il peut aussi rectifier les erreurs et omissions matérielles qui l'entachent (Art. 462 NCPC). Il peut la compléter s'il a omis de statuer sur un chef de demande (Art. 463 NCPC), ou la restreindre s'il a accordé plus qu'il n'était demandé (Art. 464 NCPC).

En certaines matières les décisions sont révisables par exemple en matière de garde d'enfants, de pensions alimentaires, de mesures éducatives et le juge doit donc spécialement se préoccuper du caractère «opérationnel» de sa décision s'il ne veut pas être amené à être trop saisi d'instances modificatives.

Le juge des référés prend des mesures à caractère provisoire ou conservatoire et il doit tout spécialement veiller à leur commodité d'exécution.

La meilleure des exécutions procède de l'acceptation par les parties du bien fondé de la décision. A défaut d'une conciliation, d'un arbitrage, un jugement qui est accepté comme juste et raisonnable par tous les intéressés remplit sa mission de justice. Mais trop souvent l'une des parties, celle qui a succombé, quand ce ne sont pas les deux parties, estime l'affaire mal jugée et s'efforce d'échapper à l'exécution du jugement, même s'il est formellement exécutoire, tout moyen légal de recours étant épuisé.

La loi prévoit le concours de l'Etat et notamment de la force publique pour assurer l'exécution des jugements. Mais l'Etat soucieux d'éviter les désordres et les incidents refuse souvent son concours. C'est ainsi que restent sans exécution des décisions de changement de garde d'enfants, d'expulsion d'occupants sans titre, de saisie de navire, de destruction de constructions illicites, de cessation de troubles de voisinage par fumées, odeurs ou bruits provenant d'activités industrielles.

40. Le juge peut-il vraiment s'abstraire des contingences non juridiques, des positions respectives de l'opinion publique, de la presse, de l'administration, des psychoses ou névroses des parties, des conséquences économiques et sociales de sa décision ?

M. Van Compernelle établit un parallèle entre l'acte administratif et la décision judiciaire. Il constate qu'en matière administrative le style classique d'une action décidée d'office et unilatéralement cède doublement. L'on assiste d'une part à une extension de la gestion négociée, de l'administration concertée et d'autre part à des recours aux techniques d'administration contentieuse qui s'inspirent des techniques du judiciaire.

Le judiciaire lui même emprunte à l'administration avec une part de ses soucis de gestion et d'opportunité, une part de ses techniques.

La justice d'aujourd'hui trouve son efficacité dans la concertation. A l'image de la société où les directives et les options sont le fruit d'un débat entre groupes de pression divers que l'Etat s'efforce d'arbitrer, le juge ne tire plus son autorité du prestige de la loi et de ses connaissances juridiques, mais de sa capacité à imaginer des solutions raisonnables et humaines à des conflits dont les résonances sont amplifiées par la multiplication des mass media, l'entassement urbain, l'absence de valeurs sûres permettant de caractériser une civilisation.

Une évolution convergente des systèmes procéduraux vers un rôle plus actif, plus personnalisé du juge, engagé dans un dialogue direct avec les justiciables, résulte de tous les rapports présentés. Le juge moderne se sent moins convié à édifier un ouvrage juridique pour alimenter les commentaires de spécialistes, qu'à œuvrer simplement au service de justiciables incapables de trouver seuls une solution à leurs conflits. Les parties sont invitées à prendre une plus directe part à la recherche d'une solution comme le juge se sent davantage responsable de la qualité humaine de sa décision. Moins protégé par un formalisme très réduit, par une révérence populaire qui n'est plus donnée d'avance, le juge civil a

quitté sa tour d'ivoire et a pris le contact concret des drames qu'il est appelé à arbitrer et plus encore à réduire.

41. Le juge reste cependant un facteur de norme juridique. On peut même dire qu'au moment où l'autorité de la loi fait l'objet d'une contestation irrévérencieuse, mettant en cause la légitimité du législateur comme sa compétence, la notion de juridiction prend une dimension nouvelle. Comme le note très justement M. Van Compernelle «la tâche du juge ne peut être ramenée à l'accomplissement d'une oeuvre d'exécutant. Un rôle actif et créateur lui revient, dont les missions diversifiées ne se réduisent pas à la traduction passive de la loi».

Depuis toujours dans le cas d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, le juge fait oeuvre prétorienne en définissant une norme selon son propre sentiment du droit face aux problèmes concrets posés.

On peut s'étonner qu'après avoir souligné le caractère informel de la procédure soviétique, M. Gourvitch, qui indique que les Tribunaux populaires jugent essentiellement en équité, défende la thèse du caractère non normatif de la jurisprudence.

Il s'oppose en cela aux conceptions de ses collègues Bratous et Venguerov, selon lesquels la jurisprudence remplit deux missions principales: une mission d'explicitation ou de concrétisation de la loi par son application à la variété des espèces jugées, et une mission normative dans le cas où faute de textes positifs il faut bien proposer des dispositions nouvelles «dans le cadre de la loi» ou, plus vraisemblablement, dans son esprit général.

42. M. Gourvitch soutient que le juge soviétique n'est tenu que par la loi, et, bien sûr, l'équité, fondement de la justice démocratique populaire, et qu'il ne saurait être lié par la jurisprudence, même venant de la Cour Suprême de l'URSS et des Plenums des Cours suprêmes des Républiques fédérées.

Le système soviétique serait ainsi différent de celui de l'Allemagne Fédérale où la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe s'impose aux juridictions des Länder, comme de celui de la Communauté Européenne, où les décisions interprétatives de la Cour de Luxembourg s'imposent aux juridictions nationales des neuf pays appartenant à la Communauté.

Toutefois M. Gourvitch reconnaît que la jurisprudence abonde en précédents d'interprétation qui peuvent rendre les plus grands services aux Tribunaux saisis de cas comparables. Il rend hommage à «l'immensité de l'effort créateur de la Cour Suprême de l'URSS dans divers domaines du droit et présentant un indéniable intérêt scientifique et pratique». Il pense avec M. Troubnikov que les décisions des juridictions supérieures n'ont pas de valeur normative puisque ces juridictions sont sujettes à l'erreur comme les autres. L'aveu de ces erreurs ne résulte-t-il pas de ces fameux revirements de jurisprudence qui se produisent à l'Ouest comme à l'Est? Ne sont-ils pas aussi le signe d'une nouvelle approche des problèmes par les juridictions de premier degré, qui d'ailleurs ont souvent précédé les juridictions suprêmes dans la nouvelle interprétation, parce qu'elles

sont davantage au contact des problèmes concrets que l'actualité propose.

Sans vouloir trancher la querelle de nos collègues soviétiques il semble bien que, sans avoir la force stricte de la loi, la jurisprudence, lorsqu'elle supplée la carence du droit écrit, garde un caractère normatif, sujet évidemment à évolution et à développement au fur et à mesure de l'éclairage donné aux faits nouveaux imprévus du législateur.

Il reste que devant chaque affaire, le juge est d'abord seul avec sa conscience et les faits dont il est saisi et que, même en faisant application d'un principe nouveau dégagé par la jurisprudence, il devra en mesurer l'applicabilité à son dossier, en chiffrer concrètement les conséquences. C'est ainsi qu'on peut dire que si des normes se dégagent d'une certaine convergence de la jurisprudence les Tribunaux ne jugent que des cas particuliers. Ils n'ont pas le pouvoir d'instituer des règlements, tout au plus des usages et des pratiques.

S'il y a des lois de circonstance qui contredisent le caractère normatif de la loi, il y a aussi des grands arrêts de principe qui tiennent lieu de loi pratique en attendant l'oeuvre propre du législateur.

43. Mais ce n'est pas seulement dans le domaine juridique que le juge est appelé à proposer certaines normes. Le droit moderne demande au juge de prendre des décisions pour assurer par exemple le bien de l'enfant, de la famille, sans pour autant lui proposer une norme éthique précise de ce bien. Dans une telle hypothèse selon le Président Ropers, ce n'est pas en référence de sa conception personnelle des valeurs familiales que le juge doit statuer mais en référence de la conception la plus représentative de la société dans laquelle est insérée la famille en cause. En effet c'est au nom du peuple que le juge exerce son mandat, et non en vertu de son éthique personnelle. Toutefois sa conscience reste dans une certaine mesure inséparable de cette éthique et il lui faut apprendre à se distancier par rapport à sa propre personnalité, pour entrer dans l'univers particulier des plaideurs, tenant compte de leur niveau de culture, de leurs références morales comme de leur situation économique, de leur âge et de leur état de santé. Le juge est appelé à se renouveler constamment, se faisant comme le souhaitait Saint Paul, à la recherche de l'homme nouveau, grec avec les Grecs, juif avec les juifs, romain avec les Romains.

A travers toutes ces particularités se dégageront des normes significatives que ne manqueront pas de présenter, trop souvent en les déformant, les journalistes et essayistes. Il est incontestable que certaines décisions tranchant de douloureux conflits entre parents naturels et parents nourriciers relatifs à la garde d'enfants ballottés de foyer en foyer font l'objet de commentaires de presse aussi passionnés que sommaires. Mais ces campagnes de presse elles-mêmes participent à la réflexion de l'opinion publique et à l'élaboration des normes nouvelles de la société.

44. En matière économique et sociale le juge a aussi compétence pour définir des normes. Ainsi en Belgique, en matière de réglementation des prix les Cours et

Tribunaux apprécient souverainement le caractère anormal des prix. Or la loi ne peut donner une définition précise du prix normal de référence. Elle se contente de proposer l'examen parallèle de certains critères économiques comme les bénéfices réalisés, les frais d'exploitation et l'état du marché.

De même la loi belge du 14 Juillet 1971 confie au Président du Tribunal de commerce le soin de statuer sur les actions en cessation de pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciale par lesquelles un commerçant ou artisan porte atteinte ou tente de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou plusieurs autres artisans ou commerçants. La loi ne précise pas ce que sont les usages honnêtes ni ce que sont ces pratiques portant atteinte aux intérêts professionnels des commerçants et artisans. Il appartient donc au juge saisi d'une pratique contestée de voir en quoi elle peut servir l'intérêt général ou certains intérêts particuliers au détriment des intérêts catégoriels des commerçants.

En France le Tribunal de commerce saisi d'une action en règlement judiciaire contre une entreprise d'intérêt régional ou national peut en raison des intérêts de l'économie générale et des travailleurs de l'entreprise, surseoir à prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation en décidant d'organiser une administration provisoire dans l'espoir de sauver l'entreprise, malgré son état de cessation de paiement. Le juge doit alors faire une évaluation des chances de réussir ce sauvetage compte tenu des moyens de réorganisation de l'entreprise, des dispositions des dirigeants, des cadres et des représentants du personnel.

45. Le développement des procédures de référé s'explique notamment par la rapidité, le coût très réduit de cette procédure mais aussi par la nature des mesures que l'on attend du juge. Réservant le principal, c'est-à-dire les questions de principe, les parties demandent des mesures provisoires qui en fait modifieront les données concrètes de la situation. Au lieu d'attaquer en nullité certaines décisions d'un organe directeur de société, on demande au juge la mise en place d'un administrateur provisoire, d'un expert qui avec sa compétence, son impartialité aidera à clarifier la situation.

N'ayant pas à trancher le principal, sauf à souligner des évidences juridiques, le juge des référés peut proposer des solutions de fait, il peut désigner un médiateur, comme ce fut le cas dans la délicate affaire de l'occupation de l'Eglise St. Nicolas du Char donneret de Paris. Il peut faire cesser un trouble avant que celui-ci ait entraîné d'importants dommages. Ce faisant il s'apparente à l'administrateur, appréciant les opportunités et prenant des décisions immédiatement exécutoires.

46. C'est pourquoi la confusion de rôle entre l'administration, qui se comporte en juge dans l'examen de bien des demandes, et le juge, qui se comporte en administrateur dans ses démarches les plus nouvelles, amène à se poser la question de l'adéquation des institutions à leurs missions.

Un reste de cartésianisme peut faire regretter cette confusion des genres. Mais après tout est-il si déplorable que dans l'examen des diverses demandes à caractère contentieux qui lui sont déférées l'administration ait emprunté à la technique

judiciaire ses techniques d'investigation et d'analyse juridique? Ne faut-il pas d'autre part se féliciter que les juges se soucient désormais des contingences d'opportunité et de gestion et orientent leurs décisions dans le sens de l'efficacité pratique?

Lors du congrès consacré à la magistrature économique en 1975 par le Centre de recherches interdisciplinaires droit-économie de l'Université Catholique de Louvain et le Séminaire de droit économique et financier de l'Université de Gand, M. Del Marmol dans sa communication souhaitait «à temps nouveaux magistratures nouvelles» et se demandait si l'appareil judiciaire, notamment les Tribunaux de commerce était adéquat en raison de ses techniques procédurales pour traiter ce nouveau contentieux appelé à préciser des normes économiques et sociales et à exercer une action de type préventif. On envisage en conséquence la création d'institutions nouvelles de pacification et de jugement à caractère administratif car on redoute l'inaptitude des magistrats de l'ordre judiciaire pour traiter des conflits des grandes entreprises.

Mais comme le souligne M. Van Compernelle il y a quelque contradiction à contester cette aptitude des magistrats et à finalement choisir parmi eux les membres de ces nouvelles commissions de contentieux économique.

Le même phénomène se retrouve en France où la plupart des Commissions spécialisées dans ces contentieux économique ou social sont présidées par des magistrats.

47. Dans ce type de contentieux on constate une tendance au développement des organes paritaires. Cette formule a l'avantage de favoriser les conciliations comme on le voit en France au Conseil des Prud'hommes ou au Tribunal paritaire des baux ruraux. Entre partenaires habitués à collaborer, à vivre dans le même milieu, la communication est plus facile. Les faits litigieux sont plus facilement rapportés et établis, parce qu'on ne peut pas soutenir l'in vraisemblable. Mais il peut aussi y avoir des blocages parce que le conflit individuel est dépassé par les intérêts catégoriels dont le syndicat assistant la partie se sent comptable avant toute autre considération.

C'est dans de tels cas que l'intervention d'un magistrat permet de débloquer la situation. Ces conflits que n'a pu résoudre l'inspecteur du Travail, malgré sa connaissance privilégiée du milieu de l'entreprise et du droit du travail, trouveront une solution devant le juge, pas seulement par ce qu'il a l'imperium pour trancher, mais aussi parcequ'il est plus indépendant des divers groupes de pression, avec lesquels l'inspecteur doit compter dans son travail quotidien, marchandant son silence ou sa sévérité pour contenir les excès réciproques de ses interlocuteurs habituels et négocier ainsi des arrangements utiles.

48. L'autorité et la spécificité du juge tiennent à la fois de son statut et de sa personnalité.

Nommé par les pouvoirs publics, il reste indépendant dans l'exercice de son mandat, tenu seulement par la loi et le contrôle des juridictions de recours. Les

groupes de pression catégoriels ont peu de prise sur lui car il n'attend d'eux aucun avantage et n'a rien de particulier à redouter. En plus il bénéficie du crédit d'intégrité légué par une longue tradition de telle sorte qu'il serait téméraire d'avoir l'air de faire pression sur son indépendance.

Bénéficiant d'une formation universitaire et professionnelle qui reste, en dépit des critiques et des vœux, d'un niveau supérieur, il bénéficie du prestige et de l'aisance que confère le savoir et l'expérience du droit et des hommes.

Sa personnalité n'est pas étrangère à son influence. Fort de son statut et de ses connaissances il peut secouer les poussières des formules et des pratiques désuètes et entrer hardiment dans l'examen des structures de la société industrielle et urbanisée dans laquelle il doit agir. Il peut analyser plus librement que le politicien les origines et le processus de ses crises de croissance car il n'a pas à se soucier des passions changeantes de l'opinion puisqu'il ne brigue pas le suffrage populaire et compte seulement sur le bon sens et la droiture du peuple qui subsistent heureusement sous l'écume du quotidien.

Il peut partager les espérances de ce peuple au nom duquel il juge, et pour lequel il incarne l'une des vertus les plus recherchées qu'il peut avoir le bonheur de caresser fugitivement, la Justice.

Si, comme le souhaite le rapport de M. Van Compernelle, le juge doit pouvoir cultiver quelque spécialité pour ne pas rester étranger au fond des problèmes en litige, il importe, pour qu'il puisse s'élever au dessus de ces spécialités nécessaires, qu'il reste au premier chef un spécialiste en humanité, cultivant avec persévérance la sérénité devant l'ampleur de sa tâche, la passion des parties en présence. Il doit exercer son esprit à la rigueur tant dans l'écoute que dans la réflexion et l'imagination. Celles-ci ne doivent pas être bridées par la crainte de déplaire à quelque puissant ou de contrarier quelque mode éphémère. Il doit enfin et par dessus tout appliquer à son oeuvre une ouverture de cœur qui lui procure la nécessaire confiance des plaideurs, dès qu'ils auront perçu qu'avant d'être celui qui jugera leur cause, le magistrat n'est pas celui qui juge les êtres, mais celui qui partage leur condition d'homme.

FUNCTION AND COMPETENCY OF THE JUDGE

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. B. CONNEN

(Paris)

The uniformity of ways of life in industrial and urban developed countries is the cause of a lot of analogies in civil and commercial proceedings. In past centuries civil courts were indeed intended for the well-to-do members of society. Nowadays common people must be heard in civil courts, concerned with traffic or labour accidents, divorces, purchases on trust and difficulties about paying the bills, claims for hire and other nuisances of modern life.

Common people are also faced with new partners: companies, unions, trade unions and various associations or pressure groups.

The traditional proceedings are expensive because of the formalism and the compulsory assistance from solicitors or barristers in law. The plaintiff waiting for reparations of bodily damage, unable to go on working, cannot advance the costs of proceedings and wishes to obtain a speedy solution and a pragmatic issue.

How can the modern judge describe the object of the claim, ensure fair-play during the trial procedure, reach a convenient way out?

In order to fix the limits of the case, the judge has at his disposal the original claim, and further the written pleadings. When advocates assist parties, the case is better stated, facts and legal arguments are clearer. Nevertheless, in accordance with the memory of judicial duels, the parties will often try to conceal their cards as long as possible.

In Germany, the judge has a duty to compel the parties to clear up the facts of the case at issue. He gives them information about points of law, such as admissibility of the evidence, matters of competence, for closure and so on.

In France, the judge can now invite the parties to attend the hearing themselves, in chambers or in open court according to the opportunity. In Belgium, the judge may also do so.

In England the judge does not play part in the preparatory stages of the trial which are treated in the High Court by the masters and in the County Courts by the registrars. The registrar's functions are exclusively judicial, his administrative

duties have been delegated to his chief clerk. When parties appear in person, as is usual nowadays, the registrar plays an active role so as to ensure that the claim is well founded or that there is a valid defence.

The adversary system remains the basis of civil proceedings in Western countries. But the judge can now intervene and put a foot into the arena in order to help parties with the discovery or disclosure of documents, examination and cross-examination of the witnesses. In France, Belgium and Western Germany, the judge may of his own volition order inquiry, inspection of the place, exhibition of documents belonging to a party, even to a third party.

In France the delays for the communication of documents between parties for the deposit of conclusions and the fixation of a hearing are assessed by the judge with a sanction of for closure.

In cases of emergency, the french 'juge des référés' is able to take measures to ascertain facts in order to preserve the situation, to appoint a temporary manager or an expert. He may order perturbation to cease immediately.

When the facts are stated with the evidence, the judges' task is to ascertain the law about these facts. In Belgium, the judge may only consider the legal arguments offered by parties about the claim. On the other hand, the french judge is under a duty to allot the most correct legal qualification to facts without being bound by the qualification given by parties.

In England the counsels have the duty to refer the courts to all authorities which may act against their submissions. So the judge does not carry out his own researches into the law. This partnership between the judge and advocates depends to a large extent on the relatively small number of judges and advocates involved in court work.

The sovietic is relieved of the formalism and decides according to the law and equity. The uniform proceedings are estimated to be a revolutionnary conquest, a democratic progress.

For the conclusion of the trial there are many ways out. The best will often be an agreed solution of the dispute. But the settlement must not disguise an undeserved defeat for the party who feels unable to risk the financial consequences of an adverse judgement. The new laws of procedure in France, Belgium and Western Germany incite the judge towards a conciliator's task, with a more frequent appearance in person by the parties than before. In matters of family disputes the french judge may be assisted by a welfare agent or a psychologist.

In England the pre-trial review procedure in the County Courts has led to many settlements, certainly because the registrar has a more active participation now than was the case before.

But the agreement over a solution is in the first place the parties' work. Instead of settlement, parties may, in France, appoint the judge as an arbitrator who then can decide in equity without consideration of law and even without appeal.

However the usual way out of the trial is the judgement with findings of fact and ascertaining of the law. This judgement must firstly be practical. The best judgement will be performed willingly. The winner is able to request public

LE ROLE ET LA COMPETENCE DU JUGE

power in order to obtain a forced execution, but the administrative authority is allowed to appreciate the opportunity of this action on its own accord and to refuse its help. So, nowadays the judicial authority is led to seek an agreed solution, at the very least an acceptable solution to the parties. As the governments legitimacy is contested, they are led to negotiate with Trade unions, trusts and other pressure-groups, the judges power cannot be ensured only by his title and public mandate. He must bring parties face to face with the realities of the situation. Unforeseen by the legislator, this situation requests the imagination of judge and parties who together will seek a convenient solution.

For ascertaining the law the judge has the duty to estimate not only legal but also economical or moral norms. Guardian of the fair competition in business, of the conjugal and family welfare, of the quite management of the main enterprises, the judge is called to solve the crises of our growing up society. Set up independant of political power, without the pressions of lobbies or particular groups, the judge can today sit with authority using his knowledge of law and mankind, listening to the parties with a brotherly heart.

**SELECCION Y NOMBRAMIENTO
DE JUECES**

SELECTION AND APPOINTMENT OF JUDGES

PROF. DR. H. FIX ZAMUDIO

(Mexico)

SUMARIO

I. Introducción	409
II. Resumen de los informes nacionales y regionales por orden alfabético de los autores	414
A. Agrícola Barbi, Celso (Brasil): Formation, sélection et nomination des juges au Brésil, du point de vue de l'humanisation de la justice	414
B. Alvim Arruda (Brasil): Préparation, sélection et nomination des juges au Brésil	416
C. Broniewicz, Witold (Polonia): Le recrutement des juges dans les pays socialistes de l'Europe Orientale.	417
D. Fix-Zamudio Héctor (México): Preparación, selección y nombramiento de los jueces en el ordenamiento mexicano	418
E. Garcia Belaúnde, Domingo (Perú): Preparación, selección y nombramiento de los jueces en el Perú	420
F. Hinestrosa Fernando (Colombia): Memoria del Ministro de Justicia al Congreso Nacional (1968-1970)	421
G. Ishikawa, Akira (Japón): Training, Appointment and Number of Judges	422
H. Khalek Omar, Mahomed Abdel (Egipto): The training selection and Appointment of Judges in Egypt	423
I. Piret J. M. (Bélgica): Le sélection et la nomination des juges en Belgique.	424
J. Schwartz, Carl E. (Estados Unidos): Judicial Selection, Supervision and Removal in the United States	426
K. Song, Sang Hyun (Corea): Jurist and paraprofessional (Korean cases).	427
L. Suprema Corte de Justicia (Ecuador): Preparación, selección y nombramiento de los jueces	428
M. Viera, Luis Alberto (Uruguay): Preparación, selección y designación de los jueces	429
N. Wolf, Manfred (República Federal de Alemania): Ausbildung, Auswahl und Ernennung der Richter	430
III. Preparación de los jueces	431
A. Estudios universitarios	431
B. Práctica profesional	432
C. Especialización	433
D. Escuelas judiciales	434
IV. Selección de los juzgadores	436
A. Exámenes oficiales	436
B. Concursos de oposición	437
C. Criterios Sociopolíticos.	437

H. FIX ZAMUDIO

V. Nombramiento de los jueces	439
A. Elección	439
B. Designación	440
C. Sistemas intermedios	441
VI. Promoción y vigilancia	443
A. Carrera judicial	443
B. Periodicidad e inamobilidad	444
C. Comisiones judiciales y tribunales disciplinarios	445
D. Consejo de la Magistratura	447
VII. Situación del Ministerio Público	450
VIII. Resultados obtenidos y propuestas de reforma	452
IX. Conclusiones	454

I. Introducción

1. El tema que se nos ha encomendado, es uno de los más importantes dentro de este Congreso Internacional de Derecho Procesal, en cuanto tiene por objeto fundamental llegar a conclusiones sobre la posibilidad de lograr un perfeccionamiento en la preparación, selección y nombramiento de los jueces, todo ello dentro del propósito general de este evento, de arribar a la meta de una justicia humanizada, dentro de la época atormentada en que nos ha tocado vivir.

2. En efecto, si bien los problemas técnicos del derecho procesal que se examinan en esta reunión son esenciales para lograr la noble finalidad mencionada, todos los resultados alcanzados por el procesalismo científico, y han sido muchos desde el momento en que se enarboló la bandera de la autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo¹, quedarían oscurecidos si no corresponden a un verdadero progreso en la organización y funcionamiento de los tribunales y de sus integrantes, es decir, de los jueces, quienes en última instancia son los que deben aplicar las normas procesales.

3. Se ha señalado con toda claridad que son los juzgadores los que pueden determinar el éxito o el fracaso de una reforma procesal, pues como lo afirmó con tanta penetración el ilustre procesalista florentino Piero Calamandrei: 'el problema de la reforma de las leyes, es ante todo un problema de hombres'.²

4. El propio Calamandrei, debido a su intensa práctica profesional, se percató de la significación de la labor judicial, la cual destacó en su libro conmovedor *El elogio de los jueces escrito por un abogado*, en el que señaló la acción complementaria de ambas profesiones forenses, en cuanto sostuvo que:

'... cualquier perfeccionamiento de las leyes procesales quedaría en letra muerta si los jueces y abogados no sintieran, como ley fundamental de la fisiología judicial, la inexorable acción complementaria rítmica, como el doble latido del corazón, de sus funciones...'³

5. Pero si la actitud del abogado contemporáneo es esencial para lograr una imagen más humana de la justicia, como lo demuestra la reciente evolución del asesoramiento jurídico, o *legal aid* de los países angloamericanos⁴, la de los jueces, si es posible hablar de jerarquías, asume mayor alcance, ya que del juzgador dependen, tanto la dirección del proceso como la interpretación de las disposiciones procesales, de manera que se encuentra en sus manos la decisión

1. Acontecimiento que el distinguido procesalista uruguayo Eduardo J. Couture consideró como un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. Ed, Buenos Aires, 1958, p. 63.

2. *Instituciones de derecho procesal según el nuevo código*, trad. de Santiago Sentís Melendo, 2a. Ed., Buenos Aires, 1962, tomo I, p. 420. Nueva edición italiana en *Opere Giuridiche*, Napoli, 1970, tomo IV, p. 232.

3. Edición de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1956, p. XL.

4. La bibliografía es muy amplia, pero citaremos la obra más reciente de Mauro Cappelletti, James Gordley y Earl Johnson, Jr., *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*, Milano-Dobbs Ferry, New York, 1975.

final sobre el desarrollo de las instituciones procesales en la realidad jurídica.¹

6. Una prueba evidente de esta aseveración se encuentra en el ejemplo de la clásica reforma procesal del ilustre Franz Klein, quien en la última década del siglo XIX, sentó las bases para una transformación modernizadora de la función jurisdiccional austriaca, que todavía subsiste en la actualidad, y cuyo éxito se debió a su gran comprensión del problema, al implantar paralelamente a la reforma procesal, una efectiva reorganización de los tribunales austriacos, los que, además, fueron integrados en su mayor parte por jueces jóvenes, compenetrados con el perfeccionamiento procesal.²

7. A todo lo anterior deben agregarse otros factores contemporáneos, que resaltan todavía más el papel esencial del juzgador en la transformación de las instituciones procesales.

8. En primer término debemos recordar el desarrollo paulatino de la función judicial, desde la simple aplicación mecánica de los textos legislativos, según la clásica concepción de Carlos María de Secondat, Barón de Montesquieu, que tanto éxito alcanzó entre los revolucionarios franceses durante varias décadas del siglo XIX³, hasta la delicada función de guardián de la Constitución que se atribuye a los tribunales supremos de nuestra época, con mayor razón respecto de las jurisdicciones especializadas que surgieron de acuerdo con el modelo de la Corte Constitucional austriaca establecida en la Ley Fundamental de 1920.⁴

9. Durante mucho tiempo se discutió acaloradamente, y en ocasiones todavía se debate, la función aplicadora o creadora de los tribunales, y si bien este problema se reduce en la actualidad a una simple cuestión semántica, ya que nadie puede desconocer, salvo que se retroceda a fines del siglo XVIII, el principio expresado desde hace mucho tiempo por los juristas angloamericanos y que se condensa en la frase *Judge make law*, pero no por ello carece de interés, particularmente en los países de tradición romano-canónica, comprender el al-

1. Cfr. entre otros José Rodríguez U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, con un profundo y extenso Prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Valencia, Venezuela, 1968; Niceto – Alcalá-Zamora y Castillo, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, en sus *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945–1972)*, México, 1974, tomo I, pp. 245–290, Hans Walter Fasching, *Liberalización y socialización del proceso civil*, trad. de Raúl Nocedal, en 'Boletín Mexicano de Derecho Comparado', Núms. 13–14, enero-agosto de 1972, pp. 23–33; Mauro Cappelletti, *El proceso civil en el derecho comparado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, especialmente pp. 43–82.

2. Cfr. entre otros el breve pero agudo análisis de Piero Calamandrei, *La obra de Francisco Klein y el proceso civil austriaco*, en su libro *Choivenda, recuento de juristas*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, pp. 151–159.

3. Es clásica la frase de Montesquieu: 'Pero los jueces de la nación como es sabido no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.' *El espíritu de las Leyes*, Libro XI, Capítulo VI, trad. de Nicolás Estevénez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951, p. 209.

4. Este concepto fue consagrado expresamente en el artículo 214 de la Constitución Colombiana vigente, en el cual se expresa: 'A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución', y en forma similar también se pronuncia el artículo 188, inciso 1, de la Constitución de Panamá de 1972, actualmente en vigor.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

cance del derecho judicial, entendido como las normas jurídicas establecidas por los tribunales.¹

10. El ilustre fundador de la Escuela de Viena, puso de relieve, lo que debería ser obvio, pero que no se había reconocido francamente, es decir que el juez, además de integrar el ordenamiento jurídico en sus fallos, cuando se presentan las llamadas lagunas (en realidad, casos no previstos por el legislador), también crea normas jurídicas, en gran parte de carácter individual, al resolver las controversias que se le presentan²; pero en la actualidad, con el funcionamiento de las Cortes o Tribunales Constitucionales, su labor creativa puede llegar a ser tan amplia y general como la del legislador, hasta el punto de que la función de dichos tribunales se ha considerado como de carácter 'paralegislativo'³; pero también pueden configurarse situaciones intermedias, como ocurre tratándose del fenómeno contemporáneo de la protección de los llamados intereses colectivos y de grupo.⁴

11. Con independencia de la transformación del juez moderno, de un simple espectador de la actividad de las partes, al verdadedero director del procedimiento, inclusive en los sectores predominantemente dispositivos, como el proceso civil⁵; podemos observar claramente el cambio significativo de la magistratura judicial, que después de la revolución francesa estuvo desprovista de verdadera autoridad frente a los restantes órganos del Estado, pero que ahora puede considerarse como un auténtico factor de poder, que interviene en la toma de las decisiones políticas fundamentales, al menos en la esfera de los tribunales supremos y especialmente tratándose de las jurisdicciones constitucionales, como lo ha puesto de relieve en forma muy precisa el distinguido procesalista italiano Mauro Cappelletti.⁶

1. Cfr. las profundas observaciones del papel del juez en la creación de normas jurídicas en la familia jurídica romano-germánica, y sus relaciones con la misma función en los jueces del *common law*, en la magistral obra de René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 6a. Ed., París, 1974, pp. 137-145. José Castán Tobeñas, *La formulación judicial del derecho*, 2a. Ed., Madrid, 1954, pp. 26 y 55.

2. Cfr. Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, México, 1949, pp. 38-39; *Id. Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz-Lacambra, México, 1951, pp. 304-305.

3. Este era el punto de vista de los fundadores de la jurisdicción constitucional en Austria y en Italia, Hans Kelsen y Piero Calamandrei, pues en tanto que el primero sostuvo que debía considerarse como una actividad legislativa de carácter negativo, el segundo afirmó que las Cortes Constitucionales poseen una función paralegislativa o superlegislativa, en sus obras, *Téoría general del derecho y del Estado*, cit., nota anterior, y *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso*, en el volumen *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pp. 84 y ss., respectivamente.

4. Cfr. el excelente libro colectivo editado por A. Gambaro, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, particularmente la parte IV, dedicada al derecho procesal civil, Milano, 1976, pp. 347-488.

5. Cfr. José Rodríguez U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, cit., *supra* p. 410 nota 1.

6. *La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)*, en su *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1974, pp.

12. Aun cuando tradicionalmente se había desconocido el carácter político de la función jurisdiccional, ya que se ha tomado el concepto en su acepción electoral o de actividades partidarias¹, ya no existe duda de la participación de los tribunales en el ejercicio del poder del Estado moderno, lo que ha resultado muy claro en el caso de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, respecto de la cual se ha hablado de un 'gobierno de los jueces'.²

13. Esta evolución del organismo judicial se ha debido, entre otras causas, a la declinación de la influencia de los cuerpos legislativos frente a la actividad cada vez más intensa del Ejecutivo, también en el campo de la legislación, fenómeno que se observa inclusive en los países de gobierno parlamentario³, debido a la naturaleza predominantemente técnica de las disposiciones legislativas modernas, lo que ha hecho recaer en los tribunales, en especial los más elevados, la delicada función del control judicial de los actos de autoridad a través de la interpretación de las normas constitucionales, la que requiere de una particular sensibilidad axiológica, ya que debe orientarse de acuerdo con los principios supremos de la Ley Fundamental, muchos de ellos de carácter programático⁴.

14. Por otra parte, y para hacer hincapié en los aspectos más significativos de esta transformación, podemos señalar que debido a la creciente complejidad de la vida jurídica moderna, ha sido preciso abandonar la aspiración de los revolucionarios franceses hacia la unidad de la jurisdicción y llegar a una especialización creciente de la función judicial, ya que al lado de los tribunales civiles y penales, han surgido otros de carácter administrativo, laboral, familiar, agrario, etc., debido a la exigencia de conocimientos técnicos especializados, cada vez más precisos.⁵

15. Finalmente, es posible agregar que las relaciones jurídicas entre los diversos países, inclusive las de aquellos que pertenecen a diversas familias⁶, se han

365-452; Otto Bachof, *Juez y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, 1963; *Id. El juez constitucional entre derecho y política*, trad. de Luis Cortiñas Pelaéz, en 'Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales', Montevideo, 1967, pp. 245-262; Héctor Fix-Zamudio, *El juez ante la norma constitucional*, en 'Revista de la Facultad de Derecho de México', Núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-79.

1. Cfr. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política*. cit. nota anterior; Karl Loewenstein, *La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, en 'Revista de Estudios Políticos' Núm. 133, Madrid, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

2. Cfr. el clásico trabajo de Eduardo Lambert, *Le Gouvernement des Juges, et la lutte contre législation social aux Etats Unis*, Paris, 1921.

3. Es clásico a este respecto el estudio que se formuló en Inglaterra en el año de 1932, por la Comisión especial para el estudio de los poderes Ministeriales, sobre las crecientes facultades del gobierno respecto del Parlamento, y que se ha transcrito traducido al español en el libro de Rodolfo Blendel, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, Buenos Aires, 1947, pp. 161-303.

4. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano*, en el volumen colectivo, *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970)*, México, 197 pp. 275-288.

5. Cfr. entre otros, Luis M. Boffi Boggero, *Función trascendente del poder judicial y la actualidad*, en 'Jurisprudencia Argentina', Buenos Aires, 17 de junio de 1963, pp. 1-5.

6. Para el concepto de 'familia jurídica', cfr. René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit, *supra* p. 411 nota 1, pp. 22-32.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

incrementado notablemente, llegando a su mayor grado de interdependencia en la reciente creación de las Comunidades económicas de carácter regional; relaciones que exigen de los jueces el conocimiento no sólo de sus derechos nacionales, sino también de los derechos extranjeros que entran en relación con los primeros, e inclusive del llamado 'derecho comunitario' y de sus repercusiones en el ámbito nacional.¹

16. Todo lo anterior no tiene como propósito invadir conciente o inconcientemente la esfera de la ponencia general que corresponde al profesor Bernard Connan ... sobre la misión y poderes del juez, ya que hemos tratado de recordar de manera superficial algunos aspectos que dicha ponencia aborda con profundidad y que nos explican los problemas tan complicados que se plantean en la actualidad sobre la preparación, selección y nombramiento de los jueces, debido precisamente a la tarea impresionante que pesa sobre los hombros de los tribunales de nuestra época.

17. En efecto, resulta natural la transformación de los enfoques tradicionales sobre los instrumentos para la preparación y selección de los aspirantes a la magistratura y que ha determinado la adopción de numerosas medidas legislativas, sobre la creación de Escuelas Judiciales; el establecimiento de instituciones como el Consejo Superior de la Magistratura para intervenir en el nombramiento y vigilancia de los juzgadores; la tendencia de generalizar la carrera judicial; la formación de Comisiones técnicas para participar en la designación de los funcionarios judiciales, etc.

18. También observamos en la actualidad debates muy amplios sobre las alternativas que se han venido presentando en la formación y designación de los miembros de la judicatura, en lo relativo a los estudios universitarios; la práctica profesional; la preparación especializada; y por la otra, la revisión de los métodos tradicionales de elección y nombramiento, combinados con los aspectos relativos a la existencia de los jueces profesionales frente a los asesores legos que representan los intereses sociales, especialmente tratándose de tribunales paritarios para resolver conflictos derivados de ciertas actividades profesionales, como ocurre en las materias mercantil, laboral, agraria y de la seguridad social y por otra parte, la combinación de ambos elementos en todo tipo de tribunales, solución ésta última adoptada por los regímenes socialistas.

19. Por ello es indispensable que procuremos encontrar las soluciones más adecuadas para formar y designar los jueces que estén capacitados para resolver los conflictos tan complejos que surgen en un mundo en transformación, en el cual se presentan cambios en ocasiones vertiginosos, e intentar la revisión de los Sistemas tradicionales, de manera que se proporcionen a los aspirantes a la magistratura, los elementos indispensables para que puedan enfrentarse con posibilidades de éxito a la tremenda tarea que les espera, por la cantidad enorme de conflictos que deben resolver, la complejidad técnica de las controversias, y la

1. Cfr. Maurice Legrange, *The Court of Justice as factor in european integration*, en 'The American Journal of Comparative Law', 1966-1967, pp. 609-725.

delicada y, en ocasiones, elevada función que les corresponde en una sociedad, en que resulta cada vez más difícil lograr un equilibrio entre el Estado y la persona humana.

20. Esta preocupación creciente se advierte en eventos de carácter internacional, y al respecto podemos señalar sólo en vía de ejemplo, el Primer Congreso Internacional de Magistrados, efectuado en Roma en octubre de 1958¹, y el Congreso del Instituto Internacional de Derecho de Expresión Francesa, sobre la Organización Judicial, efectuado en Montreal, Quebec y Ottawa, Canadá, en el mes de septiembre de 1969.²

II. Resumen de los informes nacionales y regionales por orden alfabético de los autores

A. AGRÍCOLA BARBI, CELSO (BRASIL): FORMATION, SÉLECTION ET NOMINATION DES JUGES AU BRÉSIL, DU POINT DE VUE DE L'HUMANISATION DE LA JUSTICE

21. Relaciones entre la selección de los jueces y la humanización de la justicia. Si el ingreso a la judicatura corresponde sólo a los integrantes de las clases privilegiadas, se corre el riesgo de que las cuestiones planteadas entre personas pertenecientes a las clases populares sean resueltas por quienes no han vivido jamás sus problemas, y por la misma razón, la selección de los jueces entre las clases urbanas hará difícil un juicio más humano de las controversias planteadas entre los habitantes de las poblaciones rurales y viceversa, de manera que para una mejor probabilidad de procesos más humanos, el ideas sería que el ingreso a la judicatura se hiciera tomando en cuenta a los aspirantes de las clases sociales entre los cuales se planteara el mayor número de litigios, es decir, que los jueces deben ser seleccionados entre los aspirantes que provengan de las clases medias y populares.

22. *Reclutamiento de los jueces de primer grado en el Brasil.* Después de señalar los sistemas establecidos en las diversas etapas históricas, a partir del período colonial, pasando por el imperio y el sistema republicano establecido en 1899, el profesor Agrícola Barbi señala que a partir de 1937 se introduce en los textos constitucionales la exigencia de un concurso público para el ingreso en la judicatura de primera instancia en todo el país, a lo cual debe agregarse que desde 1950 se inicia el incremento de las Facultades de Derecho en el Brasil, buen número de las cuales fue establecido en las ciudades de provincia, lo que ha permitido que

1. Cfr. *Primo Congresso Internazionale dei Magistrati, Roma, 11-13 de ottobre 1958*, Milano, 1959, 2 volúmenes; Angelo de Mattia, relator general, *La preparazione del giudice all'esercizio della funzione giudiziaria (formazione del magistrato)*, Milano, 1958.

2. Cfr. *Congrès de l'Institut international de Droit d'Expression Française, (I.D.E.F.) tenu a Montréal, Québec et Ottawa du 7 au 14 septembre 1969 sur l'Organisation judiciaire*, en 'Revue juridique et politique. Indépendance et Coopération', Paris, octubre-diciembre de 1969.

un mayor número de jóvenes de las clases medias y populares, tanto de las ciudades como de los distritos rurales, puedan efectuar estudios jurídicos con mayor facilidad.

23. *Origen social de los jueces de primera instancia.* Los estudios sociológicos que se han efectuado sobre esta materia han demostrado, aún en ausencia de datos minuciosos, que ha aumentado considerablemente en Brasil el número de jueces que provienen de las clases medias, tanto por el empobrecimiento de algunas de las antiguas clases privilegiadas como por el mejoramiento de las condiciones de vida de las clases populares, incremento que se ha debido, entre otros factores, a las nuevas Facultades de Derecho en las ciudades de provincia, que como se ha dicho, ha favorecido el ingreso a los estudios jurídicos de los jóvenes que provienen de los estratos sociales medios y populares, lo que a su vez ha permitido que aumente el número de aspirantes que pueden participar en los concursos correspondientes.

24. *El reclutamiento por concurso público,* que se aplica el ingreso de los jueces de primera instancia tiene la gran ventaja de lograr una mejor selección en el plano intelectual y además permite el acceso a la judicatura de los egresados de las escuelas de derecho que provienen de las clases medias y populares, los que se encuentran desprovistas de protección política, con el resultado final de una verdadera democratización en el nombramiento de los jueces, que se apoya en el predominio de los méritos profesionales, con independencia de la clase social de la cual provenga el aspirante.

25. *El problema de la remuneración de los jueces y su influencia en la integración de los tribunales.* Es notoria en Brasil como en numerosos países latinoamericanos, la baja remuneración de los jueces, factor que impide que aspiren a la judicatura los elementos de mayor nivel cultural, que encuentran una mejor remuneración en otras profesiones jurídicas, pero también ha tenido, el menos en la realidad brasileña, la consecuencia en cierto modo positiva, de que ha alejado de la judicatura a los candidatos que provienen de las clases privilegiadas, ya que no quieren perder su nivel de vida, y por el contrario, favorecido el ingreso de los aspirantes de las clases medias y populares, como se expresó anteriormente.

26. *Cursos de preparación de candidatos a la judicatura.* La exigencia de cursos especializados para poder ingresar en la judicatura que había sido expresado por un sector de la doctrina brasileña, fue acogido por la reciente enmienda constitucional número 7, promulgada el 13 de abril de 1977, que autoriza a la ley ordinaria para establecer este tipo de cursos, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, y al respecto, el autor considera que esta solución ofrece mayor inconvenientes que ventajas, tomando en cuenta que estos cursos sólo podrán establecerse en ciudades importantes, lo que impedirá que asistan a los mismos los aspirantes de las poblaciones urbanas y rurales de menor importancia, favoreciendo el ingreso de los candidatos de origen urbano, lo que impedirá una mayor humanización de la justicia en relación con los procesos promovidos en los tribunales de provincia.

B. ALVIM ARRUDA (BRASIL): PRÉPARATION, SÉLECTION ET NOMINATION DES JUGES AU BRÉSIL

27. *De la preparación y formación de los jueces.* Hasta la fecha no existe en Brasil una escuela judicial para la preparación de los candidatos a la judicatura, pero de acuerdo con el artículo 144, fracción VI, de la Constitución Federal, reformado por la enmienda número 7 de 1977, se prevé el establecimiento de una escuela judicial tanto para los aspirantes a la magistratura como respecto de los jueces que se encuentren en funciones, con el objeto de lograr su perfeccionamiento.

28. En tanto se pone en práctica dicha reforma constitucional, los aspirantes a ingresar en la magistratura son examinados por el Tribunal Federal de Recursos de la esfera nacional y por los tribunales de las veintidós entidades Federativas, en el ámbito local, con la participación de la Orden Nacional de Abogados; examen que es preparado de manera empírica o bien a través de los estudios de maestría de tipo norteamericano, o aún de doctorado, en las facultades de Derecho.

29. *De la selección de los jueces.* Como se expresó en el inciso anterior, la selección, por exigencia constitucional, se realiza a través del examen, el que por regla general es bastante riguroso, y se efectúa en los tribunales con la participación de abogados; y aquellos que pasan satisfactoriamente dichas pruebas pueden ser designados jueces suplentes, para sustituir temporalmente a los titulares, para resolver asuntos de menor cuantía o bien con plenas facultades decisorias, pero por un período experimental de dos años.

30. *Designación de los jueces.* Una vez superado el examen, los candidatos son propuestos para su nombramiento por los tribunales ante los Gobernadores de los Estados o al Presidente de la República según el ámbito local o federal respectivo, en la inteligencia de que los tribunales están integrados en una proporción de cuatro quintas partes por jueces de carrera, que van ascendiendo a los diversos grados, y el resto es cubierto con personas que provienen de la abogacía o del Ministerio Público, en forma alternativa, a propuesta interna de los tribunales respectivos ante los Gobernadores o el Presidente de la República, a quienes corresponde su designación.

31. Los miembros del Supremo Tribunal Federal, que conoce exclusivamente de cuestiones de constitucionalidad o de contradicción entre leyes locales y nacionales, a semejanza de la Suprema Corte de los Estados Unidos, quedan excluidos de la carrera judicial, ya que dichos magistrados son nombrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado Federal, entre juristas destacados de moral irreprochable.

32. *Promoción y destitución de los jueces.* Corresponde la promoción al Tribunal Federal de Recursos o a los tribunales locales, ya sea por antigüedad o por méritos; en este último caso se envía una terna al Ejecutivo correspondiente y en el primero, el nombre del magistrado más antiguo, pero según la reforma constitucional de 1977, sólo pueden ser promovidos los que hubiesen realizado sus funciones cuando menos dos años en cada categoría.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

33. En cuanto a la destitución se encomienda a los tribunales mencionados, tomando en cuenta la enmienda número 7 de 1977, que estableció el *Consejo Nacional de la Magistratura* para decidir en última instancia sobre la disciplina y en su caso, destitución, de los jueces locales o federales, de manera unitaria para todo el país.

34. El *Ministerio Público*, está organizado tanto en la esfera nacional como en las Entidades Federativas, y el de carácter federal, además de sus funciones de representación social y ejercicio de la acción penal, es el representante de la Unión en los procesos civiles en que la propia Unión está interesada, y por ello el rango superior corresponde al Procurador General de la República. No ocurre así en los Estados en los que existen procuradores al lado del Ministerio Público, y una solución similar propone el autor para la Federación.

Los aspirantes al Ministerio Público, que son más numerosos que los candidatos a la judicatura, son examinados por los órganos del propio Ministerio, con la participación de la Orden de Abogados, y el nombramiento es hecho por el Presidente de la República o por los Gobernadores de los Estados a propuesta de los referidos órganos del Ministerio Público, pero el del Procurador General de la República, requiere de la aprobación del Senado Federal.

C. BRONIEWICZ, WITOLD (POLONIA): LE RECRUTEMENT DES JUGES DANS LES PAYS SOCIALISTES DE L'EUROPE ORIENTALE

35. El autor realiza un examen minucioso tanto de la organización judicial como de la preparación, selección y designación de los jueces en siete países socialistas: Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, República Democrática Alemana, Rumanía y la Unión Soviética, destacando el principio esencial de la participación de los asesores populares, en todos los grados y tipos de tribunales, con excepción de Polonia, en la cual dichos asesores sólo forman parte de los tribunales de primera instancia.

36. El Profesor Broniewicz señala también el principio común a los países socialistas, de la elección tanto de los jueces profesionales como de los asesores populares, aun cuando en la realidad, sólo en Polonia se reconoce que son nombrados, no obstante que en los demás, especialmente en Hungría y en Checoslovaquia se sigue un sistema similar al polaco.

37. En los países examinados por el informante regional, se exigen estudios jurídicos superiores, con exclusión de la Unión Soviética, aun cuando en la práctica también se efectúan, para poder aspirar al ingreso en la judicatura como juez profesional, y también se requiere de una práctica previa ante los tribunales o en otros organismos públicos, así como sustentar un examen más o menos riguroso.

38. Para las elecciones de jueces y asesores populares, el autor distingue tres modalidades: *a.* Son electos por los ciudadanos en sufragio directo; *b.* Son electos por los órganos locales del poder del Estado; *c.* Son electos por los órganos superiores del poder del Estado; en la inteligencia de que se combinan estos sistemas de acuerdo con la jerarquía de los organismos judiciales.

39. En cuanto a los jueces, las elecciones directas sólo existen en los derechos búlgaro y soviético, en el primero se excluyen a los magistrados de la Corte Suprema y de los tribunales militares, y en el segundo, sólo a los militares.

40. Por lo que se refiere a las elecciones de los asesores populares, se pueden distinguir tres reglas: *a* por sufragio directo de los ciudadanos en relación con las elecciones de los órganos del poder del Estado, como ocurre en Bulgaria con todos los asesores menos los de la Corte Suprema y los tribunales de las fuerzas armadas; *b*. en elecciones realizadas en las reuniones de trabajadores, habitantes de las unidades urbanas o de soldados, según el sistema adoptado en la Unión Soviética y la República Democrática Alemana para los asesores de los tribunales inferiores, y en todos los países socialistas para los asesores de los tribunales militares; *c*. por los órganos locales del poder del Estado, como se practica en Hungría, Polonia y Checoslovaquia, respecto de los asesores de los tribunales, con excepción de los de las fuerzas armadas, y en la Unión Soviética y la República Democrática Alemana, respecto de los tribunales superiores.

41. En Bulgaria, República Democrática Alemana, Checoslovaquia y la Unión Soviética, los jueces son electos por un lapso determinado, pero en los demás países lo son por tiempo indefinido. Por lo que respecta a los asesores, éstos siempre son electos por tiempo determinado, generalmente por el mismo de los cuerpos representativos.

42. Existe el principio básico en los países socialistas examinados por el profesor Broniewicz, de que tanto los jueces como los asesores populares pueden ser destituidos antes de concluir su mandato, por los mismos órganos o electores que los designaron.

D. FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR (MÉXICO): PREPARACIÓN, SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

43. *Introducción.* México es un país federal que siguió el modelo de los Estados Unidos, en forma similar a lo que acontece en Argentina y Brasil, por lo que existen dos órdenes de tribunales, los federales y los locales de las treinta y dos Entidades Federativas, incluyendo el Distrito Federal.

44. La jurisdicción federal se integra por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito (Colegiados y Unitarios); así como por los jueces de Distrito (de primera instancia), siguiendo la terminología imperante también en los Estados Unidos, en tanto que en las Entidades Federativas, con ligeras variantes, existen jueces de paz, de primera instancia y el Tribunal Superior respectivo.

45. Formalmente separados del poder judicial, pero dotados de autonomía funcionan el Tribunal Fiscal de la Federación; el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal; los Tribunales Fiscales de los Estados de México, Querétaro, Veracruz y Sinaloa; así como los tribunales del trabajo, con el nombre de Juntas de Conciliación y Arbitraje.

46. *Preparación de los jueces.* Desafortunadamente, en el ordenamiento

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

mexicano, ya sea en la esfera federal o en las locales, no existe una preparación especializada para los aspirantes a la judicatura, los cuales, para ser admitidos y promovidos en todas las jerarquías, además de ciertos requisitos de edad, práctica profesional genérica o judicial, es suficiente la posesión del título profesional de licenciado, expedido por las Escuelas y Facultades de Derecho, tanto públicas como privadas que han sido autorizadas para ello, y si bien en algunas de estas Facultades se han establecido recientemente cursos de post-grado de maestría y doctorado, tales estudios no están dirigidos al perfeccionamiento judicial.

47. En época reciente se ha iniciado una corriente dirigida al establecimiento de escuelas judiciales, y al parecer esta tendencia se formalizará en un futuro próximo, al menos en el ámbito de la justicia federal.

48. *Selección judicial.* No existe en el ordenamiento mexicano la exigencia de un examen especial para ingresar en las judicaturas federales o locales, por lo que no puede hablarse de una verdadera selección de los aspirantes, ni tampoco de un sistema para realizar una práctica dirigida a la demostración de aptitud para los cargos de carácter judicial.

49. En varios Congresos de Derecho Procesal, particularmente en los realizados en México (1960) y Zacatecas (1966), se recomendó con insistencia el establecimiento de una verdadera carrera judicial, exigiéndose para el ingreso a la misma, exámenes y concursos de méritos, lo mismo que para las promociones y ascensos.

50. *Nombramiento de los jueces.* En el texto primitivo de la Constitución vigente de 1917, los ministros de la Suprema Corte eran electos por el Congreso de la Unión, en 'funciones de colegio electoral'. En la actualidad y apartir de la reforma constitucional de 1928, los magistrados del Tribunal Supremo son nombrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado Federal, en tanto que los restantes jueces federales son designados por la propia Corte por un período de cuatro años, al cumplirse el cual, si son ratificados o promovidos, se consideran inamovibles, como también lo son los magistrados de la Corte, si bien todos ellos deben retirarse obligatoriamente a la edad de sesenta años.

51. Predomina en las Entidades Federativas el nombramiento de los magistrados de los tribunales superiores por los Gobernadores de los Estados o Jefe del Departamento del Distrito Federal, con aprobación del Congreso local, o de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respectivamente; en tanto que los jueces inferiores son designados por los mismos tribunales superiores.

52. Sin embargo, en algunas Entidades Federativas los magistrados de los tribunales superiores son nombrados por la legislatura local a propuesta del Gobernador, como ocurre en Chiapas, Chihuahua, Durango, Michocán, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas, en tanto que en Coahuila la propuesta se hace en ternas por los Ayuntamientos.

53. *Ministerio Público.* En la actualidad el Ministerio Público está encabezado por el Procurador General de la República y por los Procuradores de cada

Entidad Federativa, los cuales al lado de su función de jefes del Ministerio Público, como representante social y titular del ejercicio de la acción penal, son asesores del Ejecutivo correspondiente y sus representantes en los que están interesados la Federación o las Entidades Federativas.

54. Los procuradores como cabeza del ministerio público federal y local son nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República o los Gobernadores respectivos, y como ocurre con la judicatura, los aspirantes a ingresar en tales organismos sólo requieren el título de licenciado en Derecho, sin exigirse preparación o exámenes especiales, con la única excepción de la Procuraduría del Distrito Federal en la que funciona un Instituto Técnico para seleccionar y preparar al personal administrativo, técnico y profesional, y que también imparte cursos de perfeccionamiento de carácter superior.

55. Existe una fuerte corriente de opinión tendiente a lograr la autonomía del Ministerio Público respecto del Ejecutivo, otorgándole un estatuto similar al de los jueces.

E. GARCÍA BELAÜNDE, DOMINGO (PERÚ): PREPARACIÓN, SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES EN EL PERÚ

56. *Sistema de la Constitución de 1933 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963.* De acuerdo con el texto de la citada Ley Suprema, formalmente en vigor, los vocales y Fiscales de la Corte Suprema deben ser elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores, son nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de la Corte Suprema en terna doble, e igualmente, por el Poder Ejecutivo, los jueces y fiscales de los tribunales inferiores, a propuesta en terna doble de la respectiva Corte Superior.

57. La citada Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la carrera judicial y la inamovilidad en los cargos, tanto para los jueces como para los miembros del Ministerio Público, que se consideran parte de la misma.

58. No existen requisitos especiales de preparación para ingresar a la judicatura, ya que sólo se exige el título de abogado y determinada práctica profesional, pues si bien hay un programa especial de posgrado, de capacitación judicial, como programa académico de la Universidad de San Marcos, dicho programa no tiene carácter obligatorio.

59. *Consejo Nacional de Justicia.* Este organismo fue creado por el Decreto Ley 18060 de diciembre de 1969, expedido por el Gobierno militar que asumió el poder en 1968, y que significó el desconocimiento del sistema establecido por la Constitución y la Ley Orgánica, reformándose esta última, pero sin modificarse el texto fundamental.

60. Dicho Consejo está integrado actualmente por dos delegados del Poder Ejecutivo; dos del poder legislativo (pero en realidad del propio gobierno, que asume sus funciones); dos del poder judicial; un delegado de la Federación Nacional de los Colegios de Abogados del Perú, y un delegado del sistema de la Universidad

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

Peruana, quien deberá ser profesor de Derecho. Todos ellos son designados por cinco años, sin reelección inmediata.

61. El Consejo Nacional de Justicia posee facultades muy amplias como seleccionador de los jueces y magistrados de todos los tribunales ordinarios y especializados, función que desempeña a través de concurso de méritos, por lo que expide convocatorias, registra candidatos y practica los exámenes de capacidad y conocimiento, que son orales y escritos. Una vez que dichos exámenes se realizan, el Consejo propone al poder ejecutivo a los candidatos más calificados, para que efectúe los nombramientos.

62. También posee el citado Consejo facultades disciplinarias, a través de un procedimiento administrativo, en el cual impone sanciones que pueden llegar a la destitución, como ocurrió en 1973, cuando a través de un acto muy controvertido por su contenido político, destituyó a la Sala Penal de la Corte Suprema.

63. *Conclusiones.* El profesor García Belaúnde estima que si bien el sistema tradicional de la Constitución de 1933 no es plenamente satisfactorio, el funcionamiento del Consejo Nacional de Justicia de 1969, aun cuando superior desde el punto de vista teórico, ha demostrado en sus cortos años de existencia su total inoperancia, y por este motivo en 1975 se ha elaborado un nuevo anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, y en 1976 se estableció una Comisión de Reforma Judicial para efectuar el planteamiento integral de una nueva estructura del poder judicial.

F. HINESTROSA, FERNANDO (COLOMBIA): MEMORIA DEL MINISTRO DE JUSTICIA AL CONGRESO NACIONAL (1968-1970)

64. Aun cuando no se trata de un informe elaborado especialmente para incorporarse a esta ponencia general, la publicación que nos remitió el profesor Hinestroza, contiene datos muy importantes sobre el tema de la misma, ya que durante el citado lapso, en el que desempeñó el cargo de Ministro de Justicia, se efectuaron bajo su patrocinio varias reformas procesales importantes entre ellas la expedición de un moderno Código de Procedimiento Civil y un nuevo Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, ambos promulgados en 1970.

65. Debemos destacar esencialmente la regulación de la carrera judicial, iniciada en 1964, pero que se perfeccionó por el Decreto 250, de febrero de 1970, a través de un nuevo sistema que tomó en cuenta la experiencia nacional y la de otros países.

66. De acuerdo con este nuevo estatuto, una cuarta parte de los cargos judiciales quedan reservados a la designación de los mismos tribunales, con el objeto de establecer una cierta emulación e impedir un circuito cerrado, pero todas las demás posiciones deben ser cubiertas por concurso, distinguiéndose claramente entre el ingreso al servicio y a la carrera propiamente dicha, y para esta última se exige el desempeño del cargo en propiedad o haber ejercido otros, dentro del mismo escalafón, con tres años de antigüedad, y haber aprobado el concurso respectivo.

67. La carrera mencionada opera bajo la vigilancia del Consejo Superior de la Administración de Justicia, presidido por el Ministro del Ramo e integrado, además por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo del Estado y del Tribunal Disciplinario; así como por un funcionario y un empleado judiciales o del ministerio público de carrera, designados por sus compañeros.

68. En el mismo Estatuto se previó la creación de la escuela judicial, como programa o como organismo, dirigida por el citado Consejo Superior de Administración de Justicia, y que debe organizar la realización de cursos en diversas partes del país, para el ingreso al servicio y a la carrera; para la promoción y ascenso; para la especialización dentro de las distintas ramas del derecho y en las actividades judiciales; del ministerio público y auxiliares, y para la preparación forense de los abogados; todo ello en colaboración con universidades, escuelas y establecimientos públicos.

69. Al efecto, en 1970, se celebró contrato con el Instituto de Especialización Técnica y Crédito Educativo, con funcionamiento vigilado por el referido Consejo Superior, con el objeto de otorgar créditos y becas a funcionarios judiciales, comenzando por los de la carrera, para estudios de especialización y perfeccionamiento, utilizando para ello la licencia remunerada hasta por dos años, prevista por el estatuto, y con la finalidad de dar una mayor preparación de quienes imparten justicia.

G. ISHIKAWA, AKIRA (JAPÓN): TRAINING, APPOINTMENT AND NUMBER OF JUDGES

70. *El examen nacional de carácter jurídico*, debe ser sustentado por los egresados de los estudios universitarios, y que aspiren a ejercer una profesión jurídica; examen de tal manera riguroso, que sólo un número reducido logra superarlo, pues como lo señala el profesor Ishikawa, de los veintinueve mil solicitantes que se presentaron en 1976, sólo aprobaron cuatrocientos sesenta y cinco, por lo que el autor estima que dicha prueba debe ser más flexible para no desalentar a los más capaces, que se resisten a presentarse en varias ocasiones, para superar el examen.

71. *Al Instituto de Práctica e Investigación Jurídica*, sólo pueden ingresar los que hubiesen aprobado el examen nacional mencionado. Dicho Instituto está integrado por cincuenta profesores, de los cuales veinte son jueces y diez funcionarios del Ministerio Público, de tiempo completo, así como por veinte abogados en ejercicio, y todos ellos incluyendo al Presidente del Instituto, son designados por la Suprema Corte.

72. Actualmente cursan estudios aproximadamente cuatrocientos sesenta estudiantes, de los cuales treinta son mujeres, los que reciben una remuneración del Estado, incluyendo beneficios familiares, pues si bien no pueden considerarse como empleados públicos, se les otorgan varias de las prestaciones de estos últimos.

73. El entrenamiento en el Instituto es muy completo, pues comprende cursos teóricos y prácticos y la asistencia a diversos tribunales y al ministerio

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

público, por un período de dos años dividido en varias etapas, al término de las cuales debe sustentarse un examen final, denominado 'segundo examen' ante un comité especial encabezado por el Presidente de la Suprema Corte. Los que aprueban este examen, y son bastantes, quedan autorizados para realizar labores de jueces asistentes, de funcionarios del ministerio público o para ejercer la abogacía.

74. También el citado Instituto tiene a su cargo los cursos de perfeccionamiento para los Jueces en funciones, a través de diversos programas anuales, que incluyen conferencias, investigación y la elaboración de trabajos escritos.

75. *Nombramiento de los jueces.* El Presidente de la Suprema Corte es nombrado por el Emperador a propuesta del Gabinete, y este último designa los restantes miembros de la Corte, en la inteligencia de que estos nombramientos deben ser revisados a través del voto popular en la primera elección siguiente de la Cámara de Diputados, y ser objeto de una segunda votación similar diez años después, en las que teóricamente puede ser destituidos los magistrados, lo que no ha ocurrido. Los magistrados deben retirarse forzosamente a la edad de setenta años.

76. Los jueces de los tribunales inferiores son nombrados por el Gabinete de una lista propuesta por la Suprema Corte, primero como jueces asistentes, una vez aprobado el 'segundo examen' del Instituto mencionado, y para ser promovido a titular se requiere una experiencia no menor de diez años ya sea como asistente, como funcionario del ministerio público o como abogado. Todos los jueces deben retirarse a los sesenta y cinco años.

H. KHALEK OMAR, MAHOMED ABDEL (EGIPTO): THE TRAINING, SELECTION AND APPOINTMENT OF JUDGES IN EGYPT

77. *Admisión a las actividades judiciales.* No existe un sistema especial para la preparación de los aspirantes a la judicatura, ya que deben cumplir los mismos requisitos de aquellos que pretenden ejercer cualquier profesión jurídica, es decir, en primer término poseer un título profesional expedido por una de las seis escuelas de Derecho de las Universidades, de las cuales dos radican en el Cairo.

78. *Educación jurídica,* predominantemente teórica debido, en primer lugar, al excesivo número de alumnos en las Facultades de Derecho, tomando en cuenta que en el Cairo hay más de diez mil, y por otra parte, a la escasez de profesores calificados, por lo que los egresados, de las Facultades deben realizar una práctica privada, ya sea en los despachos de los abogados o en las oficinas judiciales y del ministerio público; pues si bien la Ley de Abogacía de 1968 previó el establecimiento de un Instituto de Abogacía, no ha sido creado y la misma suerte ha corrido la propuesta de introducir un Centro Nacional de Estudios Judiciales.

79. *Carrera judicial,* ésta se inicia cuando el candidato es nombrado como funcionario asistente del ministerio público, y sólo hasta que cumpla treinta

años puede aspirar a ser designado como juez en los tribunales de primera instancia, requiriéndose cuarenta años para ser nombrado magistrado consejero de los tribunales de apelación y hasta los cuarenta y tres es posible la designación como magistrado consejero en el Tribunal de Casación, en la inteligencia de que todos los jueces deben retirarse a los sesenta años.

80. *Nombramiento de los jueces*, efectuado por el Presidente de la República con la recomendación y aprobación del Consejo Supremo de la Autoridad Judicial, con un procedimiento especial para la designación de los magistrados consejeros del Tribunal de Casación, los cuales son propuestos como candidatos uno por la Asamblea General de dicho Tribunal y otro por el Ministro de Justicia, de los cuales se elige uno por el citado Consejo Supremo para proponerlo al Presidente de la República.

81. La mayoría de los nombramientos se hacen de candidatos provenientes del ministerio público, y los restantes por promoción o traslado de otra oficina jurídica gubernamental, y excepcionalmente de otras profesiones jurídicas en forma directa, exigiéndose para los cargos más elevados, práctica judicial o profesional o la enseñanza en escuelas de derecho, por varios años.

82. Los nombramientos son efectuados con apoyo en criterios estrictamente profesionales y la promoción de los grados más modestos hasta los tribunales de apelación, debe contar con la opinión favorable de la Oficina de Inspección Judicial. No obstante la designación de los miembros del Tribunal de Casación no se considera técnicamente como una promoción, ya que, en la práctica, son elegidos de entre los magistrados más aptos de los tribunales de apelación.

I. PIRET, J. M. (BÉLGICA): LA SÉLECTION ET LA NOMINATION DES JUGES EN BELGIQUE

83. De acuerdo con las disposiciones de la Constitución belga de 1831 así como las del Código Judicial de 1967, el Rey nombra a los jueces de paz, a los jueces de los restantes tribunales y a los funcionarios del Ministerio Público. Por lo que respecta a los magistrados consejeros de los tribunales de apelación y a los presidentes y vicepresidentes de los de primera instancia, son nombrados por el Rey tomando en cuenta dos listas de dos nombres presentados una por el tribunal de apelación respectivo y la otra por el consejo provincial, asamblea compuesta de personas electas por sufragio universal.

84. Siguiendo el mismo principio de la doble representación de un cuerpo judicial y de un cuerpo político, los magistrados consejeros de la Corte de Casación son designados por el Rey de dos listas de dos nombres presentadas por el Senado y por la misma Corte. También debe hacerse notar que todos los jueces son nombrados de por vida y que no pueden ser sancionados o destituidos sino por resolución judicial, pero los funcionarios del Ministerio Público pueden ser destituidos por el Rey. Por otra parte, para ingresar a la judicatura se exige una práctica profesional de cinco años y para el ministerio público, de tres.

85. *Institución de la práctica judicial*. La ley de 8 de abril de 1971 estableció la

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

práctica judicial remunerada por el Estado y a la cual pueden ingresar los licenciados en Derecho que hubiesen cumplido un año en el ejercicio de la abogacía. Dicha práctica se efectúa en una oficina del ministerio público en primera instancia o bien en un consejo del trabajo o militar. Los aspirantes son designados por el Ministro de Justicia durante un año, que puede renovarse hasta por dos veces, de manera que su duración puede ser de tres años.

86. La aplicación de la ley que regula la práctica judicial ha dado buenos resultados, ya que los aspirantes que la han realizado se han iniciado en las funciones del ministerio público, del cual son nombrados funcionarios al expirar el tercer año, pero desafortunadamente su número es reducido y se limita exclusivamente a una preparación para el propio ministerio público.

87. *Críticas a la judicatura belga*, la que no sufre disensiones internas ni oposición sistemática de la población o de otros poderes del Estado, pero se considera que deben mejorarse los sistemas de selección y formación de los magistrados. Dichas críticas pueden resumirse de la siguiente manera: a) Los jueces se reclutan dentro de la burguesía; b) Su preparación es insuficiente; c) Los nombramientos se hacen con apoyo en una información inadecuada sobre la capacidad de los candidatos, y d) Son frecuentes las consideraciones de tipo político para las designaciones.

88. *Proyecto de reforma*. Tomando en cuenta las críticas anteriores, el Ministro de Justicia formó un grupo de trabajo presidido por el Abogado General ante la Corte de Casación e integrado por magistrados y por abogados, quienes formularon un informe publicado por el citado Ministerio a fines de 1976, en el cual se proponen varias medidas para perfeccionar el sistema vigente.

89. Entre las proposiciones merece destacarse el establecimiento de una verdadera *práctica judicial* remunerada, que comprenda tanto las funciones del ministerio público como las de la judicatura, con duración de dos a cuatro años, la que, en caso de realizarse, debe desembocar en un nombramiento, después de dos años, como funcionario del Ministerio público o como juez suplente y con posterioridad a los tres años, como juez titular, y para darle mayor eficacia a la mencionada práctica, debe formarse un comité especial integrado por los Presidentes de los tribunales respectivos o por sus representantes, para organizar las actividades y las adscripciones de los aspirantes.

90. El informe mencionado también expresa la conveniencia de que la mitad de las plazas vacantes de la judicatura sean atribuidas a los aspirantes que no hubiesen efectuado la práctica judicial, pero que demuestren sus aptitudes y una actividad profesional por un lapso no menor de ocho años.

91. También se propone la formación de un comité asesor formado por dos grupos lingüísticos de siete miembros cada uno (cinco magistrados y dos abogados), designados por cuatro años por el Ministerio de Justicia, con el objeto de informar a dicho Ministerio sobre las aptitudes de los candidatos, opinión que debe comunicarse a los presidentes de los tribunales para que proporcionen sus puntos de vista.

92. *Conclusiones*. El autor considera que las proposiciones formuladas por

la comisión antes mencionada deben ser objeto de un proyecto de ley sometido lo más pronto posible al Parlamento, ya que responden de manera, si no perfecta, al menos satisfactoria, a las críticas formuladas contra el sistema actual de preparación y nombramiento de los aspirantes a las funciones judiciales.

J. SCHWARTZ, CARL E. (ESTADOS UNIDOS): JUDICIAL SELECTION, SUPERVISION AND REMOVAL IN THE UNITED STATES

93. *Selección judicial, federal y local.* Los jueces federales son designados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, pero en la práctica intervienen otros muchos factores, tales como el personal de la oficina del Abogado General, el FBI, la Asociación Nacional de Abogados, el Comité Judicial del Senado, los dos senadores de la Entidad en que se presenta la vacante (cortesía senatorial), y grupos privados que apoyan o se oponen a los candidatos.

94. Por lo que respecta a los jueces locales, predomina el sistema de elección popular en veintisiete Estados; cuatro Entidades Federativas otorgan a sus legislaturas la facultad de designar a los jueces y nueve autorizan los gobernadores para hacer los nombramientos.

95. En algunas Entidades se ha pretendido perfeccionar el sistema introduciendo, dentro del sistema electoral, variantes para tomar en cuenta los 'méritos' de los candidatos, y el más conocido es el llamado *Plan Missouri*, que ha sido aceptado por otros Estados, y que se traduce en la creación de una comisión integrada por el Presidente de la Suprema Corte respectiva, tres abogados y tres representantes del público designados por el Gobernador; Comisión que propone una terna para cada vacante, de la cual elige el Gobernador al juez que designa por un año, pero que debe someterse a una votación popular para su confirmación, y si no es rechazado desempeña sus funciones por doce años en tribunal de apelación y por seis en uno de primera instancia, pudiendo ser reelecto.

96. *Críticas a los sistemas de designación y propuestas de reforma.* Se ha criticado la forma en que son designados los jueces federales y locales por considerar que predomina la influencia política y personal, y para evitar esta situación se han hecho varias propuestas, la más importante y reciente es la del Presidente Carter, quien ha postulado la necesidad de crear una comisión federal similar a la que existe en Georgia, tomada del 'Plan Missouri', pero ha tropezado con la oposición del Congreso.

97. En algunas Entidades se han hecho otros intentos, entre los que se pueden mencionar los de Florida y Nueva York, Entidades en las que recientemente se crearon Comisiones para la proposición de jueces, con el objeto de realizar una selección de candidatos; y además de otros proyectos, el profesor William Beney de la Escuela de Derecho de la Universidad de Denver, sugiere una enmienda constitucional para crear una comisión nacional, no sólo para valorar a los candidatos a jueces federales, sino para vigilar su conducta posterior.

98. *Vigilancia y destitución de los jueces en Estados Unidos.* Como es bien sabido los jueces federales sólo pueden ser destituidos por mala conducta a

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

través de un juicio de responsabilidad ante el Congreso Federal, sistema que ha funcionado esporádicamente, ya que en toda su historia, nueve jueces federales, incluyendo un magistrado de la Suprema Corte han sido enjuiciados, y sólo cuatro condenados.

99. En las Entidades Federativas se han adoptado medidas más eficaces, ya que la mitad de ellas han adoptado nuevos procedimientos para vigilar la conducta de los jueces, pudiendo destacarse entre ellos, a la Corte Judicial de Nueva York y a la Comisión de Conducta Judicial de California. El primero está integrado por dos magistrados de la Suprema Corte local y uno por cada una de las cuatro divisiones de los tribunales de apelación, con facultades de destituir al juez acusado, pero sólo ha funcionado cuatro veces desde su creación en 1946; en tanto que la Comisión de California, integrada por cuatro jueces, dos representantes del Gobernador y dos abogados, ha estado mucho más activa, ya que desde su creación en 1960 ha conocido de numerosas denuncias de las cuales ha investigado varias, proponiendo diversas sanciones para los jueces acusados, ante la Suprema Corte del Estado que es la que puede aplicarlas, y por ello, en 1976 se aprobó una reforma constitucional para ampliar las facultades investigadoras de la comisión.

100. *Conclusiones.* El profesor Schwartz estima que la elección popular de los jueces ha fracasado en los Estados Unidos, y que el sistema de designación de los candidatos por titulares del poder ejecutivo, con aprobación legislativa o sin ella, también ha demostrado su ineficacia por la excesiva influencia partidaria e inclusive la posibilidad de corrupción, y hasta los procedimientos que combinan ambos sistemas para tomar en cuenta la capacidad de los candidatos, como el llamado 'Plan Missouri', ha dejado mucho poder en manos de los colegios de abogados locales y nacionales.

101. Para la designación judicial el autor recomienda un sistema similar al que ahora existe en Florida y en Nueva York, pero ampliando el número de representantes de los justiciables; y por lo que respecta a la vigilancia y destitución, considera preferible un procedimiento similar al de California pero también aumentando el número de representantes del público, ya que en su concepto, los jueces en los Estados Unidos tienen demasiado poder para dejarles totalmente la selección y vigilancia de sus colegas, que debe descansar, en última instancia, aun cuando no enteramente, en manos del pueblo o de sus representantes.

K. SONG, SANG HYUN (COREA): JURIST AND PARAPROFESSIONALS

102. Aun cuando este informe no corresponde estrictamente al tema de este trabajo, ya que fue redactado para la ponencia general elaborada por el profesor Taniguchi, el profesor Song nos ha autorizado para utilizar la información relativa a la preparación, selección y nombramiento de los jueces y de los funcionarios del ministerio público en el sistema jurídico coreano.

103. De acuerdo con la Ley de Organización Judicial, los aspirantes a la judicatura deben obtener primeramente un título profesional y sustentar

después el examen nacional de abogacía ante autoridades administrativas, y si carece de estudios universitarios, debe demostrar sus conocimientos en un examen preliminar.

104. Una vez superado el examen nacional mencionado, el candidato debe seguir un curso de dos años en el Instituto de Entrenamiento Judicial, que depende de la Suprema Corte, y en el cual se le considera como empleado público, recibiendo la remuneración correspondiente, a cambio de la cual debe seguir el entrenamiento predominantemente práctico ante los tribunales, ministerio público e inclusive en una oficina de abogados.

105. Si el candidato cubre los requerimientos anteriores, puede presentar solicitud ante el Presidente de la Suprema Corte, quien, antes de la reforma constitucional de 1972, hacía el nombramiento y señalaba la adscripción, con la aprobación del Consejo de los Magistrados de la propia Corte, pero en la actualidad, dicha designación corresponde al Presidente de la República.

106. Las promociones se efectúan tomando en cuenta a los jueces de los niveles inferiores que tengan una larga práctica judicial y sólo rara vez se seleccionan candidatos de otras profesiones, au cuando, en el caso del presidente y los magistrados de la Corte Suprema, pueden ser designados entre los que han realizado otras actividades jurídicas por más de veinte años.

107. Por lo que se refiere al ministerio público, el candidato debe poseer un título universitario, aprobar el examen nacional de abogacía y posteriormente ingresar en el Instituto de Entrenamiento Judicial por el período completo de dos años, que si es terminado en forma satisfactoria, puede solicitar del Ministerio de Justicia una recomendación ante el Presidente de la República para que lo designe discrecionalmente, en las oficinas inferiores, con la posibilidad de ascender hasta los rangos superiores, cumpliendo algunos requisitos de práctica judicial similares a los de los jueces.

L. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA (ECUADOR): PREPARACIÓN, SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES

108. Después de mencionar los distintos jueces y tribunales que funcionan en el Ecuador, el informe expresa que, para poder aspirar a la judicatura, debe obtenerse el título profesional de abogado, después de seis años de estudio en las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades del país, exigiéndose, además, cierto tiempo de práctica profesional, que varía de acuerdo con la importancia del cargo judicial respectivo.

109. Así, para ser juez de lo penal, de lo civil o del trabajo, se requiere haber ejercido la abogacía por tres años cuando menos; para ser juez de tránsito o de inquilinato, es suficiente dicha práctica por dos años.

110. No se han organizado hasta la fecha cursos especializados de postgrado dirigidos a la preparación de los funcionarios judiciales, ni dentro de las Universidades ni fuera de ellas, por lo que los nombramientos se otorgan, según se ha expresado, a los que ejercen la abogacía, por parte de las Cortes Superiores

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

(de apelación), respecto de los jueces de primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia, en relación a los magistrados de apelación. Los colegios de abogados son escuchados únicamente cuando han presentado sugerencias o ciertos candidatos a los cargos judiciales, cargos que incluyen la designación de los Ministros y agentes fiscales de las diferentes Cortes y juzgados penales de la República.

111. La Ley Orgánica de la Función Judicial propugna el establecimiento de la carrera judicial; pero, en forma contradictoria establece que los nombramientos de magistrados y jueces se harán por un período fijo, pudiendo ser reelegidos.

M. VIERA, LUIS ALBERTO (URUGUAY): PREPARACIÓN, SELECCIÓN Y DESIGNACIÓN DE LOS JUECES

112. *Preparación.* A excepción del cargo de juez rural, de escasa importancia y que tiende a desaparecer, se necesita título de abogado o de escribano (esto último en los juzgados del interior del país), expedido por la Universidad de la República, la única habilitada para exacerarlo, y en cuya Facultad de Derecho no sólo se imparten materias propiamente jurídicas, sino también algunas otras, tales como sociología, economía, finanzas, ciencias políticas, etc., para colocar al alumno en el contexto histórico y social en el cual debe actuar; se exigen además, tres años de práctica forense, el último de los cuales debe ser prestado en el Consultorio Jurídico de la referida Facultad, organizado para el servicio gratuito a las personas carentes de recursos.

113. En su gran mayoría los jueces uruguayos provienen de la clase media, debido al carácter gratuito de la enseñanza estatal, incluyendo a la universitaria, pero no constituyen una casta privilegiada, divorciada de la sociedad, y para demostrarlo, el profesor Viera señala varios ejemplos de tesis jurisprudenciales, las que, con apoyo en textos en apariencia insuficientes, han establecido criterios de justicia social.

114. *Selección.* No obstante que la doctrina predominante ha estimado que deberían seguirse reglas precisas para la selección de los candidatos a la judicatura, en especial la oposición y el concurso de méritos, todavía se delega a la más absoluta discrecionalidad de los órganos a los que corresponde la designación; y, si bien, en términos generales, se ha usado tal facultad con prudencia y probidad, lo anterior no impide la debilidad del sistema, ya que el juez debe su designación no sólo a sus méritos, sino también a la complacencia de quien lo ha nombrado llegando esta situación al extremo de que la Suprema Corte de Justicia haya considerado que sería inconstitucional toda ley que estableciera un sistema de selección para regular su facultad de nombramiento, no obstante que dicho criterio ha sido estimado erróneo por la doctrina.

115. *La promoción* se hace siempre entre los que desempeñan cargos inferiores, a través de una especie de escalafón que se inicia con las funciones judiciales más modestas. Al respecto, el autor considera que no es necesario crear en Uruguay un Consejo de la Judicatura para vigilar las promociones, ya que la decisión que sobre el particular tomen los órganos respectivos, entre ellos la Suprema

Corte de Justicia, puede ser impugnada por los afectados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es independiente de los demás poderes del Estado.

116. *Designación.* El régimen tradicional en Uruguay, que es el seguido también por la Constitución de 1967, radica en el nombramiento de los miembros de la Suprema Corte de Justicia por la Asamblea General (órgano legislativo), y el de los demás jueces por la propia Corte, pero con anuencia del Senado cuando se trata de los magistrados de los Tribunales de Apelación.

117. En la actualidad, debido a la disolución de la Asamblea, el nombramiento de los magistrados de la Suprema Corte corresponde, de acuerdo con el Acta Institucional número 2 de 1976, al Consejo de la Nación, integrado por el Consejo de Estado y por la Junta de Oficiales Generales, además de que, por Decreto Constitucional número 3, del propio año de 1976, se creó el Ministerio de Justicia para regular las relaciones entre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y las demás entidades jurisdiccionales, excepto la militar, encontrándose en preparación la Ley Orgánica de dicho Ministerio.

N. WOLF, MANFRED (REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA): AUSBILDUNG, AUSWAHL UND ERNENNUNG DER RICHTER

118. *Preparación.* De acuerdo con la ley judicial alemana (DRIG) de 1962, la preparación de los aspirantes a la judicatura es común a todas las profesiones jurídicas y comprende estudios universitarios de cuatro a cinco años, además de un período de dos años de práctica en diversos tribunales, oficinas administrativas y de abogados (*Referendardienst*), a cuyo término el *Referendar* debe sustentar un examen estatal (*Assesorexamen*).

119. Los que hubiesen obtenido las mejores notas en el citado examen, pueden aspirar, a la edad de 25 a 26 años, a ser designados jueces interinos en los grados más bajos de la judicatura, y sólo si desempeñan adecuadamente sus funciones durante un período de prueba de tres a cinco años son nombrados jueces definitivos, con carácter vitalicio.

120. *Selección y nombramiento*, que corresponden a las autoridades federales cuando se trata de magistrados de los tribunales supremos, y a las de las Entidades Federativas (*Länder*), en los grados inferiores. La designación corresponde al Ministro de Justicia respectivo, de acuerdo con una Comisión de Selección (*Richterwahlausschuss*) integrada de diversa manera en cada una de las Entidades Federativas, aunque por lo general se forma con miembros del parlamento, de la judicatura, y en algunos casos también con representantes del ejecutivo.

121. A la citada Comisión le corresponde proponer al candidato que considere más adecuado y el nombramiento lo hace el Ministro de Justicia, pero previamente también debe consultar con el Consejo Judicial (*Präsidentialrat*) correspondiente, cuya opinión no es obligatoria pero generalmente se sigue.

122. Los magistrados del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) son nombrados por mitad por la Cámara Federal (*Bundestag*) y por el Consejo Federal (*Bundesrat*) para un período de doce años.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

123. Al lado de los jueces profesionales también actúan jueces legos, que reciben el nombre de escabinos (*Schöffen*) en los tribunales penales y de asesores (*ehrenamtliche Richter*) en los restantes organismos judiciales. Son seleccionados por comités populares o por las asociaciones profesionales y sindicales, según el caso, y posteriormente son designados por los tribunales o por el ejecutivo, por períodos anuales. Dichos jueces legos concurren con los profesionales para decidir los asuntos tanto en los aspectos de hecho como de derecho.

124. Los escabinos actúan en los tribunales penales de primera instancia y de apelación, pero no en los de carácter federal; los asesores, por su parte, actúan en las salas mercantiles de los tribunales civiles de apelación y en los tribunales administrativos y financieros tanto de primera como de segunda instancia. En cuanto a los asesores de los tribunales sociales y del trabajo, funcionan tanto en primera instancia como en apelación, e inclusive en los tribunales supremos de carácter federal.

125. El profesor Wolf afirma que no existen en el derecho alemán instituciones similares al *Attorney General* o al *Ministere Public*, pero señala como funcionarios judiciales al *Staatsanwalt* y al *Vertreter des öffentlichen Interesses*, que en forma libre pueden traducirse como ministerio público y representante de los intereses públicos. El primero está adscrito ante los tribunales de las diversas jerarquías y su función principal consiste en el ejercicio de la acción penal, pero también interviene en los procesos en que existe interés público, y el segundo representa los intereses generales en los procesos administrativos. Ambos son funcionarios públicos, y por lo mismo, nombrados por los Ministros de Justicia, federal y locales, respectivamente:

III. Preparación de los jueces

126. Hemos de entender por preparación de los jueces, el conjunto de instrumentos didácticos y pedagógicos que se han establecido para procurar su formación como juristas, y en ciertos casos, directamente dirigidos hacia su capacitación para las actividades judiciales.

127. Existe la posibilidad, dentro de la gran variedad de sistemas que funcionan en la actualidad, de agrupar tales instrumentos educativos, en cuatro grupos, que comprenden los estudios universitarios, la práctica profesional, la especialización, así como la tendencia reciente de las Escuelas Judiciales para la preparación específica de los aspirantes a la judicatura, y que pueden abarcar también el perfeccionamiento de los que ejercen tan noble profesión.

128. A. *Estudios universitarios*. En la mayoría de las legislaciones modernas se exige que los aspirantes a la judicatura realicen los estudios universitarios que concluyen con una licenciatura, como requisito mínimo para ingresar a las actividades judiciales, pero se puede señalar el ejemplo de la magistratura inglesa, que como es bien sabido se integra con los abogados (*barristers*) más

distinguidos, los que en principio no requieren forzosamente de estudios universitarios, ya que es suficiente que realicen los cursos técnico-prácticos organizados por los colegios profesionales, en las llamadas *Inns of Court*¹, que son a la vez asociaciones profesionales y escuelas de abogacía, aun cuando resulta evidente que la mayor parte de los que asisten a dichas escuelas, previamente han cursado estudios universitarios.²

129. En nuestra época resulta claro que los estudios universitarios, aun aquellos que culminan en maestrías y doctorados, cuando no están dirigidos a la formación profesional, resultan insuficientes para la capacitación que requieren las diversas actividades jurídicas, cada vez más complejas en la vida moderna, no obstante lo cual, todavía predomina en algunos ordenamientos, como ocurre en gran parte de Latinoamérica, la tradición de que basta el título universitario para ejercer tales profesiones.³

130. En época reciente se ha intentado corregir, especialmente en los países de tradición romanista, la excesiva preparación teórica de los estudios universitarios, defecto señalado por los juristas angloamericanos⁴, pero en el mejor de los casos los cursos prácticos, incluyendo la llamada *clínica jurídica*⁵, sólo conducen al inicio de la incipiente práctica profesional de la abogacía en los llamados 'bufetes gratuitos', como lo menciona el profesor Viera respecto de la experiencia uruguaya.

131. Si bien la instauración de la enseñanza práctica e inclusive de iniciación en las actividades profesionales, resulta de gran utilidad, tampoco debe considerarse satisfactoria, como lo ha demostrado la experiencia de numerosos ordenamientos, en especial por lo que se refiere a los que pretenden iniciarse en las funciones judiciales, por las razones que expusimos en la introducción de este trabajo, de manera que resulta conveniente establecer cursos de postgrado orientados de manera específica a la formación profesional, con independencia de la enseñanza práctica efectuada en la licenciatura.

132. B. *Práctica profesional*. Hasta hace poco tiempo ha predominado en gran número de ordenamientos la exigencia de la práctica profesional, particularmente en la abogacía, para poder iniciar actividades judiciales, variando su extensión según la importancia del cargo judicial al cual se pretende ingresar; práctica que en varios países europeos se conoce con el nombre de 'tirocinio'.⁶

1. Son cuatro las *Inns of Court* de Londres: *Lincoln's Gray's - Inn*, *Inner Temple* y *Middle Temple*.

2. Cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 2a. Ed., London Toronto, 1968, pp. 88-91.

3. Para una crítica de esta situación, Héctor Fix-Zamudio, *Docencia en las Facultades de Derecho*, en 'Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala'. septiembre-diciembre de 1973, pp. 22-24.

4. Cfr. John Henry Merryman, *La tradición jurídica romanocanónica*, trad. de Carlos Sierra, México, 1971, pp. 175-177.

5. Cfr. Entre otros, Eduardo B. Carlos, *Clínica jurídica y enseñanza práctica*, Buenos Aires, 1959.

6. Cfr. Mauro Cappelletti, *Estudio del derecho y tirocinio profesional en Italia y en Alemania*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, 1959.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

133. El ejemplo de Inglaterra, cuya judicatura goza de gran prestigio, y cuyos jueces son designados entre los abogados más connotados después de una larga práctica profesional, ha influido considerablemente en Canadá y los Estados Unidos, así como en varios ordenamientos pertenecientes a la tradición continental europea.

134. En este último sector, podemos señalar la tradición existente en Alemania, y actualmente en la República Federal de Alemania, como lo informa con toda precisión el profesor Wolf, en el sentido de que los egresados de las Facultades de Derecho, después del examen estatal correspondiente, deben efectuar una práctica profesional de dos años (*Referendardienst*) en tribunales, en oficinas públicas y de abogados privados, con el objeto de que puedan adquirir los conocimientos técnicos y prácticos de las diversas profesiones jurídicas, y de esta manera puedan sustentar con éxito el segundo y severo examen estatal (*Assessor-examen*), que los autoriza para el ejercicio de tales profesiones.

135. Según el informe del doctor Piret, en Bélgica existe un sistema de práctica profesional de carácter oficial (*stage*), a la que pueden aspirar los abogados que han ejercido la profesión por algún tiempo y que está dirigida a la formación de los aspirantes a Ministerio Público, habiéndose propuesto recientemente que dicha práctica sea remunerada decorosamente y se extienda también a los que pretenden ingresar a la judicatura.

136. *C. Especialización.* Además de los estudios teóricos y prácticos que se efectúan en las Universidades y que consideramos insuficientes para las profesiones jurídicas contemporáneas, se han creado recientemente cursos de carácter universitario, pero posteriores a la licenciatura, con el propósito de lograr la especialización en las diversas actividades profesionales, y en este sentido debemos destacar el ejemplo de las Escuelas de Práctica Jurídica o de Formación Profesional, introducidas en las universidades españolas, y en forma más específica, a los Institutos y Centros de Estudios Judiciales, establecidos en las universidades francesas.

137. En diversas disposiciones que se inician con la Ley de Ordenación Universitaria de 29 de julio de 1943 y que culminan con el Decreto de 12 de noviembre de 1970, se han regulado en España las mencionadas Escuelas de Práctica Jurídica o de Formación Profesional, que dependen de las Universidades, pero con cierta vinculación con los Ministerios de Educación y de Justicia, ya que en su Consejo Directivo, además del Rector de la Universidad respectiva, deben formar parte magistrados judiciales, el Decano y profesores de la Facultad de Derecho, así como representantes de los colegios de abogados.

138. Estas Escuelas están dirigidas esencialmente a la preparación de los abogados y los demás profesionistas jurídicos, entre los cuales se encuentran, por supuesto, los jueces, pero su funcionamiento efectivo es muy reciente, de manera que deben perfeccionarse paulatinamente.¹

1. Cfr. Vicente Herce Quemada, *Las Escuelas de práctica jurídica*, en 'Revista de Derecho Procesal Iberoamericana', Madrid, 1971, pp. 797-818.

139. Los estudios franceses especializados están estrechamente vinculados con el Centro Nacional de Estudios Judiciales, creado en 1958, y que en la actualidad se ha transformado en la Escuela Nacional de la Magistratura.

140. Por el Decreto de 2 de marzo de 1961, se autorizó en las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas de las universidades francesas, la formación de institutos y centros de estudios judiciales, orientados a la preparación de los alumnos interesados en presentar los rigurosos exámenes de ingreso a la citada Escuela Nacional de la Magistratura, regulación que se complementó con el certificado de estudios judiciales, el cual puede ser expedido por los citados institutos o centros, según el Decreto de 11 de marzo de 1966.

141. D. Las *Escuelas Judiciales* son las instituciones que proporcionan una preparación más adecuada a los aspirantes a la judicatura, y entre ellas podemos destacar las establecidas por los ordenamientos español, francés y japonés.¹

142. La primera en aparecer fue la Escuela Judicial española, creada por Ley de 26 de mayo de 1944², la que, de acuerdo con la Ley de Bases, Orgánica de la Justicia, de 28 de noviembre de 1947: ‘...es el Centro para la selección y formación de funcionarios de la Administración de Justicia, a quienes se exija título facultativo superior, sin perjuicio de la oposición exigida en cada caso al ingreso en la misma. Sus planes de estudios, adecuados especialmente a cada Cuerpo de funcionarios, incluirán cursos de selección, que podrán tener carácter eliminatorio para los de nuevo ingreso y otros de formación para éstos y para quienes participen en los de especialización que se convoquen’.

143. En dicha Base 18, se dispone que las enseñanzas de la Escuela mencionada deben tener un sentido eminentemente práctico y de conocimiento de las técnicas de aplicación en la función que deba realizar cada clase de funcionarios, en la inteligencia de que durante estos cursos de formación práctica, podrán actuar los aspirantes, en condición de agregados o adjuntos, en los respectivos órganos jurisdiccionales.

144. Apenas terminada la segunda guerra mundial, se creó, por Decreto de 6 de julio de 1947, el Instituto japonés de Estudios Jurídicos, el cual no está dirigido de manera específica para la formación de aspirantes a la judicatura, sino en general, a la preparación de todos los que pretenden ejercer una profesión jurídica, y como lo expresa el profesor Ishikawa, el examen de admisión para los egresados de los estudios universitarios, es excesivamente rígido, ya que después de varios intentos, son pocos los aspirantes que pueden ingresar al citado Instituto, el cual se encuentra bajo la supervisión de la Suprema Corte del Japón, cuyo presidente designa al Director del Instituto y a los cincuenta profesores, de los cuales veinte son jueces, diez pertenecen al Ministerio Público y los restantes, son abogados en ejercicio.

1. Cfr. Luis Mosquera Sánchez, *Tendencias actuales en derecho comparado sobre selección y formación de jueces*, en ‘Revista de Derecho Judicial’, Madrid, abril-junio de - 1961, pp. 201-206.

2. Cfr. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, *Crónica de la codificación española, I. Organización judicial*, Madrid, 1970, p. 338.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

145. Los egresados de este Instituto, debido a su excelente preparación, ejercen una benéfica influencia en las diversas profesiones jurídicas japonesas, y además pueden decidir libremente, debido a su escaso número, la profesión a la que desean dedicarse, incluyendo la judicatura.

146. Debe destacarse que el mencionado Instituto de Estudios Jurídicos tiene, además, la función de organizar programas permanentes para la preparación y perfeccionamiento de los jueces en funciones; programas que incluyen seminarios de trabajo, reuniones periódicas de los magistrados, y la posibilidad de labor de investigación, que permite a los jueces interesados separarse transitoriamente de sus tareas ordinarias, con el objeto de redactar un trabajo, que puede ser publicado con posterioridad.

147. Es indudable que la Escuela judicial que ha recibido una mayor atención es la que desde su fundación en 1958, llevó en Francia el nombre de Centro Nacional de Estudios Judiciales¹, pero que la Ley Orgánica de 1970, transformó en Escuela Nacional de la Magistratura, denominación que lleva actualmente.²

148. Ya habíamos mencionado el establecimiento desde 1961, de los institutos y centros de estudios judiciales que deben proporcionar a los aspirantes a la judicatura los conocimientos necesarios para poder presentar con éxito los diversos exámenes de admisión a la citada Escuela Nacional de la Magistratura, que se efectúan en varias etapas, con bastante severidad, pero que otorgan la ventaja a los que los aprueban, de adquirir la categoría de *auditores judiciales*, que les permite disfrutar de una remuneración y de algunas de las prestaciones que corresponden a los miembros de la judicatura.

149. Los estudios en la citada Escuela se prolongan por veintiocho meses, divididos en tres etapas, de las cuales, la primera tiene como propósito lograr la transición entre los estudios universitarios y la formación profesional, y las dos últimas se desarrollan en varias regiones del país y en diversos tribunales y oficinas públicas, para familiarizar a los aspirantes con la vida judicial, procurándose la formación de grupos de trabajo, que permitan el desarrollo de las facultades de los auditores.

150. Al finalizar los estudios se efectúa un examen muy riguroso, que al ser aprobado, permite el nombramiento del juez o procurador sustituto en un tribunal de gran instancia, como primer grado de la jerarquía judicial, pero si no se supera el examen, el auditor puede ser nombrado agregado judicial, con el objeto de efectuar en los tribunales, varia funciones no jurisdiccionales, entre ellas la redacción de documentos jurídicos, así como de investigación jurisprudencial o doctrinal.³

151. Una labor importante de la Escuela Nacional de la Magistratura, es la

1. Cfr. el minucioso estudio de Luis Mosquera Sánchez, *El sistema francés de selección y formación de jueces profesionales*, en 'Revista de Derecho Judicial', Madrid, enero-marzo abril-junio de 1962, pp. 191-237, 101-132, respectivamente.

2. Cfr. Pierre Martaguet, *Enseignement et pratique judiciaire*, en 'Revue Internationale de Droit Penal', 1975, pp. 119-129.

3. Cfr. Georges Verpraet, *Le nouveau visage de la magistrature*, Paris, 1965, pp. 53-72.

formación permanente de los integrantes de los tribunales, iniciada en 1973, con motivo de una circular del Ministro de Justicia, expedida en septiembre de 1972, la que recibió como respuesta un gran número de solicitudes de magistrados que pretendían recibir una instrucción más avanzada, e inclusive la encuesta que se practicó al respecto, demostró el interés de una gran parte de los funcionarios judiciales por continuar su vinculación con la Escuela Nacional de la Magistratura, lo que no o ha resultado sencillo, pero se considera conveniente, como una acción similar a la que ha emprendido el Instituto de Estudios Jurídicos del Japón.¹

IV. Selección de los juzgadores

152. No resulta fácil delimitar los conceptos de selección y nombramiento de los miembros de la judicatura, ya que se encuentran estrechamente vinculados, y pueden considerarse como dos momentos del mismo procedimiento, pero para efectos de estudio debemos entender por selección los criterios utilizados para determinar los requisitos que deben cubrir los candidatos más idóneos para ingresar a la judicatura, a fin de que los órganos competentes puedan decidir sobre el nombramiento.²

153. Tales criterios son muy variables y con el tiempo se han hecho cada vez más complejos, puesto que van de las simples exigencias de edad, título universitario y práctica profesional, apreciables discrecionalmente por el mismo órgano que debe hacer el nombramiento, hasta los instrumentos complicados en los cuales intervienen diversos factores y varios organismos, que se combinan con exámenes oficiales y concursos de oposición.³

154. Haremos referencia de manera exclusiva, en este sector, a los criterios o pautas para la selección de los jueces profesionales, ya que respecto de los jueces legos o asesores populares, se utilizan procedimientos aleatorios que nada tienen que ver con la capacidad profesional de los candidatos.

155. Recientemente se ha modificado dicho sistema tradicional con la intervención de elementos objetivos que tienden a la comprobación de la aptitud profesional de los aspirantes, y esta situación puede observarse a través de la intervención de comisiones que examinan los méritos de los candidatos para proponer los más idóneos a los encargados del nombramiento, y en vía de ejemplo podemos citar el llamado 'Plan Missouri' en los Estados Unidos, al cual haremos referencia más adelante.

156. A. *Exámenes oficiales.* Como el método tradicional ya no resulta adecuado

1. Cfr. Pierre Martaguet, *Enseignement et pratique judiciaire*. cit., *supra* p. 435 nota 2, pp. 127-129.

2. Cfr. el excelente panorama trazado por Luis Mosquera Sánchez, *Tendencias actuales en derecho comparado sobre selección y formación de jueces*, cit., *supra* nota 31, pp. 181-196.

3. Cfr. para la situación en Latinoamérica, el análisis panorámico, si bien no muy reciente, de Helen L. Clagett, *The Administration of Justice in Latin America*, New York, 1952, pp. 30-32.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

para seleccionar a los jueces modernos, los que deben demostrar su capacidad profesional para poder ingresar a las funciones judiciales, se han establecido un conjunto de mecanismos para comprobar la idoneidad de los candidatos, y uno de ellos es la exigencia de exámenes oficiales, diversos de los establecidos en la Facultad de Derecho, ya que requieren de una preparación de carácter práctico posterior a la expedición del título profesional.

157. De tales exámenes hicimos referencia al analizar los instrumentos de preparación de los aspirantes a la judicatura, por lo que nos limitaremos a recordar que pueden ser comunes a todas las profesiones jurídicas, como ocurre en Japón con el ingreso al Instituto de Estudios Jurídicos, o en la República Federal de Alemania, en la que inclusive son dobles, uno para realizar la práctica profesional y el segundo para lograr la autorización del ejercicio profesional; pero en ambos casos son genéricos para todas las profesiones jurídicas, si bien debe hacerse notar que en la República Federal de Alemania sólo quienes obtienen las notas más altas en el segundo examen estatal pueden ingresar en la judicatura.

158. Otro tipo de pruebas están orientadas específicamente para demostrar la capacidad profesional de los candidatos a las funciones judiciales, como ocurre con las situaciones ya señaladas anteriormente en los ordenamientos de España y Francia, ya que en los dos países existe un sistema de varios exámenes, uno que se debe presentar en los institutos, centros o escuelas de formación profesional – en Francia específicamente respecto de las funciones judiciales – que dependen de las Universidades, y con posterioridad un doble examen, para ingresar y para culminar los estudios especializados en las Escuelas Judiciales de ambos países, todo lo cual desemboca en su nombramiento como jueces en la escala inferior de la magistratura.

159. B. *Concursos de oposición.* Otro instrumento que podemos señalar y que no constituye sino una variante de las anteriores, es el relativo al *concurso de oposición* para ingresar en la carrera judicial, en el supuesto de que no existan exámenes oficiales previos que preparen dicho ingreso, sistema que puede abarcar tanto pruebas de aptitud como concurso de méritos de los aspirantes, o la combinación de ambos, y es el que se ha propuesto en los Congresos Latinoamericanos de Derecho Procesal para sustituir al método tradicional reseñado anteriormente.¹

160. C. *Criterios sociopolíticos.* Pero los aspectos técnicos de la selección de los aspirantes a la judicatura, si bien son muy importantes, no son los más arduos de analizar, ya que los más complicados derivan de los *factores sociopolíticos*, que

1. Así, en las Segundas Jornadas Latinoamericanas y Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuados en la ciudad de México, los días 14-18 de febrero de 1960, se aprobó por unanimidad, que el ingreso a la carrera judicial debía hacerse por oposiciones o concursos y eventualmente por ingreso directo, en 'Revista de la Facultad de Derecho de México', Núm. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 527-541.

se advierten en forma abierta o de manera oculta detrás de los instrumentos para determinar a los candidatos para las funciones judiciales.

161. Cabe indicar, como lo hace el doctor Piret, que uno de los reproches que se hacen a la judicatura belga – y que se ha generalizado respecto de los ordenamientos occidentales – es que sus integrantes provienen esencialmente de la burguesía así como la explicación del profesor Viera, sobre la pertenencia de los jueces uruguayos a las clases medias, e igualmente los resultados obtenidos en esta dirección en los numerosos estudios sociológicos que se han efectuado sobre la procedencia social, económica y política de los jueces profesionales, particularmente los de las jerarquías más elevadas¹, y en el otro extremo señalar también el peligro latente, que no obstante se ha manifestado en forma real en algunas etapas de la evolución política de los países socialistas, a través del establecimiento de la ‘justicia de clase’, en la cual predominan los criterios ideológicos de selección sobre los factores de capacidad profesional de los candidatos.²

162. Debe reconocerse la imposibilidad de evitar la influencia de tales factores sociopolíticos en los procedimientos de selección, ya que los aspirantes a ingresar en las funciones judiciales no pueden escapar a la influencia del ambiente económico, político y social en el cual se han formado, si se toma en cuenta que los jueces no pueden actuar como seres insensibles y estrictamente neutrales, sino que por el contrario, son hombres que conocen y aplican los valores de su época; y por otra parte, los órganos encargados de la designación, y con mayor razón los votantes cuando se trata de un procedimiento de elección, están sujetos a una serie de presiones, en ocasiones muy vigorosas. Pero si no pueden eludirse estos factores, si es factible evitar que los mismos menoscaben la capacidad profesional o la imparcialidad de los aspirantes a las delicadas funciones judiciales.

163. Sería muy complicado describir, así sea superficialmente los instrumentos más convenientes para lograr un equilibrio entre los factores sociopolíticos antes señalados y la capacidad profesional de los candidatos, pero cabe señalar, siempre en vía de ejemplo, los sistemas modernos que se han mencionado con anterioridad sobre la preparación profesional de los aspirantes, en especial los estudios en las Escuelas Judiciales, que implican necesariamente un conjunto de exámenes, aunada a una remuneración decorosa, que se otorga a los alumnos de tales escuelas, a fin de que no sólo provengan de las clases sociales elevadas o medias, sino que permita a todos los que tengan capacidad profesional participar en esta enseñanza, y por otro lado, también puede destacarse la creación de comisiones de selección de candidatos, que es el procedimiento que se ha impuesto en ausencia de las mencionadas escuelas judiciales.

1. Cfr. para el problema referido a los jueces federales de los Estados Unidos, entre otros, Harold B. Chase, *Federal Judges. The appointing Process*, en ‘Minnesota Law Review’, diciembre de 1966, pp. 185–221; William F. Swindler, *The Politics of ‘Advice and Consent’*, en ‘American Bar Association Journal’, junio de 1970, pp. 533–546.

2. En relación con este problema, especialmente en la era stalinista, cfr. Vladimir Gsovski y Kazimierz Grzybowski (editores), *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, Vol. I, segunda Parte, *Administration of Justice*, New York, 1959, pp. 511–836.

V. Nombramiento de los jueces

164. En esta materia se ha puesto de relieve que son dos los sistemas esenciales para el ingreso a las funciones judiciales, por un lado la designación (*Appointment*) y por el otro, la elección (*Election*) de los candidatos, ya sea que los mismos hubiesen sido objeto previamente de un procedimiento de selección o por el contrario cuando esta selección sea concomitante con su acceso a la judicatura¹; pero como lo señala con todo acierto en su informe el profesor Schwartz de los Estados Unidos, de estos dos sistemas esenciales, que generalmente no se utilizan en forma exclusiva, derivan procedimientos intermedios que en época reciente se han vuelto bastante sofisticados.

165. Existe confusión en el empleo de los vocablos elección, designación y nombramiento, que se utilizan indistintamente en español, por lo que trataremos de hacer un deslinde convencional entre estos tres términos, utilizando la palabra *nombramiento* como un concepto genérico para el ingreso a las funciones judiciales, y los otros dos como específicos, simplemente con el objeto de obtener claridad en la exposición.

166. A. *Elección*. El sistema moderno de elección de los jueces surgió primeramente en los Estados Unidos, apartándose de la tradición inglesa, con el objeto de lograr la democratización de los procedimientos de nombramiento, que se consideraron autoritarios pero sólo en la esfera de las Entidades Federativas, ya que como es notorio, la Constitución Federal, estableció un sistema de designación de los jueces federales por el Presidente de la República, con aprobación del Senado.

167. En efecto, en los primeros años del siglo pasado se produjo en una buena parte de las Entidades Federativas de los Estados Unidos un movimiento populista que llevó al establecimiento del sistema de elección directa de los miembros de la judicatura, al menos en los tribunales inferiores, debido a la creencia de que los jueces designados provenían de las esferas más altas social y económicamente, pero a mitad del mismo siglo anterior, se inició un nuevo cambio, ya que paulatinamente varios Estados volvieron al sistema de designación, con independencia de los que han adoptado procedimientos intermedios.²

168. También en los países socialistas se ha impuesto el sistema de elección directa de los jueces profesionales, con exclusión de los pertenecientes a los tribunales supremos, precisamente con la misma idea que imperó en los Estados Unidos a principios del siglo anterior, de democratizar la administración de justicia, criterio que se combinó con la elección de asesores legos en todos los grados de la jurisdicción, con el objeto de reforzar la participación directa de los

1. Cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, cit, *supra* p. 432 nota 2, pp. 26-35.

2. Cfr. Glenn R. Winters, *Selection of Judges. An Historical Introduction*, en 'Texas Law Review', junio de 1966, pp. 1081-1087.

justiciables en la función jurisdiccional, lo que se hace patente en el concepto de 'tribunales populares', como ocurrió desde los primeros años de la implantación del sistema socialista en la Unión Soviética.¹

169. Sin embargo, el procedimiento de elección directa de los jueces profesionales, según el sistema de votación partidaria o libre, no ha funcionado satisfactoriamente en los Estados Unidos, como lo afirma el profesor Schwartz en su informe, en el cual menciona que sólo 27 Estados conservan de alguna manera el sistema de elección de los jueces; y tampoco parece haber obtenido gran éxito en los países socialistas, aun cuando oficialmente se sigue hablando del procedimiento electivo para la mayoría de los jueces, y por este motivo el profesor Terebilov afirma que en el derecho soviético se desconoce el sistema de designación (*Appointment*) de los jueces.²

170. No obstante lo anterior, del cuidadoso informe del profesor Broniewicz, se desprende que la elección directa de los jueces profesionales se está abandonando de manera paulatina en la mayor parte de los países socialistas, que la han conservado, y eso parcialmente, para los asesores populares, ya que el nombramiento por conducto de órganos de representación popular, sólo de manera artificial puede calificarse como elección, ya que en sentido propio, ésta implica la participación de los votantes directa o indirectamente, pero en el segundo caso, a través de electores, pero no de representantes permanentes, pues de admitir lo contrario, todo nombramiento efectuado por un órgano representativo o parlamentario, debería considerarse como una elección, lo que evidentemente no puede admitirse.

171. B. *Designación*. Este sistema proviene de la tradición de la monarquía absoluta, en la cual el soberano era depositario de la jurisdicción y por lo tanto le correspondía nombrar y remover libremente a los juzgadores pero al iniciarse el sistema de democracia constitucional a fines del siglo XVIII, si bien el nombramiento queda comprendido en las facultades del Jefe del Estado o del Jefe del Gobierno, su decisión debe ser compartida con los órganos parlamentarios.

172. Esta situación es evidente en la designación de los jueces federales de los Estados Unidos, ya que la Constitución de 1787, la confirió al Presidente de la República pero con el '*advice and consent*' del Senado Federal, el cual, desde un principio evitó que los nombramientos de los jueces se hicieran en forma arbitraria, ya que inclusive en la época de Jorge Washington el Senado federal hizo uso vigoroso de sus prerrogativas y a partir de entonces, la designación de los jueces federales en los Estados Unidos, en especial de los magistrados de la Suprema Corte, ha estado sujeta a una serie de factores políticos sumamente complicados.³

1. Cfr. V. Terebilov, *The Soviet Court*, trad. de Murad Saifuling, Moscú, 1973, pp. 38-44.

2. *Op. ult. cit.*, pp. 38-39.

3. Cfr. entre muchos otros, Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, cit., *supra* p. 432 nota 2, pp. 50-87; William F. Swindler, *The Politics of 'Advice and Consent'*. cit., *supra* p. 438 nota 1, pp. 533-542; Lawrence E. Walsh, *Selection of Supreme Court Justices*, en 'American Bar Association Journal', junio de 1970, pp. 555-560.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

173. El sistema de designación en sentido estricto, asume cuatro modalidades esenciales. En un primer supuesto, se encomienda al organismo ejecutivo en forma exclusiva, como ocurre en Inglaterra, país en el cual la Corona, a través del Lord Canciller – es decir, el Gobierno – efectúa los nombramientos judiciales¹; sistema que, con algunas variantes han seguido varios países de la *Commonwealth*, y para no citar sino algunos, podemos señalar a Canadá, cuyos jueces son designados en su mayor parte por el Gobernador General², y el mismo criterio se ha adoptado en Australia.³

174. De acuerdo con un segundo procedimiento, se confiere a los órganos legislativos la designación de los juzgadores, como puede observarse respecto de los magistrados de las Cortes Supremas de los países socialistas, quienes son nombrados por el Soviet Supremo o por las Asambleas Populares respectivas⁴, y algo similar ocurre con algunos ordenamientos latinoamericanos que confieren esta función a sus organismos parlamentarios.⁵

175. Una combinación de ambos métodos se advierte en el nombramiento de los jueces federales en los Estados Unidos, según indicamos con anterioridad, procedimiento que ha servido de modelo a varios países latinoamericanos para la designación de los magistrados de sus tribunales supremos.⁶

176. Todavía podemos describir un cuarto sistema, en la cooptación que se practica tratándose de los jueces inferiores designados por los tribunales de mayor jerarquía, según se ha establecido en una buena parte de los ordenamientos latinoamericanos, señalándose como ejemplos los casos de México y de Uruguay, según se desprende de los informes correspondientes.

177. C. *Sistemas intermedios*. Existe la tendencia reciente de configurar sistemas intermedios entre la elección y la designación, combinando la posibilidad de nombrar funcionarios judiciales idóneos, con la manifestación de la voluntad popular, y en esa dirección se han mencionado los llamados 'Planes' de *Missouri* y de *California*.

178. En efecto, según el procedimiento implantado en el Estado de Missouri desde 1940 e incorporado a la Constitución local aprobada en 1945, se crearon dos Comisiones de Nombramientos Judiciales, la primera destinada a los tribunales de apelación, integrada por siete miembros encabezados por el Presidente de la Suprema Corte del Estado, tres representantes de los abogados y tres justiciables designados por el Gobernador; y una Segunda Comisión de cinco

1. Cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, cit., *supra* p. 432 nota 2, pp. 89-90; H. W. Clarke, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1961, pp. 112-119.

2. Cfr. Rodrigue Bedard, *Le recrutement des juges au Canada*, en 'Revue Juridique et Politique. Indépendance et Coopération', Paris, octubre-diciembre de 1969, pp. 1095-1106.

3. Cfr. Zelman Cowen, *Federal Jurisdiction in Australia*, Melbourne, 1959, pp. 99-100; Geoffrey Sawyer, *El régimen político de Australia*, trad. de Miguel Sussini, Buenos Aires, 1971, pp. 120-121.

4. Cfr. Vladimir Gsovski y Kazimierz Grzybowski, *Government and Courts*, cit., *supra* p. 438 nota 2, Vol. I., pp. 511 y ss.

5. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974, p. 38.

6. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. y p. cit.*

miembros para los jueces de primera instancia, formada por el Presidente de la Corte de Apelación del Distrito en que ocurra la vacante, dos abogados y dos justiciables.

179. Estas Comisiones examinan las solicitudes de los candidatos a la judicatura y cuando se presenta una vacante, proponen una terna al Gobernador para que éste designe al juez respectivo por el período de un año, al final del cual se somete a votación popular su continuación en el cargo, que de ser confirmado, se extiende por doce años, con la posibilidad de una nueva votación para un segundo período.¹

180. El sistema implantado en el Estado de California a partir de 1934, debe considerarse como una variante del anterior, puesto que se apoya en la creación de una Comisión de Nombramientos Judiciales integrada sólo por el Presidente de la Suprema Corte del Estado, el Abogado General, y si la vacante se presenta en la citada Corte, forma parte de la Comisión el Presidente del Tribunal de Apelación, pero si se trata de un juez de primera instancia, se incorpora el presidente del tribunal del distrito respectivo. La referida Comisión propone candidatos al Gobernador, para que efectúe el nombramiento, pero normalmente consulta, también, con el colegio de abogados. El nombramiento es por un año, al término del mismo debe hacerse una consulta popular.

181. Estos dos modelos se han extendido a otras Entidades Federativas, en especial el de Missouri, pudiendo mencionarse al respecto los ordenamientos de Kansas (1958); Alaska (1959); Iowa y Nebraska (1962) etc.²

182. También es conveniente destacar que tratándose del sistema de la designación, se han establecido procedimientos para asesorar al órgano al que corresponde efectuarla, y en esta dirección podemos aludir al sistema imperante en la República Federal de Alemania, ya que según los artículos 95, inciso 3, y 96, inciso 2, de la Ley Fundamental, la facultad para nombrar a los jueces federales y locales se confiere a los Ministros de Justicia respectivos, pero asistidos por una Comisión de Nombramiento Judicial (*Richterwahlausschuss*), la que, tratándose de los jueces federales se integra con los Ministros de Justicia de las Entidades Federativas (*Länder*) y por un número igual de miembros electos por la Cámara Federal (*Bundestag*).³

183. En las propias Entidades Federativas, las Comisiones se integran de diversa manera, pero en su mayor parte con miembros del parlamento local, jueces, y en ocasiones, con representantes del Ejecutivo.

184. Dichas Comisiones proponen candidatos al Ministro de Justicia respectivo, a fin de que se encuentre en condiciones de nombrar a los jueces más idóneos, pero además, el Ministro debe consultar previamente al Consejo de

1. Cfr. Robert A. Schroeder y Harry A. Hall, *Twenty Five Years' Experience with Merit Judicial Selection in Missouri*, en 'Texas Law Review', junio de 1966, pp. 1088-1097.

2. Cfr. Robert A. Schroeder y Harry A. Hall, *op. ult. cit.*, pp. 1096-1097.

3. Cfr. Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab, *Zivilprozessrecht*, 10a. Ed., München, 1961, pp. 97-98.

Jueces (*Präsidentialrat*) de los tribunales correspondientes, cuya opinión no es obligatoria pero generalmente se respeta.

185. También podemos incluir dentro de los sistemas intermedios al Consejo Superior de la Magistratura, que apareció en esta segunda postguerra en Italia, Francia y Turquía, y se extendió con posterioridad a varios países latinoamericanos como Colombia, Venezuela, Perú y en la reciente reforma constitucional, también a Brasil, ya que entre las funciones de dicho organismo se encuentra la de proponer candidatos a los órganos encargados de la designación de los jueces, pero como además dichos Consejo intervienen en la promoción y en la remoción de los propios jueces, haremos mención especial de esta institución en el número siguiente de este trabajo.

186. En los Estados Unidos, en algunas de las Entidades en las cuales corresponde a los Gobernadores efectuar los nombramientos Judiciales, se han creado recientemente Comisiones o Comités de Nombramientos Judiciales, con el objeto de proponer a los mencionados Gobernadores, los candidatos más aptos para que sean nombrados jueces locales, según los procedimientos introducidos en los Estados de Florida (1974) y New York (1976), de acuerdo con lo expresado en su informe por el profesor Schwartz.

VI. Promoción y vigilancia

187. Los aspectos relativos al ascenso y a la inspección de la conducta de los jueces deben considerarse dentro del concepto de las llamadas 'garantías judiciales' o de la jurisdicción, estimadas como las instituciones protectoras de la magistratura incorporadas en las Constituciones modernas¹, pero en virtud de su estrecha vinculación con el tema de esta ponencia, procuraremos proporcionar una visión panorámica de sus lineamientos esenciales.

188. En efecto, para determinar la promoción de los que desempeñan funciones judiciales inferiores hacia los cargos más elevados, es preciso examinar su preparación y su desempeño en tales funciones, para lo cual deben utilizarse instrumentos que permitan apreciar sus conocimientos, aptitud y comportamiento.

189. A. *Carrera judicial*. Es el procedimiento utilizado por numerosos ordenamientos para regular tanto el ingreso como el ascenso de los niveles inferiores de la judicatura hacia los más altos, a través de concursos de méritos, exámenes de oposición y otros instrumentos similares, y por ello no debe confundirse con un simple escalafón de carácter administrativo, como ocurre en algunas legislaciones.²

1. Cfr. el fundamental trabajo de Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en el volumen *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 204-210.

2. Esto resulta evidente en varios países latinoamericanos, en los cuales se confunde la ver-

190. El establecimiento de la carrera judicial no resuelve por sí mismo los graves problemas planteados por la complejidad de la función judicial y depende en gran parte de la familia jurídica en la cual se ha introducido, tomando en cuenta que se ha considerado como uno de los aspectos de diferencia entre los ordenamientos angloamericanos del *common law* y los de tradición romanista, que se califica de *civil law*¹; pero si dicha institución se estructura como un sistema flexible, que permita el acceso directo de otros profesionistas jurídicos a todos los niveles de la jerarquía judicial, debe considerarse muy conveniente para lograr la configuración de un cuerpo profesional y especializado de juzgadores, que se sentirán alentados en su labor, con la posibilidad de ascender en forma ordenada hacia los cargos más elevados de la judicatura.

191. En esta dirección es significativo que los tres países de mayor tradición en la regulación de la carrera judicial, como lo son Italia, Austria y la República Federal de Alemania, al reconocer la función política que realizan los magistrados de las respectivas Cortes o Tribunales Constitucionales, regulan la designación de los propios magistrados en forma diversa a la de los jueces ordinarios, y por ello en su nombramiento intervienen los diversos órganos del gobierno, entre ellos los parlamentarios, para procurar un equilibrio entre las diversas corrientes jurídicas y políticas, incluyendo, además, la posibilidad de que el nombramiento de dichos magistrados recaiga no sólo en jueces y funcionarios administrativos, sino también en profesores de Derecho y Ciencia Política, lo que ha determinado que distinguidos profesores universitarios hubiesen desarrollado una labor dinámica de transformación jurídica en su calidad de jueces constitucionales.²

192. B. *Periodicidad e inamovilidad*. Estos dos métodos de nombramiento de los miembros de la judicatura, que son objeto de debate aun en la actualidad, y por lo mismo, no existe un verdadero consenso sobre el más adecuado para la mejor realización de la función judicial, ya que el primero implica que los jueces deben permanecer en sus cargos sólo por un período determinado, si bien con la posibilidad, en la mayoría de los casos, de ser reelegidos para un nuevo período y así sucesivamente; en tanto que la inamovilidad significa que los jueces, una vez nombrados permanecen en en sus funciones indefinidamente, en tanto observen 'buena conducta', según el concepto angloamericano, pero con dos modalidades, según que los miembros de la judicatura deban retirarse a una edad límite o continúen de por vida.

193. Es lógico que cuando predomina el sistema de elección popular, ya sea en forma propia, es decir por votación directa, o artificialmente, o sea, a través de

dadera carrera judicial con un simple escalafón administrativo, cfr. Héctor Fix-Zamudio *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, cit. *supra* p. 441 nota 5, pp. 41-43.

1. Cfr. John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, cit. *supra* p. 432 nota 4, pp. 178-179.

2. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Venticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 68-85.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

órganos representativos, como ocurre en varios ordenamientos socialistas¹, en algunas Entidades Federativas de los Estados Unidos o en ciertos cantones suizos; el nombramiento siempre es efectuado por tiempo determinado, ya que el sistema electivo resulta incompatible con la inamovilidad; en tanto que la designación puede asumir los dos métodos mencionados, aun cuando se está imponiendo la inamovilidad, ya que garantiza de manera efectiva la independencia y la imparcialidad del juzgador, como se ha demostrado en los grados más altos de la magistratura de los países angloamericanos, en los cuales la judicatura tiene un gran prestigio.²

194. Otro problema distinto es determinar si dicha inamovilidad debe ser vitalicia, como se ha establecido para los magistrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y en algunas de sus Entidades Federativas³, en la República Federal de Alemania para todos los jueces con exclusión de los magistrados del Tribunal Federal Constitucional, según se ha visto; o como se había dispuesto tradicionalmente en Inglaterra hasta el año de 1959, en el que se estableció una edad de retiro; o por el contrario, si dicha inamovilidad debe concluir con una edad de retiro forzoso, como parece ser la tendencia que se está imponiendo en la mayoría de las legislaciones que consagran este sistema.

195. Tenemos la convicción de que resulta ventajoso señalar una edad de retiro forzoso, así sea con posibilidad de prórroga en casos extraordinarios, con el objeto de evitar la decadencia intelectual o física de algunos magistrados y lograr, además, la necesaria renovación de los miembros de la judicatura, especialmente en los niveles más altos, los que pueden caer en el peligro de una estratificación, y por esta causa, inclusive en los Estados Unidos, país en el cual han existido magistrados ilustres de la Suprema Corte Federal, que fallecieron en sus cargos en edad muy avanzada, hay una corriente de opinión que pretende el establecimiento de un retiro forzoso, como lo señala el profesor Schwartz en su informe.

196. *C. Comisiones judiciales y tribunales disciplinarios.* Aquí nos referimos a los instrumentos y procedimientos que se han configurado con el propósito de inspeccionar la labor de los jueces, ya sea con el objeto de decidir sobre su ascenso, o bien, para imponer las sanciones, que pueden llegar a la destitución, cuando su conducta no se ajuste a las disposiciones que regulan la función jurisdiccional, lo que resulta cada vez más necesario, si tomamos en cuenta la importancia de los organismos judiciales en la aplicación y creación de las normas jurídicas en

1. No obstante este deseo de renovación constante, es inevitable que se establezca una judicatura permanente y profesional, cfr. Otto Ulc, *The Judge in a Communist State*, Columbus, Ohio, 1972 pp. 5-69.

2. Sobre las ventajas de la inamovilidad judicial, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, cit., supra p. 441 nota 5, pp. 40-41.

3. Cfr. como ejemplo, Robert F. Drinan, S. J., *Judicial Appointments for Life by the Executive Branch of Government: Reflexion of the Massachusetts Experience*, en 'Texas Law Review', junio de 1966, pp. 1103-1116.

nuestra época, si bien dichos instrumentos no deben funcionar de tal manera que afecten la independencia e imparcialidad de los juzgadores.

197. Entre los instrumentos de control judicial que se han implantado recientemente, se encuentran las llamadas comisiones judiciales, integradas en ocasiones en forma exclusiva por miembros de la judicatura, en otras también por funcionarios administrativos, y en algunas, inclusive por representantes de los abogados y de los justiciables. También cabe la posibilidad de que esta labor de vigilancia se confiera a los mismos tribunales, particularmente los de mayor jerarquía, como ocurre, por ejemplo en México, en cuyo ordenamiento se atribuye a la Suprema Corte de Justicia tanto la administración como la vigilancia de todos los tribunales federales, tomando en cuenta, además, la ausencia de la Secretaría de Justicia, suprimida en la Constitución de 1917.¹

198. Las comisiones de control y vigilancia se están imponiendo en los Estados Unidos, en virtud de que los procedimientos para destituir a los miembros de la judicatura cuando no observan 'buena conducta', son lentos y complicados, ya que requieren la intervención del órgano parlamentario de acuerdo con el sistema del *impeachment* de origen inglés, que es también el instrumento de control regulado en numerosos países latinoamericanos para sus magistrados supremos², por lo que resulta más provechoso establecer la inspección judicial permanente, que inclusive pueda servir de remedio preventivo contra las posibles desviaciones de los jueces.

199. Entre estos instrumentos de vigilancia destaca la Comisión de Conducta Judicial de California (*California Commission of Judicial Qualifications*), introducida en 1960, y que se integra por cuatro jueces, dos representantes del Gobernador y dos abogados, la que, como nos indica el profesor Schwartz, ha realizado una labor excelente, propiciando una reforma constitucional en 1976, con el objeto de ampliar sus facultades, las que no son decisorias, ya que somete sus dictámenes a la Suprema Corte de dicho Estado con el fin de que ésta resuelva y aplique en su caso, las sanciones que correspondan.³

200. Otra solución es la de encomendar a un tribunal la imposición de sanciones a los jueces infractores, y para citar algún ejemplo, señalamos el sistema establecido por los artículos 98, inciso 2, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, y 12, inciso b), de la Ley del Tribunal Federal Constitucional, de 12 de marzo de 1951; de acuerdo con los cuales, corresponde al citado Tribunal decidir sobre las acusaciones presentadas por conducto de la Cámara Federal, contra los jueces federales o de las Entidades Federativas, cuando los mismos contravengan los principios impuestos por la citada Ley

1. Cfr. Lucio Cabrera, *El poder judicial federal mexicano y el constituyente de 1917*, México, 1968, pp. 99-115. Y para el predominio de este sistema en Latinoamérica, cfr. Helen L. Clagett, *The Administration of Justice in Latin America*, cit. *supra* p. 436 nota 3, pp. 38-40.

2. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit. *supra* p. 441 nota 5, p. 48.

3. Cfr. Jack E. Frankel, *Judicial Discipline and Removal*, en 'Texas Law Review', junio de 1966, pp. 1128-1134.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

Fundamental o por el orden constitucional de una Provincia.¹

201. El procedimiento anterior sólo puede funcionar en casos extremos y por ello consideramos preferible un órgano de vigilancia continua que también permita un control preventivo, y en esta dirección podemos citar la Corte Judicial de Nueva York (*The New York Court of the Judiciary*) establecida en 1958 y que se compone de cuatro jueces de segunda instancia, así como el juez más antiguo y el Presidente del Tribunal de Apelación; organismo que ha actuado en pocas ocasiones, pero lo bastante importante para establecer un conjunto de principios muy útiles para regular la conducta de los jueces locales. Un procedimiento similar fue introducido en Illinois en el año de 1964, a través de un tribunal especializado, pero que recibe el nombre de Comisión, que se integra por un magistrado de la Suprema Corte, dos jueces del tribunal de apelación y otros dos de primera instancia, designados por la propia Corte.²

202. Otro caso que podemos destacar, esta vez en Latinoamérica, es el Tribunal Disciplinario, introducido en Colombia por la Ley de 20 de octubre de 1972, y que se compone de cuatro magistrados nombrados paritariamente por las Cámaras legislativas por un período de cinco años, de ternas que envía el Presidente de la República, y que conoce en única instancia de los procesos por faltas disciplinarias que se sigan contra los jueces colombianos, incluyendo los de la Suprema Corte de Justicia y los del mismo Tribunal Disciplinario.³

203. D. *Consejo de la Magistratura*. Es una institución que surge en la segunda postguerra como una solución al problema de la independencia del organismo judicial frente a los otros organismos del poder, en cuanto a la designación, ascenso y vigilancia de los miembros de la judicatura, pero al mismo tiempo para evitar que ésta se convierta en un cuerpo cerrado, hermético.

204. Este organismo que tiene precedentes, pero en su forma actual, se creó en el artículo 84 de la Constitución francesa de 1946, con el nombre de Consejo Superior de la Magistratura, perfeccionándose en el artículo 65 de la vigente Carta Fundamental de 22 de diciembre de 1958 y el Decreto de 19 de febrero de 1959, con reformas posteriores. El Consejo está encabezado por el Presidente de la República, quien puede ser sustituido por el Ministro de Justicia, quien figura como Vicepresidente; comprende también nueve miembros designados por el mismo Presidente de la República mayoritariamente entre los miembros de la judicatura, y sus funciones esenciales consisten en formular propuestas para los nombramientos de los consejeros magistrados de la Corte de Casación y del Primer Presidente de la Corte de Apelaciones, además actúa como tribunal

1. Cfr. entre otros, Francisco Rubio Llorente, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, en 'Revista de la Facultad de Derecho', Núm. 31, Caracas, 1965, pp. 113-126.

2. Cfr. Jack E. Frankel, *Judicial Discipline and Removal*. cit., *supra* p. 446 nota 3, pp. 1124-1128.

3. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre el Reglamento del Consejo de la Judicatura en la República de Venezuela*, en 'Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia', Núm. 11, México, julio-septiembre de 1974, pp. 478-488.

disciplinario de todos los jueces, y en tal supuesto, es encabezado por el Primer Presidente de la Corte de Casación.¹

205. Con el mismo nombre, es decir, Consejo Superior de la Magistratura, se introdujo en Italia una institución similar a la francesa en los artículos 104 y 105 de la Constitución Republicana de 1948, preceptos reglamentados por la Ley de 24 de marzo de 1958 y el Decreto presidencial de 16 de septiembre de ese año, con reformas esenciales a través de las leyes de 14 de julio de 1965 y 18 de diciembre de 1967, en particular, esta última. Se trata de un organismo integrado esencialmente por representantes de la judicatura, pero del cual forman parte, de oficio, el Presidente de la República, el Primer Presidente y el Procurador General de la Corte de Casación, así como un número indeterminado de miembros designados por el Parlamento entre profesores de Derecho o abogados con quince años de ejercicio. La función fundamental de este Consejo consiste en el conocimiento y decisión sobre los nombramientos, adscripciones, traslados, ascensos, y medidas disciplinarias relativas a todos los jueces de la República Italiana, con excepción de los magistrados de la Corte Constitucional.²

206. Siguiendo el ejemplo de los ordenamientos de Francia y de Italia, la República de Turquía creó el Consejo Superior de la Magistratura en los artículos 143 y 144 de su Carta Fundamental de 1966, con estructura y funciones similares a los modelos que se tomaron en consideración, ya que en esencia, le corresponde decidir de todas las cuestiones relativas a la calificación de los jueces.

207. La mencionada institución también se ha consagrado en varios ordenamientos latinoamericanos, y al respecto podemos mencionar al Consejo Superior de la Judicatura establecido en Colombia por Decreto 1798 de 1955, el que se transformó en 1972 en Tribunal Disciplinario, como se expresó en el párrafo 196 de este trabajo; el Consejo de la Magistratura regulado por los artículos 173 y 174 de la Constitución de la provincia argentina del Chaco, de 7 de diciembre de 1957; el Consejo de la Judicatura consagrado en el artículo 217 de la Constitución venezolana de 1961; y finalmente, el Consejo Nacional de Justicia introducido en el Perú por Decreto-Ley de 23 de diciembre de 1969.³

208. Los Consejos que han tenido verdadera trascendencia en el ámbito latinoamericano han sido los de Venezuela y Perú, el primero regulado por las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 26 de agosto y 16 de septiembre de 1969, así como por el Reglamento de 5 de octubre de 1973; y el segundo, tiene su apoyo en la Ley Orgánica de 13 de abril de 1971, modificada por Decreto de 12 de octubre de ese año y por el Reglamento de 23 de noviembre, también de 1971.

1. Cfr. Henry Solus y Roger Perrot, *Droit Judiciaire Privé*, Paris, 1961, tomo I, pp. 696-697.

2. Cfr. Palo Biscaretti di Ruffià, *Diritto costituzionale*, 10a. Ed., Napoli, 1974, pp. 501-508; Salvatore Pappa, *Sul Consiglio Superiore della Magistratura*, en 'Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile', Milano, 1955, pp. 782-788.

3. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre el Reglamento*, cit. *supra* p. 447 nota 3, pp. 487-495; Huberto J. La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado Venezolano*, 5a. Ed., Maracaibo, 1971, pp. 163-166.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

209. El Consejo venezolano posee como atribuciones, las de atender la marcha de todos los asuntos judiciales; velar por la eficaz administración de justicia; señalar las necesidades de creación, modificación o supresión de servicios judiciales; atender las necesidades materiales de todos los tribunales y defensorías públicas de presos; propender a la seguridad social de los miembros del poder judicial y demás funcionarios de la administración de justicia, y en general, todo cuanto atañe al poder judicial.

210. El Consejo Nacional de Justicia peruano posee facultades toda vía más amplias, como son las de elegir a los magistrados y jueces de todo el poder judicial; evaluar su labor; el derecho de iniciativa de formación de las leyes destinadas a perfeccionar el ordenamiento judicial nacional, y la responsabilidad permanente de estudiar y proponer la reforma de los Códigos y leyes orgánicas que le soliciten los poderes del Estado.¹ No obstante que teóricamente este organismo debe considerarse como un avance en el sistema de control de la judicatura en América Latina, sus funciones se desbordaron en la práctica y provocaron efectos contrarios a los que se perseguían, pues afectaron la independencia de los tribunales frente al organismo ejecutivo, y por ello se tiene proyectada una reestructuración que probablemente implique su desaparición, como lo expresa el profesor García Belaúnde en su preciso informe, en la parte consignada en el párrafo 56 de esta ponencia.

211. A pesar del fracaso del organismo peruano, que posiblemente tuvo su causa en sus funciones demasiado ambiciosas, que no tomaron en consideración la realidad político-social del país, estimamos que si el Consejo de la Magistratura se introduce con cautela y con las modificaciones necesarias a la situación de cada ordenamiento, significaría un adelanto en los sistemas de control y vigilancia de carácter tradicional, no sólo por su colaboración para el establecimiento de una verdadera política judicial con el concurso de los otros departamentos del poder – siempre dentro de la orientación de que la gran mayoría de los miembros del Consejo Judicial deben pertenecer a la judicatura – sino que también impide que los integrantes del poder judicial se transformen en una casta estratificada, al decidir por sí solos, con excepción de la designación de los jueces supremos, sobre el nombramiento, vigilancia y promoción de sus propios miembros, pues coincidimos con el profesor Schwartz en su aguda observación, en el sentido de que la función jurisdiccional es tan importante, que no debe dejarse exclusivamente a la decisión final de los propios jueces.

212. Por todo lo anterior, el autor de esta ponencia propuso la introducción de esta institución en el ordenamiento mexicano, con mayor razón tomando en cuenta la falta de la Secretaría de Justicia, proposición que fue aprobada en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Zacatecas, en el año de 1966.²

1. Cfr. el volumen intitulado *Legislación del Consejo Nacional de Justicia*, Lima, 1972.

2. Cfr. la crónica respectiva en 'Revista de la Facultad de Derecho de México; Núm. 65, enero-marzo de 1967, pp. 125-127.

VII. Situación del Ministerio Público

213. También resulta conveniente dedicar algunas líneas a los aspectos relativos a la preparación, selección y nombramiento de los miembros del Ministerio Público, pues si bien se trata de una institución heterogénea, que resulta difícil analizar en forma unitaria, como lo expresa con todo acierto el profesor Enrique Véscovi en su ponencia general sobre el tema, presentada ante este Congreso; sin embargo, varios ordenamientos europeos consideran al propio Ministerio Público estrechamente vinculado a la judicatura, al extremo de que las dos instituciones reciben el nombre genérico de *Magistratura*, y por otra parte, debe tomarse en cuenta que el Ministerio Público colabora en forma significativa en la función jurisdiccional, por lo que los instrumentos de preparación e ingreso de los miembros de la institución, afectan profundamente la eficacia del organismo judicial.

214. En realidad, bajo el nombre de Ministerio Público que es la denominación francesa, o sus equivalentes, es decir, el *Attorney General* de los países angloamericanos y la Procuratura de los ordenamientos socialistas, se comprenden varias funciones no siempre compatibles, como son las relativas a la representación de los intereses patrimoniales de la administración – origen de la institución –, asesoramiento de los jueces, vigilancia de la legalidad y de la unidad de la jurisprudencia; tutela de los intereses sociales; y la que resulta predominante y en ocasiones oscurece a las demás, es la relativa a la investigación de los delitos y la titularidad del ejercicio de la acción penal.

215. Por todo lo anterior, el profesor Mauro Cappelletti en su excelente ponencia general presentada en el Noveno Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974), considera con todo acierto, que el Ministerio Público debe considerarse, en términos generales, como una institución intermedia entre la abogacía y la judicatura, pero estrechamente vinculada con esta última, en una situación imprecisa por su doble carácter, al menos en los países de Europa Continental, de funcionario administrativo y de magistrado judicial.¹

216. En la mayoría de los ordenamientos de nuestra época, la preparación de los funcionarios del Ministerio Público y sus equivalentes, es muy similar, y en ocasiones, idéntica, de la que se requiere para los aspirantes a la judicatura, como ocurre respecto de los institutos o centro de formación profesional de carácter universitario y con las Escuelas Judiciales, pero en cambio la designación, si bien puede coincidir, como es el caso de Italia, cuya Constitución de 1948 equipara en todos los aspectos al Ministerio Público con la judicatura², es

1. Cfr. Mauro Cappelletti, *The Role of the Ministère Public, the Procuratura and the Attorney General in Civil Litigation, with a Glance at other Forms of Representation of Public Interest in Civil Proceedings*, en el volumen en colaboración con J. A. Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-Dobbs Ferry, New York, 1975, pp. 25-86.

2. Es importante destacar que el artículo 127 de la Constitución italiana de 1948 dispone que el Ministerio público goza de todas las garantías establecidas respecto a él en las normas sobre el ordenamiento judicial, y por lo tanto, establece claramente su independencia frente al ejecu-

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

variable debido a una mayor intervención de los Ministros de Justicia, considerados como los superiores jerárquicos de la institución, en vista de que esta última posee las características de unidad, indivisibilidad y jerarquización, que en cierta manera menoscaban su independencia respecto del ejecutivo.

217. En los países socialistas la Procuratura se considera un organismo independiente tanto del gobierno como de los tribunales, pero está sometida en su nivel más alto, al Soviet Supremo o a la Asamblea Popular, que efectúa la designación del Procurador General por un período mayor que el que se otorga a los magistrados de las Cortes Supremas, pero los procuradores de las instancias inferiores son nombrados ya sea directamente por el Procurador General o con su intervención, de manera que dependen jerárquicamente del primero; confiriéndose a la institución en su conjunto, facultades más amplias que las de sus colegas occidentales, por lo que concierne a la vigilancia de la legalidad socialista y a la impugnación de resoluciones judiciales, inclusive con autoridad de cosa juzgada, todo ello en beneficio del referido principio de legalidad.¹

218. En los ordenamientos latinoamericanos predomina la: configuración del Ministerio Público de acuerdo con el modelo francés, pero combinado con la tradición española del Ministerio Fiscal y la influencia, en sus más altos niveles, del *Attorney General* del sistema estadounidense; por lo que su preparación es la misma que corresponde a los aspirantes de la judicatura, pero en cambio existe anarquía respecto a su designación y encuadramiento, ya que en algunos ordenamientos, el nombramiento lo efectúa el cuerpo legislativo²; en otros se realiza por concurso de méritos, en la misma forma que los miembros de la judicatura³; y finalmente, predomina la designación, y por tanto, la dependencia, por el departamento ejecutivo, especialmente en los niveles más altos.⁴

219. Estimamos que para una correcta colaboración del ministerio público con los tribunales, debe perfeccionarse la corriente que actualmente se manifiesta en algunas Cartas Fundamentales de las provincias argentinas⁵, y con mayor claridad, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, expedida en 1963, con

tivo y su paralelismo con la judicatura, cfr. Vincenzo Vigoritti, *The Role of the 'Ministère Public' in Civil Proceedings: Italy*, en el volumen: *Rapports Nationaux Italiens, Italian National Reports, au IXè. Congrès International de Droit Comparé, Teherán, 1974*, Milano, 1974, pp. 269-274.

1. En esta materia existe una bibliografía muy amplia, por lo que nos limitaremos a señalar el libro clásico de Glenn G. Morgan, *Soviet Administrative Legality. The Role of the Attorney General's Office*, Standford, California, 1962, pp. 133-251.

2. Como ocurre, por ejemplo, con el Fiscal General de la República de Venezuela, que es designado por las Cámaras del Congreso, en sesión conjunta, de acuerdo con el artículo 219 de la Constitución Nacional de 1961.

3. Podemos citar como ejemplos, al menos respecto de los agentes del Ministerio Público en Brasil y en Colombia, de acuerdo con los artículos 95, fracción la. y 96, y 162, respectivamente, de las Cartas Fundamentales de estos países.

4. Esto ocurre con las posiciones más elevadas del Ministerio Público, generalmente a cargo del Procurador General, y al respecto podemos mencionar, en vía de ejemplo, a Bolivia, artículo 129 (ton el nombre de Fiscal General); Brasil, artículo 95; Guatemala, artículo 22, y México, artículo 102.

sus reformas posteriores¹; en el sentido de que el propio ministerio público forma parte del organismo judicial, con las mismas garantías que se confieren a la judicatura, la que, por otra parte, es la orientación del ordenamiento constitucional italiano, según se ha visto.

VIII. Resultados obtenidos y propuestas de reforma

220. No pretendemos en esta oportunidad realizar un balance de los resultados logrados con los sistemas actuales de preparación, selección y nombramiento de los jueces, respecto de los cuales hemos intentado un examen muy superficial, sino destacar en términos muy generales, la inquietud de juristas y legisladores, para descubrir instrumentos más adecuados para las exigencias contemporáneas, cada vez más apremiantes, de una judicatura que se ajuste a las vertiginosas transformaciones que han recibido las relaciones jurídicas de nuestra época y que forzosamente repercuten en las funciones judiciales, como lo hicimos notar en la Introducción de este trabajo, tomando en cuenta, además, la aguda observación de Mauro Cappelletti, sobre el proceso moderno como un fenómeno social de masas.²

221. Lo anterior obliga a una cuidadosa revisión de los procedimientos actuales, ya que se advierte una gran inquietud en todos los tratadistas y legisladores por descubrir instrumentos más adecuados a las exigencias contemporáneas, si se toma en cuenta que inclusive en los países en los que la judicatura goza de un gran prestigio, como Inglaterra, se ha efectuado una reestructuración importante debido a las leyes de 1969 y 1971, especialmente la última, que introdujo la llamada *Crown Court* como un organismo judicial en materia penal, desdoblado en los grandes centros de población.³

222. Una situación significativa que debemos destacar es la que se ha presentado en el ordenamiento francés, ya que la reorganización fundamental de los tribunales efectuada en 1958, coincidió con la creación paralela del entonces Centro Nacional de Estudios Judiciales, a través de disposiciones expedidas en los años de 1958 y 1959, lo que nos demuestra la preocupación del legislador francés por coordinar métodos más eficaces de formación y selección de los aspirantes a la judicatura, con la nueva estructura del organismo judicial, aspectos que se encuentran estrechamente relacionados, ya que la mejor prepa-

5. En forma expresa, incluyen a los funcionarios del ministerio público dentro del organismo judicial, las Constituciones de las Provincias del Chaco, 1957, artículo 165; La Pampa, 1960, artículo 81; Misiones, 1958, artículo 142, y Río Negro, 1957, artículo 124; cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, Buenos Aires, 1962, pp. 112, 192, 217 y 281-282, respectivamente.

1. El artículo 330 del citado ordenamiento dispone: 'El Ministerio Público es un organismo que integra el Poder Judicial, con las atribuciones que señala la presente ley.'

2. Cfr. Mauro Cappelletti, *El proceso como fenómeno social de masas*, en su *Proceso, ideologías sociedad*, 1974, cit., *supra* nota 14. pp. 131-138.

3. Cfr. René David, *Le droit anglais*, 3a Ed., Paris, 1975, pp. 25-39.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

ración de los nuevos jueces permitirá el perfeccionamiento de la función jurisdiccional.

223. En tal virtud, si bien puede afirmarse que se advierten resultados favorables en los ordenamientos en los cuales se han establecido nuevos métodos para la preparación, selección y nombramiento de los jueces, estos instrumentos son todavía recientes, habida cuenta que los cursos especializados, las Escuelas Judiciales y las comisiones asesoras, se crearon en esta segunda postguerra, y algunos en los últimos años, por lo que se requieren estudios más profundos para continuar con ese movimiento, e inclusive instrumentar procedimientos todavía más eficaces con el propósito de superar la preocupación que actualmente existe sobre la eficacia de la administración de justicia.

224. En esta dirección debe prestarse atención a los proyectos y propuestas que se han presentado recientemente para modificar los sistemas tradicionales o mejorar los que se han implantado con posterioridad, como el proyecto formulado por el Presidente Carter, de acuerdo con la información proporcionada por el profesor Schwartz, para modificar el método tradicional de selección y designación de los magistrados de la Suprema Corte Federal, que coincide hasta cierto punto con la presentada por el profesor William Beaney de la Escuela de Derecho de Denver, sobre la creación de una comisión nacional para calificar y vigilar a los jueces federales.

225. También podemos señalar como significativas las recomendaciones del grupo de trabajo presidido por el Abogado General ante la Corte de Casación de Bélgica, según el informe del doctor Piret, presentadas en el mes de marzo de 1976 y que tienden a perfeccionar los instrumentos actuales como medidas concretas que tienen similitud con las establecidas en otros ordenamientos, tales como la práctica (*stage*) remunerada para los aspirantes a la judicatura, en cierto modo como la que existe en Francia para los alumnos de la Escuela de la Magistratura, y la creación de una Comisión Asesora para calificar los méritos de los candidatos, que puede equipararse a las que funcionan en la República Federal de Alemania y en algunas Entidades Federativas de los Estados Unidos.

226. Las reflexiones provocadas por el superficial balance que hemos hecho sobre los instrumentos de formación y nombramiento de los jueces nos llevan a la convicción de que tales procedimientos tienen como propósito esencial, ya sea conciente o inconciente, la humanización de la función jurisdiccional y no exclusivamente su eficacia técnica, y por otra parte también observamos el decaimiento de los métodos tradicionales de la participación popular en el funcionamiento de los organismos judiciales, ya sea a través de la elección de los jueces, o bien por conducto de la participación de jurados populares o asesores al lado y en colaboración con los jueces profesionales, pues resulta una ilusión estimar que se puede lograr la humanización de la justicia con la participación de los jueces legos, ya que la experiencia nos señala que por un lado, es frecuente que los jurados populares actúen con un criterio puramente emocional que nada tiene que ver con la verdadera justicia, y cuando se trata de asesores, los mismos en la mayoría de los casos se someten a la opinión de

los jueces profesionales, debido a la complejidad técnica de las controversias, y en cuanto a los representantes sociales de los órganos paritarios, como ocurre en numerosos ordenamientos respecto de los tribunales laborales, y de la seguridad social, al sustentar tendencias opuestas se neutralizan y termina también por decidir el juez profesional, pues tales representantes sociales configuran lo que con todo acierto denomina Niceto Alcalá-Zamora 'jueces defensores'.¹

227. Queremos concluir estas meditaciones superficiales con la reiteración de nuestro convencimiento de que la transformación de los tribunales modernos para lograr un sentido de justicia social, y por tanto, la humanización de la función jurisdiccional, descansa en gran parte en los mecanismos de la formación, selección y nombramiento de los jueces profesionales, para lo cual es preciso que se incluya una mayor conciencia social en los estudios jurídicos, particularmente en los que se dirigen a la especialización en las funciones judiciales, por conducto de disciplinas que no sean exclusivamente jurídicas, sino que refuercen la preparación humanística de los aspirantes a la judicatura; y posteriormente esta capacitación debe coordinarse con métodos más eficaces de selección y nombramiento de los juzgadores, los cuales deben ser objeto de una preparación permanente y de una vigilancia constante, no sólo por razones disciplinarias, sino para organizar una verdadera carrera judicial; pero todo lo anterior debe incluir el ingreso directo a la judicatura de miembros de otras profesiones jurídicas que lleven un nuevo espíritu a los jueces de carrera, particularmente a los de los tribunales supremos, en los cuales el concurso de los profesores universitarios ha sido muy fructífero, como se ha podido observar en las Cortes Constitucionales de Italia y de la República Federal de Alemania.

228. En el fondo de todo este movimiento de transformación que impregna a todas las instituciones jurídicas, inmersas en los grandes cambios sociales de nuestra sociedad actual, por lo que se refiere a la función jurisdiccional, se encuentra el cambio radical en la figura del juez que de un personaje insignificante frente a la majestad de legislador durante buena parte del siglo XIX, se ha transformado lenta pero inexorablemente en el actor central del drama capital del derecho: la justicia. En el mundo angustiado en que vivimos, resuena el eco de las profundas palabras del ilustre Francesco Carnelutti: 'El juez es la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces'.²

IX. Conclusiones

229. De lo expuesto con anterioridad, podemos formular las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en sus *Estudios de Teoría General e historia del proceso (1945-1972)*, México, 1974, tomo I, pp. 252-253.

2. *Diritto consuetudinario e diritto legale*, en 'Rivista di Diritto Processuale', Padova, octubre-diciembre de 1963, p. 520.

SELECCION Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

230. En cuanto a la *preparación* de los aspirantes a la judicatura:

a. Primera. Son insuficientes los sistemas tradicionales de formación de los candidatos al ingreso en las funciones judiciales, debido a la creciente complejidad de los conflictos jurídicos, por lo que son aconsejables, en aquellos ordenamientos en los que no se hubiesen implantado, los cursos de especialización de carácter universitario y posteriormente, el establecimiento de Escuelas Judiciales, en las cuales, además de las enseñanzas técnicas y prácticas de carácter jurídico debe fortalecerse la formación humanística de los aspirantes, a fin de que estén capacitados para aplicar las disposiciones legislativas con un espíritu de justicia social.

b. Segunda. El ingreso por examen a las Escuelas Judiciales debe hacerse por conducto de un sistema de práctica (*stage*) remunerada a fin de que los aspirantes de escasos recursos, que tengan vocación y aptitudes, puedan acceder a la formación del personal judicial.

c. Tercera. Las Escuelas Judiciales no deben limitarse a la preparación de los aspirantes a la judicatura, sino que deben propiciar la actualización y el perfeccionamiento permanente de los jueces en funciones, no sólo a través de cursos continuos, sino esencialmente por conducto de grupos de trabajo, reuniones periódicas y trabajos de investigación de los juzgadores.

231. B. Por lo que respecta a la *selección y nombramiento* de los jueces:

a. Cuarta. Se recomienda la desaparición paulatina de los sistemas de elección popular, ya que se ha demostrado su ineficacia, sustituyéndose por un sistema adecuado de designación, ya sea a través de exámenes de oposición o concursos de méritos, o por conducto de comisiones que califiquen la capacidad de los candidatos, a fin de que dichas comisiones asesoren a los órganos que deban hacer los nombramientos, evitando hasta donde ello sea posible la influencia de factores políticos o personales.

b. Quinta. Es conveniente reservar un número razonable de plazas en todos los niveles de la judicatura para el ingreso directo de otros profesionistas jurídicos, con el objeto de evitar la formación de una casta judicial hermética, pero los nuevos miembros de la magistratura estarían obligados a participar en el perfeccionamiento permanente a cargo de las Escuelas Judiciales.

c. Sexta. Los tribunales supremos, en especial aquellos que tienen a su cargo la justicia constitucional, deben integrarse no sólo con los miembros de la judicatura pertenecientes a la carrera judicial, sino también con juristas que tengan experiencia en la vida pública y con profesores de derecho y de ciencias políticas, ya que dichos tribunales efectúan una función de interpretación constitucional, la que requiere de una particular sensibilidad, como lo ha demostrado la experiencia de las Cortes Constitucionales de Italia, Austria y la República Federal de Alemania, y desde hace mucho tiempo, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.

232. C. *Promoción y vigilancia:*

a. Séptima. Los sistemas de promoción y vigilancia deben vincularse con la

carrera judicial y con la inamovilidad de los jueces, con el fin de otorgar o perfeccionar las garantías de independencia y estabilidad de los magistrados, pero combinando estos instrumentos con la fijación de una edad de retiro forzoso, prorrogable en casos excepcionales, para evitar la decadencia física e intelectual de los juzgadores.

b. Octava. El control de la actividad de los jueces, en vista a su promoción o sanciones disciplinarias, debe estar a cargo de una comisión técnica en la que predominen los funcionarios judiciales, o mejor aún, por un órgano similar al Consejo Superior de la Magistratura, siempre que implique también el predominio de los miembros de la judicatura, y con la posibilidad de que participen representantes de otros sectores de los órganos del poder, de los abogados y de los justiciables. Pero su implantación requiere de un estudio cuidadoso de la situación sociopolítica del ordenamiento en el cual pretenda introducirse.

233. D. *Ministerio Público:*

Novena. Como el Ministerio Público es una institución estrechamente vinculada con la judicatura, en cuyas funciones colabora en forma esencial, la preparación, selección y nombramiento de sus integrantes debe efectuarse a través de instrumentos similares a los que se aplican a los jueces, procurando su independencia del organismo ejecutivo, al cual ha estado sujeto tradicionalmente, y por ello resulta recomendable la solución del ordenamiento italiano, que ha integrado el Ministerio Público al organismo judicial, particularmente en cuanto a sus garantías de autonomía y estabilidad.

SELECTION AND APPOINTMENT OF JUDGES

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. H. FIX ZAMUDIO

(Mexico)

I. *Introduction.* After analyzing the changes which have taken place in the jurisdictional function, which resulted from the increasingly overwhelming and dynamic needs for social change, the general presentation summarizes the national reports as well as the regional reports which were received. These are dealt with in the alphabetical order of their authors, therefore embracing the legal orders of Brazil, the socialist countries of Eastern Europe, Mexico, Peru, Colombia, Japan, Egypt, Belgium, the United States, Korea, Ecuador, Uruguay and the Federal Republic of Germany.

II. *Preparation.* Considered within this item are the pedagogic and didactic instruments which have been established for the legal preparation of those aspiring to the judiciary and, in some cases, those instruments which are directly aimed toward their specialized training in judicial activities. That is why reference is made both to *university studies*, which in many legal orders is set as the only requirement since, once the professional degree has been obtained, it is possible with it to enter the judiciary, as well as to *professional practice*, which is required in some countries as a condition not only to become a candidate to the judiciary but even to practice any legal profession. This happens, for instance, in the Federal Republic of Germany. More emphasis is put in the examination of the *schools of professional training* or of the *institutes of judicial studies* at Spain and French universities, which are aimed at the specialization of aspirants. However, in a preferential way, attention is given to *Judicial Schools* organized in France, Spain and Japan which serve as immediate background to the appointment of judges in the first levels of the judiciary.

III. *Selection.* It is not easy to set the limits of the institution of appointment or selection of judges in itself, but for the purposes of this study an analysis is made of the requirements and conditions which must be met by the most adequate candidates for their entry to the judiciary, so that the competent organs may decide on their appointment. In this respect, two essential procedures have been

followed. First, the *official examinations*, which some times are common to all legal professions, as is the case of the Federal Republic of Germany and Japan. However, in other legal orders, such as those of Spain and France, those examinations are aimed directly to the entry to the judiciary. Secondly, the system of *contest of merits* (concurso de méritos) or *exams by opposition* (exámenes de oposición) to initiate the judicial career.

IV. *Appointment*. Even when in the castillian language the expressions 'election', 'designation' and 'appointment' are used as if they meant the same, it is important to make a distinction. For this reason, in the presentation the term 'appointment' is used in the generic sense, regarding the other two in the specific sense, since they are the traditional procedures.

The procedure of *election* has predominated in many federal entities of the United States, but with a tendency to diminish. This has also happened in the socialist countries. In both cases, however, exception is made in the case of all federal judges. On the other hand, the *designation* has prevailed as a procedure in Western Europe, England, most of the Anglo-American legal systems as well as in Latin America. However, there is today a clear tendency to the *mixed systems*, which tends to combine popular election with a previous selection by assessment commissions. This is what has occurred in the United States with the so-called Plans of Missouri and California. In relation with the designation in a strict sense, there is a tendency which pretends to coordinate it with specialized studies and also with assessment commissions.

V. *Promotion and vigilance*. Even when these matters do not strictly belong to the subject, they are closely linked with the matters dealt with in the presentation. That is why attention is given to the methods relating to the *judicial career*, as well as the *periodicity* and *inamobility* as methods of admission and promotion. The growing tendency to the establishment of *judicial commissions* (California) or *disciplinary tribunals* (New York, Republic of Colombia) are considered. Also, and with emphasis, the *Superior Council of the Magistrature* which appeared in France in 1946 to intervene in the appointment, vigilance and control of judges, and which has spread to Italy (1948), Turkey (1961), Colombia (1955), the Argentinian province of El Chaco (1957), Venezuela (1961) and Peru (1969)

VI. *The Ministerio Publico* and its equivalents, the *Attorney General* of the Anglo-American systems and the *Procuratura* of the socialist countries, collaborate very closely with the jurisdictional function. For this reason, the instruments for their preparation, selection and appointment influence the functioning of tribunals in such a manner that it is necessary to adopt a criteria of greater independence of this institution from the Executive, particularly in the countries of Western Europe. For this, it is convenient to follow the Italian system, which integrated the public prosecutor or *Ministerio Publico* to the judicial apparatus, mostly for its guarantees of independence and stability.

**TAREAS DEL MINISTERIO
PUBLICO EN EL PROCESO CIVIL**

**TASK OF THE PUBLIC PROSECUTOR IN
CIVIL PROCEDURE**

PROF. DR. E. VESCOVI

(Montevideo)

SUMARIO

I.	El ministerio publico. Concepto. Aspectos generales y de organizacion	463
1.	El tema y su entorno. Plan del Relato	463
2.	El Ministerio Público. Breve referencia histórica	464
3.	La organización del Ministerio Público	465
4.	Los principios que rigen la organización y actividad del Ministerio Público	468
5.	El carácter de magistrados de los miembros del Ministerio Público	470
II.	Las funciones del ministerio público.	471
6.	Las funciones del Ministerio Público en general	471
7.	Las insuficiencias del Ministerio Público en la defensa de los intereses colectivos	475
8.	La insuficiencia del Ministerio Público en la defensa de los intereses difusos y los de los grupos intermedios	477
9.	Otras instituciones en defensa de los intereses colectivos: el Ombudsman	478
10.	Otras soluciones en el campo del 'Common Law': relator actions y class actions	479
11.	La defensa de los intereses difusos por organizaciones sociales intermedias	480
III.	Los aspectos procesales de la intervencion del ministerio publico en el proceso civil	482
12.	Las formas de intervención del Ministerio Público en el proceso civil	482
13.	Los diversos problemas procesales que plantea la intervención del Ministerio Público en el proceso	485
IV.	Conclusiones.	488

I. El Ministerio Público. Concepto. Aspectos generales y de organización

1. EL TEMA Y SU ENTORNO. PLAN DEL RELATO

El tema puesto a consideración del Congreso es el de las '*tareas del Ministerio Público*'. No obstante su entorno está encuadrado por la idea de una *humanización de la Justicia* que lo tiñe de un contenido especial.

El tratamiento de la cuestión propuesta se encuentra ubicado dentro del *proceso civil*, al menos entendido como el 'no penal', lo que encierra una primera limitación. Especialmente cuando el Ministerio Público, en los países del 'civil law' y el 'Attorney General', su institución homóloga, en los del 'common law', realizan sus funciones, fundamentalmente, actuando como el 'public prosecutor' en el proceso penal.

Como veremos, históricamente, representa una evolución la intervención en el proceso civil, especialmente en cuanto al aumento de ésta (Infra Cap. II) que responde, justamente, a la defensa del interés social ('colectivo', 'general'...) en el proceso.

No obstante esa evolución, en especial la que se observa en los países socialistas, la institución demuestra su insuficiencia, según la mayoría de la doctrina, para cumplir esa tarea.

Es entonces, dentro del marco de la *Humanización de la Justicia* (y en el proceso civil) que aparecen otras instituciones que cumplen esa finalidad esencial. Puede ser un funcionario especial (el 'ombudsman'), un particular (caso del 'relator actions') o ciertos cuerpos intermedios. Este da origen a un fenómeno de gran importancia desde el punto de vista social y de la política general del Derecho y también desde el plano procesal, que no puede dejar de ser examinado en este Relato ni, a nuestro juicio, en este Congreso.

Consideramos que es de la única manera que puede abarcarse el tema del Ministerio Público, habida cuenta que su principal función en el proceso civil es la de representar 'la causa pública' y en especial cuando nos encontramos en un Congreso realizado bajo la trascendente invocación de la Humanización de la Justicia.

Continuamos en este derrotero, el trazado ya en el Congreso de Derecho Comparado de Teherán (en 1974), siguiendo las directivas del relator Mauro Cappelletti, cuyo trascendente relato nos sirve de guía fundamental.¹ En especial que,

1. Nos referimos al Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Teherán, del 27 de setiembre al 4 de octubre de 1974 y al relato del ponente general, publicado conjuntamente con el trabajo del encargado del tema del papel activo del Juez: *Mauro Cappelletti y J. A. Jolowicz*. 'Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation'. Milano, Giuffrè. New York, Oceana, 1975.

Inclusive, en nuestro sumario para los relatores nacionales, indicamos como referencia dicho trabajo.

atento a la brevedad del tiempo, no hemos podido contar con relatos nacionales comprensivos de todas las áreas y las diferentes familias procesales.

En consecuencia, bajo la advocación de la Humanización de la Justicia, en el tema de las tareas del Ministerio Público, en un Congreso referido al proceso civil, nos proponemos considerar en primer lugar la institución en sí, su organización y los principios que la rigen. Luego las funciones del M.P. en toda su amplitud. Inclusive, al estudiar éstas, analizaremos otras instituciones similares, que tratan de resolver (ante la insuficiencia de este instituto) los problemas sociales de tanta importancia como la defensa, en el proceso civil, de los intereses colectivos y aún de los difusos.

Para terminar con el análisis pormenorizado de la actuación en el proceso del M.P. y los diferentes problemas procedimentales que se plantean a este respecto.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

El origen histórico de la institución (al menos el remoto) resulta discutido. Algunos autores estudian sus antecedentes griegos¹ o romanos.²

La mayoría entiende que este órgano – con funciones no sólo en el proceso civil sino en el penal, especialmente – no existe en el régimen de acusación privada y persecución de oficio. En cambio, cuando declina el sistema acusatorio, el Juez, que debe hacerlo todo, se encuentra en dificultades para cumplir su función inquisitiva adecuadamente y comienza a decaer la Justicia. Entonces el Estado que, naturalmente, encarna los intereses sociales, comienza a buscar mecanismos para evitar ese inconveniente, entre los cuales aparece el instituto.

El origen de la institución actual parece estar en el medioevo francés, en los procuradores del Rey ('gens du roi'), encargados de la defensa de los intereses del Monarca en juicio.³ La misma institución aparece en España, con el nombre de Ministerio Fiscal, con el cual ha pasado a muchos países de Latinoamérica – originada en su antigua calidad de 'Defensor del Real patrimonio' proviniendo de las épocas en que dicho patrimonio y sus intereses se confunden con los del Fisco en sentido actual.⁴

De ese país el instituto pasa a Latinoamérica, donde se consagra en las distintas

En todo caso nos parece trascendente que la ciencia procesal, especialmente en el plano comparativo, aproveche la labor acumulada y coincidente, sin mengua del afán de superación que caracteriza toda labor científica.

1. Así C. *Ayarragaray*, 'El Ministerio Público', Buenos Aires, 1928, p. 14.

2. No hay duda que en el Derecho romano se encuentran defensores de la causa pública e inclusive abogados de personas desamparadas y del propio Fisco. (más ampliamente C. *Ayarragaray* 'El Ministerio público', cit. p. 16 y ss.).

3. Conforme y más ampliamente: *Michèle Laure Rassat* 'Le ministère public entre son passé et son avenir' Paris, 1967, p. 13/16. Esta autora rechaza la vinculación entre el instituto y los 'procuradores caesaris' romanos (p. 11).

4. Vide: *Fairen Guillen* 'El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil' en Rev. Gen. de Leg. y Jurisp. p. 656. Y 'La situación actual del Ministerio Fiscal' en Rev. Arg. Der. Proc. 1972 N° 2, p. 161. También *Ruiz Gutierrez* 'Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Fiscal' en Rev. Der. Proc. Madrid, 1953, III, p. 408.

TAREAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO CIVIL

legislaciones, inspirándose, especialmente, en los países modelos (fuera del de España) en esta materia: Francia e Italia.

En Francia, donde el instituto sigue su desarrollo, se organizó con independencia ante cada jurisdicción¹, especialmente ante las jurisdicciones represivas, pero también en materia civil, donde se le atribuye, como función, 'la protección de los débiles y la salvaguardia del bien público', comenzando la distinción en su actuación, como parte principal o 'partie-jointe', que luego analizamos.

Por lo demás en Italia, el instituto sigue también un interesante proceso que, en especial, la doctrina estudia y desarrolla sirviendo de inspiración a la de la mayoría de los países del área del 'civil law'.²

Es necesario, a los efectos de esta breve reseña, señalar el desarrollo que, en los países del common law – en forma simultánea – tiene una institución que puede parangonarse a la del Ministerio Público: el Attorney General, con especial intervención en los procesos penales, siempre defendiendo la causa pública.

También es interesante – ya en las épocas contemporáneas – señalar en este esbozo histórico, el desarrollo de la institución en los países socialistas, entre los cuales cabe mencionar, por ser el modelo de los demás, a la Unión Soviética, cuya Constitución, en el Art. 113, establece: 'El control supremo del cumplimiento exacto de las leyes por todos los Ministerios y las instituciones que les están subordinadas, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos de la URSS, incumbe al Fiscal de la URSS' iniciando, así, un muy amplio desarrollo de las funciones del Ministerio Público (o su institución semejante).³

Y, como dijimos, respondiendo a la misma necesidad social que, en nuestros países, tiende a ampliar las funciones del M.P. – entre otras en el proceso civil, que es el que nos ocupa – aparecen otras instituciones públicas o privadas que no podemos dejar de mencionar. (Infra 9/11).

3. LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El estudio comparado nos muestra que el Ministerio Público, en la mayor parte de los países, está en la órbita del Poder Ejecutivo. En muy pocos integra el Poder Judicial (aun cuando pueda ser nombrado por el Ejecutivo). En algunos otros, de número cada vez más creciente, aparece como una organización autónoma e independiente.

En general se organiza como una institución jerarquizada entre sí, es decir que hay un Ministerio Público Superior (generalmente la Procuraduría General o el Procurador del Estado...) y luego otros funcionarios que ejercen su actividad estando subordinados a éste, pese a la relativa independencia (técnica).

La dependencia del Poder Ejecutivo está, podemos decir, en el propio origen de

1. *Francisque Goyet* 'Le ministère public' Paris, 1953.

2. *V. Vigoriti* 'Il pubblico ministero nel processo civile italiano'. Estr. della Riv. Dir. Proc. 1974, N° 2, p. 296 y bibliografía allí citada.

3. V. especialmente 'La participación del Fiscal en el procedimiento civil soviético' en 'Derecho Procesal Civil Soviético' p. 110 y ss. Publ. del Inst. de Invest. Jur. U.N.A.M. México, 1972.

la institución ('Agents du Roi') y se perpetúa a través de lo que constituye la función de vigilancia que ejerce la Corona sobre los jueces, en casi toda la primera época y en muchísimos sistemas, actualmente.

Aparece, entonces, como el representante del Ejecutivo ante la autoridad judicial. El relator austríaco Von Walter Rechberger lo coloca como subordinado al Ministerio de Justicia.

Sin embargo la evolución nos demuestra a nuestro juicio, en una apreciación muy general, que existe la tendencia a colocar al Ministerio Público en una situación intermedia entre el Poder Judicial y el Ejecutivo (y separado de ambos) y a sus miembros en una situación similar a la de los Magistrados, con el fin, principal, de garantizar su independencia del Poder Ejecutivo.

Así sucede en el área del 'civil law', tanto en Europa como en América. Inclusive, una parte de la doctrina, lo suele considerar un cuerpo intermedio.

Se puede tomar como ejemplo la evolución italiana, donde hasta 1946, tiene aquella situación de dependencia, pero luego y en especial después de la Constitución de 1948 se rompe ese lazo¹ y se consagra una situación de autonomía del Ministerio Público frente al poder Ejecutivo

La doctrina francesa más reciente va interpretando la legislación en el mismo sentido, reaccionando contra la tesis tradicional. En efecto, se señala que el M.P. se ha transformado más que en el 'Agente' del Poder Ejecutivo, en representante de la Sociedad ante el Poder Judicial² lo que, ya se habría, en algunos aspectos consagrado en la época de la Revolución.³

En España la situación se presenta confusa, dice el relator nacional Mariano Fernandez Martín-Granizo, 'por cuanto, no obstante encontrarse integrado (el M.P.) en el Ministerio de Justicia, al igual que acontece con la Carrera Judicial, no puede, sin embargo, decirse, que sea un órgano estrictamente jurisdiccional, al menos en el más exacto sentido de la palabra, mereciendo, a los efectos de la 'organización', el calificativo de 'híbrido jurisdiccionalejecutivo'. Agrega que el Fiscal español se encuentra integrado en el ámbito de la administración de Justicia y merece el nombre de 'magistratura'. También, a veces se le trata, en las normas legales como 'órgano de comunicación entre el Gobierno y los Trinales de Justicia'. Otro ponente español Alfonso Pérez Gordo recalca que la sumisión es,

1. Conforme: *V. Vigoriti* 'Il pubblico ministero...' cit. p. 297. *M. Cappelletti* 'Public interest...' cit. p. 30.

2. *M. L. Rassat* (*Le ministère...* cit.) considera al M.P. como agente titular de la soberanía. Razona diciendo que, si en el antiguo Derecho eran los agentes del poder real ante los tribunales (por delegación), ahora, que la soberanía reside en la Nación, 'les officiers du Ministère Public sont donc et ne peuvent donc être que les représentants de la nation, et c'est par le fait d'un erreur evidente que la doctrine soutient encore unanimement qu'ils sont les agents du pouvoir exécutif auprès les tribunaux' (p. 141). Aparecería, entonces, como un 'représentant de la société auprès des tribunaux...' (p. 143).

3. Así la propia *Rassat* transcribe una circular del Ministerio de Justicia de 1790 que indicaba: 'Les officiers du ministère public sont des magistrats attachés aux divers corps judiciaires et qui ont pour mission d'y défendre les intérêts de la société en veillant a l'exécution des lois' ('Le ministère...' cit. p. 142).

no al Gobierno, sino al Estado, a quien sí está sometido en todos los órdenes de actuación. Estima que no es necesario reclamar contra una sumisión (al P.E.) que no existe, ni aparece en ninguna norma de Derecho positivo, ni, ante ese temor, pueden llevarse las pretensiones al extremo de 'concebir un Ministerio Fiscal a modo de un cuarto poder, que sería el fin más trágico que podría tener la propia institución'.

La misma tendencia puede notarse – con excepciones – en el área latinoamericana, donde inclusive, en Congresos, se ha proclamado esa autonomía e independencia del Poder Ejecutivo.¹ Especialmente del Ministerio Público, separado del Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado.²

En esta área, debemos recordar, como lo hace el redactor colombiano Hernando Morales Molina, que durante la Colonia los Fiscales integraban el Poder Judicial, conforme a las normas según 'las cuales los Fiscales de las Audiencias formaban parte de éstas, al punto de que entraban a llenar las vacantes de los vocales en ciertos casos y causas'.

Por eso, en algunos de nuestros países, al volverse independiente, se estableció, inclusive, la elección de los Fiscales por el Poder Judicial. Sin embargo, prontamente, predominó la tendencia a incluirlos dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, aunque fuera en lo administrativo.

Podemos decir, entonces, que la moderna tendencia que destacamos, responde a una curiosa involución, tratando de garantizar la independencia del M.P. del Poder Ejecutivo que, en unos casos, lo trata de volver (o mantener) dentro del Poder Judicial (tal como sucede en la República Argentina, por lo menos para el Procurador General de la Nación y Fiscales de Cámara)³ o, de colocarlo fuera de los dos poderes, constituyendo un órgano independiente.

Resulta notable señalar, como coincidencia, que en la familia de los países socialistas se nota la misma posición: crear un organismo independiente.

El relator de la Universidad de Budapest, profesor Lászlo Névai, que analiza el sistema socialista, en especial de Hungría, señala que se trata de 'an autonomus institution'. Y agrega: 'The procurator's Office is not the part of the organisation

1. Especialmente ver Conclusiones y Ponencias al III Congreso Interamericano del Ministerio Público celebrado en ciudad de México en 1963.

2. V. ampliamente informes al Congreso Interamericano (Supra p. 467 nota N° 1). V. también el trabajo para ese evento, del entonces Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, Dr. Guido Berro Oribe. También de este autor: 'Ministerio Público, Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado' en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 62, p. 75. – Montevideo; 1964.

3. En la República Argentina, tradicionalmente, en el llamado Ministerio Fiscal, siguiendo la denominación española, se nota una separación. En el orden nacional, donde el M. F. ejerce funciones de defensa de la causa pública y de la hacienda pública, hay una dualidad: el Procurador General de la Nación y los Fiscales de Cámara son designados por el P.E. con acuerdo del Senado (igual a los Jueces) y se desempeñan dentro del Poder Judicial; los demás (Procuradores o Agentes Fiscales) son designados por el P.E. – sin acuerdo – y dependen de él. En el orden provincial, en cambio (on la mayoría de las Provincias) forman parte indudablemente del Poder Judicial, inclusive son designados por el Senado (de una terna propuesta por el P.E.) y tienen independencia (inamovilidad...).

of the administration of justice, nor is it subordinate to the Minister of Justice. The Procurator's Office is an independent agency in the socialist political organisation.'

Es ésta la característica general de la institución en los países de esta área, en especial los que siguen el modelo del Código soviético. (Y las Bases de la legislación civil y del procedimiento judicial civil soviéticos).¹

El estudio comparativo realizado, no en función de simple equivalencia mecánica, sino en la búsqueda de la solución típica, que responde a una necesidad social² nos conduce, entonces, a la conclusión de que existe una importante tendencia (aún no manifestada claramente en todos los países) hacia la organización del Ministerio Público como una entidad autónoma ajena a los tres Poderes tradicionales, como mejor forma de cumplir su importante misión. Con la aclaración, que esto supone, que se trata exclusivamente del Ministerio Público, del defensor de la causa pública, no del Abogado del Estado o aún del Fisco, que actúa bajo dependencia del Ejecutivo.

Ahora bien, en lo que se refiere a la *organización interna*, podemos señalar una coincidencia general que surge de los relatos nacionales y del estudio de sistemas de los distintos países (de las diversas áreas): existe, aquí sí, una organización jerarquizada, en cuya cúspide se coloca al Procurador General del Estado (Procurador Jefe...). Los funcionarios (agentes) están subordinados a ese órgano superior administrativo y a veces también, técnicamente, recibiendo directivas de actuación.

4. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ORGANIZACIÓN Y ACTIVIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

Resulta de interés, para completar la idea de organización y funcionamiento, este análisis.

a. Principio de unidad

Este principio, como dice el relator colombiano (Hernando Morales Molina) supone que cualquiera de los agentes del M.P. lo representa al ejercer sus funciones: que, en puridad, no hay individuos sino la institución, como dice el relator español (Fernández Martín) por lo cual, lo que actúa cada uno de sus miembros es como si lo hubiera realizado el todo.

Este principio podemos afirmar que rige en casi todos los sistemas (y áreas).

1. Ampliamente: *J. Jodlowski 'Le rôle du ministère public dans le procès civil'* (en droit polonais).

2. Es la solución que se ha utilizado en la redacción de los diversos temas para la *International Encyclopedia of Comparative Law* Vide artículo del *Prof. Drobnig* en *der Festschrift for Max Rheinstein*, Vol. 1, p. 231/33, en su traducción en inglés, repartida entre los colaboradores de la *Enciclopedia*. Separata de *Cornell Law Journal*, 1972, Vol. J. N° 2, p. 113 y ss., esp. p. 13/24.

b. Principio de indivisibilidad

El 'parquet' francés – y los países que siguen su organización – se caracteriza por establecer, conjuntamente con el principio de unidad, el de indivisibilidad, de modo que las actuaciones y opiniones (requerimientos...) de un funcionario del M.P. no pueden variar de las asumidas por otro de los integrantes del 'parquet'.

Este principio tiene relación – también – con el de la organización jerárquica, la dependencia y la posibilidad de recibir instrucciones.

Sin embargo, no es así en todos los países. Así, por ejemplo, en Uruguay, la disposición del Código de Organización de los Tribunales sobre la independencia del M.P., se entiende en el sentido de que no existe indivisibilidad.¹ O sea que, la conclusión que sostenga uno de los funcionarios, si bien obliga al órgano, no impide que en la misma causa (en otra instancia, por ejemplo) otro miembro del M.P. sostenga otra.

c. Principio de independencia (o dependencia)

Hemos dicho que, en la mayoría de los países, rige el principio de organización jerárquica interna. Esto lleva, en muchos, a que el Superior (del M.P.) dicte instrucciones y órdenes que llevan a concluir que los miembros del M.P. no son independientes en el ejercicio de sus funciones.

Es el principio constante del Derecho francés, de dependencia jerárquica en materia funcional, salvo la libertad que tienen los funcionarios del M.P. para actuar en la audiencia, de conformidad al enunciado, tradicional, de que 'la plume est serve, la parole est libre'.

En todo caso, en materia civil, sin perjuicio de la iniciativa propia del M.P. para actuar en defensa de la causa pública, existe la dirección de los superiores jerárquicos indicando la conducta cada vez que lo entienden necesario. Esto no ha sido modificado, sino ratificado por la nueva ordenanza de 1958, según la doctrina francesa.²

Esta solución es la que existe en la mayoría de los países del civil law y también en los del área socialista, siguiendo el principio del Derecho soviético de que la Prokuratura constituye una institución jerárquica y centralizada.³

El relator español (Perez Gordo) señala que esta dependencia jerárquica es algo así como 'la razón de la existencia' del M.P., sin lo cual 'se convertiría en un

1. Dice el art. 177 del Código de Organización de los Tribunales del Uruguay: 'El Ministerio Público es independiente en el ejercicio de sus funciones. Puede, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados como sus convicciones se lo dicten, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a la ley'.

2. Recordemos que la ordenanza de 23 de diciembre de 1958 establece: 'Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des sceaux, Ministre de la Justice... à l'audience leur parole est libre'. Más ampliamente, *M. L. Rassat 'Le ministère...'* cit. p. 106/108.

3. Conforme 'Derecho procesal civil soviético', cit. p. 112/113.

conglomerado anárquico de personas más o menos peritas en Derecho, pero sin espíritu de cuerpo y sin responsabilidad en la misión tan excelsa como la que está llamada a cumplir'.¹ Y se esfuerza – con razón y con éxito – en distinguir esta dependencia jerárquica de la independencia del M.P. del Gobierno, lo que hemos hecho ya al diferenciar la independencia externa de la interna. Aunque, por supuesto, esta dependencia facilita la del P.E., en cuanto a que éste sólo tiene que dar sus instrucciones al Procurador del Estado y éste la imparte al resto del 'parquet'.

Sin embargo tal dependencia no es unánime. Así, también en Uruguay, podemos decir que existe independencia entre los miembros del Ministerio Público (Supra nota no. 17), lo que supone una separación de éste y el Ministerio Fiscal (representante del Estado y el Fisco en juicio) a quien no se extiende la autonomía y él sí recibe instrucciones.

d. Principio de legalidad

A pesar de dicha supeditación jerárquica – y con mayor razón donde no existe – el M.P. realiza su actuación conforme al principio de legalidad. Que no podría ser de otra manera en un órgano que, entre sus funciones, tiene, justamente, la defensa de la legalidad (Infra No. 6).

Esto significa que, aun cuando haya alguna instrucción superior, cada órgano del M.P. actúa de acuerdo al conjunto de reglas de Derecho que rigen su actividad y las distintas materias en las que debe intervenir.

e. Principio de avocación

De acuerdo con él puede, el Jefe del 'parquet', avocarse al conocimiento de un asunto a cargo de uno de los agentes apartando o sustituyendo a su titular.

Algunos relatos nacionales mencionan otros principios, tales como el de imparcialidad y el de irrecusabilidad. Entendemos que ambas cuestiones atañen más bien a la función del M.P. en el proceso y allí las tratamos.

5. EL CARÁCTER DE MAGISTRADOS DE LOS MIEMBROS DEL M.P.

Siguiendo la tendencia del instituto originado en Francia y su evolución, se considera que los miembros del M.P. son *magistrados*.

En la mayoría de los países en los cuales se nota la influencia del Derecho francés, al menos en esta materia, se les da el mismo trato.

Inclusive, en algunos países latinoamericanos, como Uruguay, el Código de Organización de los Tribunales dice que las funciones del Ministerio Público y

1. Debemos señalar que en Uruguay no sucede ninguna de estas consecuencias perjudiciales que señala el relator español, pese a que se admite la divisibilidad de la actuación de los diferentes órganos del Ministerio Público.

Fiscal quedan equiparadas a las de la magistratura. Este tratamiento importa una similitud en muchos aspectos. Y se ha dado la costumbre – aunque no muy frecuente – de designar en la carrera judicial a un funcionario del Ministerio Público y vice-versa.

Lo importante es que se rodea, a los miembros del M.P., de una jerarquía similar a la de los del Poder Judicial (aunque no sean designados como magistrados en muchos países).

Constituye, quizá, un expediente para completar la jerarquía, independencia y autonomía de los agentes del M.P. y sólo como tal, puede aceptarse.

II. Las funciones del Ministerio Público

6. LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN GENERAL

En todos los países – aunque con diferencias profundas – exceden las que desempeña en el proceso civil, a las cuales debemos atenernos en este Relato, por lo cual no nos referimos a ellas.

Para realizar una exposición que tenga un valor lo más generalizado posible – en una institución con funciones tan diferentes, según las áreas y los países – comencemos por decir que el Ministerio Público, en el proceso civil, es el encargado de la *defensa del interés público* ('la causa pública') y de las *personas más desvalidas* (o carentes de defensa, incapaces, ausentes, etc.).

En tal sentido ha sido calificado como defensor del 'interés público', de la 'causa pública', de la 'sociedad', etc. Y, en esta institución en plena evolución y desarrollo, nos encontramos una infinita variedad de formas a través de las cuales realiza su aparición en el proceso civil para cumplir esta función principal y constante en todos los sistemas.

La mayoría de los relatores convienen, sin embargo, salvo los de los países socialistas, que su intervención en el proceso civil no es todo lo frecuente que cabría reclamar conforme a esa tarea. Y hay quienes sostienen que nos encontramos con una institución que muestra su total *insuficiencia* para cumplir dicha labor. (Infra N° 7).

Esto ha determinado que, inclusive, se hayan creado otros órganos estatales para cumplir la función de defensa de la causa pública y también que, en ciertas áreas la misma haya sido cumplida por particulares.

Conectada con esta primer función encontramos la de la *defensa del orden público* en el proceso civil (y en todos los procesos en general) y de la jurisdicción y competencia de los tribunales. Por eso nos recuerda el relator nacional de Colombia, profesor Morales Molina, que actúa en los juicios de reconocimiento de sentencias extranjeras (exequatur), tramitación de exhortos, así como en todos los asuntos relativos a la competencia de los tribunales.

La cuestión es fijar el concepto de 'orden público', tan variable según las épocas y los lugares, lo que determinará, también, una diversidad en la partici-

pación – en esa función – según las diversas concepciones que rijan en las distintas áreas (o países).¹

Resulta de interés señalar que, en general en el área socialista, tiene el deber de intervenir allí donde está interesada la causa pública. Y con tal motivo puede, inclusive, iniciar cualquier acción como parte (sea como parte principal o interviniente) y no sólo aquellas previstas en la ley.

Este último no es el criterio que prima en los países occidentales aun cuando, la más moderna opinión, llega a admitir un derecho a intervenir en todo caso en que dicha causa pública esté comprometida. El relator brasileño señala que en su país, en ciertos casos, más que un *poder*, tal intervención es un *deber* y su omisión acarrea nulidad de los procedimientos.

Al lado de la tarea básica y con estrecha vinculación con la misma – pese a su diferencia – nos encontramos la de colocar al M.P. como *defensor de la legalidad*. En los países socialistas aparece en primer término esta labor, lo que resulta evidente, desde que la Constitución Soviética comenzó por establecer la importante función del Fiscal de la U.R.S.S., como vimos.² Lo mismo sucede en los demás países socialistas³ siendo una característica saliente del sistema.⁴

Y las normas lo disponen y la doctrina destaca, que se trata de contribuir a la aplicación de la legalidad socialista. Así, dice el profesor Névai, relator de la República de Hungría, que ‘The Procurator takes part in civil law suits and extra-judicial procedure merely to contribute to the enforcement of socialist legality’. Y agrega: ‘This postulate is closely associated with the safeguard of public interest, the core of the Procurator’s participation in civil procedure’.

Resulta, por último, de interés destacar, en esta área, que se establece una suerte de *cooperación* del M.P. con el Magistrado para el cumplimiento de dicha legalidad.⁵

Es importante, también, la competencia que destaca el profesor Névai del M.P. ante la Suprema Corte de Justicia para el control de legalidad de sus decisiones y la uniformización de la jurisprudencia. En esa función se le llega a autorizar la suspensión de la ejecución de la sentencia civil o penal.

1. Vide: *Quintín Alfonsín* ‘El Orden Público’, Montevideo, 1952.

2. El reglamento de Alta Inspección del Fiscal de la U.R.S.S., aprobado por decreto del Presidium del Consejo Supremo de 24 de mayo de 1955, establece que la Alta Inspección del cumplimiento exacto de las leyes tiene por fin el incremento de la legalidad socialista y la protección del régimen social y económico establecido por las constituciones y los derechos políticos y laborales de los individuos y de las colectividades (instituciones estatales, empresas, koljoses, asociaciones...).

3. J. Jodlowski (‘Le rôle...’ cit. p. 24) señala que en Polonia constituye un órgano separado del Poder Ejecutivo y Judicial.

4. *René David* destaca la preocupación por rodear a la Prokuratura soviética de amplios poderes hasta el de controlar las resoluciones de los tribunales supremos (en pleno); con el fin de exaltar el principio de la legalidad y hacerlo efectivo (‘Les grands systèmes de Droit, Paris, Dalloz, 16 ed N° 175, p 219)

5. Por ejemplo, la norma húngara reza así: ‘The Procurator cooperates in that the decisions of the courts of law, conform to the law of the Hungarian People’s Republic’. Transcripción en el relato nacional del Act V. de 1972, Clause/1/ord. 10.

TAREAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO CIVIL

Esta función de ‘defensor de la ley’ aparece también, aunque mas restringida, en otros países del área del ‘civil law’. Así se puede señalar que en Francia, Bélgica e Italia y otros países, acuerdan esa función al M.P. con el fin de asegurar la correcta y uniforme interpretación de la ley en los Tribunales. Y así mismo, en alguno de estos países, se le acuerda al M.P., que corresponde al Tribunal de Casación, la función de defensor de la ley, pudiendo, en algunos/países deducir un recurso autónomo ‘en interés de la ley’.¹

En algunos países de Latinoamérica se observa la misma evolución. Inclusive, por ejemplo, en Uruguay, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se crea un Procurador del Estado en lo contencioso administrativo (independiente del M.P., pero dentro de la órbita actual del Ministerio de Justicia) cuya función se ha caracterizado, justamente, como defensor de la ley, pues el que sostiene el acto administrativo ante el Tribunal, es el abogado de la propia Administración o el Fiscal de Hacienda (Ministerio Fiscal), que representa al Estado (Abogado del Estado).

Resulta de interés, en este aspecto, destacar el sistema de la República Federativa del Brasil, con relación a la cual el relator brasileño, profesor Alcides de Mendonça Lima, recuerda la importante facultad de ejercer la acción directa de inconstitucionalidad. La que es conferida al M.P., representado en el plano federal por el Procurador General de la República y en lo estadual por el Procurador General del Estado respectivo. Inconstitucionalidad promovida por vía de acción y no ‘incidenter tantum’, que puede determinar la intervención federal en el Estado-miembro, con el fin de proveer a la ejecución de la ley federal o exigir la observancia de los ‘principios constitucionales’.

Se trata, sin duda, de un caso único que implica una de las más importantes funciones, cual es la de defensa de la legalidad (constitucional, en este caso).

Creemos que en un evento comparativo de esta índole deben señalarse esas coincidencias, las cuales, por lo demás demuestran cómo el mismo fenómeno social tiene soluciones similares en los más diversos regímenes. Y justifica estas reuniones para intercambiar conocimientos y buscar soluciones para el mejoramiento de la Justicia en función del máximo ideal: su humanización.

Lo que no significa, por supuesto, que desconozcamos las profundas diferencias – al menos actuales – entre las instituciones en sus diversas áreas y en concreto en el punto que estamos tratando, la función de defensa de la legalidad del Ministerio Público Occidental y la Prokuratura de la Europa Oriental. Comenzando porque la ‘legalidad’ a defender es distinta cuando se la concibe, por un lado, como la ‘legalidad socialista’ o la del ‘sistema socialista de la economía de la propiedad...’ y de la otra, como la existente en el ‘Estado de Derecho’. Hay quizá una diferente filosofía política tras ello, que conduce a facultar a la Prokuratura ampliamente y sin límites precisos por un lado y a reclamar como garantía de la intervención del M.P. la regulación legal expresa por el otro.

Asimismo, también, en cuanto a que la participación activa del M.P. en el

1. Conforme. *M. Cappelletti* ‘Public interest...’ cit. p. 30/31.

proceso socialista es mucho más intensa – pese a que se puede notar, también, cierto reproche por la pasividad y cierta insistencia en hacerlo en forma más efectiva – que en el campo occidental, en el cual la intervención del M.P. en el proceso civil, en defensa del interés público – en general – resulta deficitaria e insuficiente.¹

Al lado de estas funciones más generales encontramos, también en ambas áreas, *la defensa del M.P. de las personas incapaces* o aquellas por alguna razón imposibilitados de salvaguardar sus derechos (ausentes, etc.).

En ésta una de las primeras tareas que todos los regímenes han encomendado al M.P. en el proceso civil. Los relatos nacionales, cumpliendo con el programa establecido de antemano por el Relator General, han hecho una enumeración de estas funciones, en detalle, en cada uno de sus respectivos países. La tiranía del espacio no nos permite reproducirlas, pero a esos relatos, que serán repartidos a los Congresistas, nos remitimos. Sólo nos está permitido – por razones de espaciodecir aquí que hay una general coincidencia en la enumeración de los múltiples casos en que interviene el M.P. en el proceso civil en defensa de dichos intereses. Que, como alguna parte de la doctrina señala, no es ni más ni menos que hacerlo en defensa del interés público o del interés general involucrado en los litigios civiles. Y que inclusive, algún relator nacional con buena sistematización, nos encuadra su actuación dentro de todas las ‘situaciones jurídicas procesales’ que se dan en el desarrollo del procedimiento, para ubicarnos aquellas en las cuales actúa y aquéllas en las que no interviene.²

Los relatores nacionales indican, también, los casos de intervención, incluyen-

1. *M. Cappelletti* ('Public interest...' cit.) señala las que, a su juicio, constituyen las diferencias y similitudes entre el M. P. occidental y la Prokuratura socialista. Entre los caracteres comunes señala: a) la estructura unitaria y centralizada; b) la independencia del Procurador General y sus subordinados de los Poderes Ejecutivo y Judicial; c) la función de parte imparcial encargada de supervisar la aplicación de la ley. En cuanto a las diferencias anota: a) la tendencia y potencial expansión de la Prokuratura en los procesos civiles; b) el amplísimo poder de apelación, sin límites, aunque no haya participado en los procedimientos; c) la amplitud del recurso en interés de la ley.

En todo caso, en relación a los intereses difusos y de grupos intermedios concluye que, pese a la posición prominente de la institución soviética, el procurador también carece de especialización y motivación para actuar en sectores tales como marketing, desarrollo urbano, contaminación y otros de interés actual (p. 54/63).

2. Dice el Fiscal *Mariano Fernández Martín-Granizo*, que las distintas personas pueden ocupar en el proceso las siguientes ‘situaciones jurídico-procesales’: a) de dirección y decisión (el Tribunal); b) de cooperación con el órgano decisorio. Entre éstas: b’) de custodia de la legalidad vigente y del interés público; b'’) de defensa de la integridad de los tribunales; b''') de amparo y tutela de personas determinadas por la ley; b''''') de asesoramiento e información. Todas éstas ‘situaciones’ corresponden al M.P.; c) de representación, defensa y asesoramiento del Estado (corresponden a la Abogacía del Estado); d) de asistencia técnica a los particulares (privativas de los Abogados); e) de representación procesal (atribuidas a los procuradores); f) de autenticación, documentación, etc. propias de los Secretarios.

Con lo cual el M.P. queda colocado sólo como uno de los ‘sujetos de la relación procesal’, junto a los Abogados, Procuradores, Secretarios, etc.

Concepción particular y discutible, pese a su atractiva sistemática.

TAREAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

do el proceso contencioso como la jurisdicción voluntaria. Y los procesos ordinarios y especiales (juicios plenarios o sumarios), etc., lo que no es posible reseñar en este momento. No obstante lo cual podemos decir que, por encima de las particularidades de cada sistema, aún dentro de las respectivas familias procesales, podemos encontrar una general coincidencia con los casos de intervención. Siempre, por supuesto, no dejando de notarse la diferencia entre los países en los cuales el M.P. ha acrecentado grandemente sus funciones tradicionales, muy escasas en el proceso civil.

Es común señalar la función del M.P. en la defensa del Estado, en juicio. En general los relatos nacionales distinguen esta actividad de la defensa de la causa pública.

Entre nosotros se ha reservado el nombre de Ministerio Fiscal para esta rama, quedando el de Ministerio Público para la defensa de la sociedad y el interés público en materia penal y civil. Es decir que nos apartamos, creo que con razón, del antecedente hispano y la designación de varios países latinoamericanos. Inclusive conocemos una tendencia moderna de ir sacando estas funciones, aun del Ministerio Fiscal y dejándolas a los Abogados de la Administración (o de las administraciones, la Central, la Autónoma, la Departamental, etc.).

No creemos que esta función del M.P. se encuentre entre las tareas que deben incluirse en este Relato. Y nos afiliamos a toda la doctrina moderna que reclama la separación de esta función para crear la *Abogacía del Estado*.¹

7. LAS INSUFICIENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

Pese a la evolución que, en general ha sufrido el M.P. y al desarrollo de sus funciones en el proceso civil, lo cierto es que se denuncia la insuficiencia de su actividad, salvo en el campo de los países socialistas. Es que, si bien la institución ha cambiado (y sigue cambiando) mucho para adaptarse a las nuevas necesidades, por un lado, los hechos sociales han ido más rápidamente. Por otro, el cúmulo de requerimientos nos plantea la duda de que la misma institución, por mas que se adecúe a las nuevas circunstancias, pueda cumplir, adecuadamente, tan diferentes papeles (roles) a la vez, sin disminuir su eficacia.

En primer lugar, en efecto, se ha producido una ampliación del interés público en el proceso civil, que ha dejado de ser 'sache des parteien' para convertirse en una cosa de interés público. Aun en el propio Derecho sustantivo (inclusive el civil), se ha producido una transformación, producto del hecho de la socialización y el aumento y complejidad de las relaciones sociales, así como de la intervención del Estado y los grupos en la actividad del individuo.²

1. Así: *Alcalá Zamora y Castillo* 'Lo que debe ser el Ministerio Fiscal', en *Rev. Gen. Leg. Jurisp.* Nov. 1929; *L. Prieto Castro*, 'Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil' en sus 'Trabajos e orientaciones de Derecho Procesal'. 'Madrid, 1964; *G. Berro Oribe*. 'Ministerio Público, Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado' en *Rev. Der. J.A.* t. 62, p. 75. - Montevideo, 1964.

2. V. la Relación de *M. Cappelletti*, cit. ('Public. interest...') esp. p. 33/40.

Como consecuencia de ello, la doctrina está, en su mayoría de acuerdo, en que el M.P. – al menos en su organización actual – no está en condiciones de defender acabadamente el interés público comprometido en los procesos. Esto parece claro en los países del área del Civil law, incluida Europa Occidental, Latinoamérica, etc. a pesar de las diferencias entre los diversos países.¹ No tanto en los países socialistas, en los cuales son mucho más amplias las funciones del M.P.

Con más razón resulta aplicable tal conclusión a los países del ‘common law’, donde el ‘Attorney General’ no puede ser comparado – en lo que al proceso civil se refiere, al menos – a la figura del M.P. (francés).

Como bien dice Cappelletti, en su relación largamente citada, aquí no puede hablarse más que de una analogía meramente formal con la institución europea, ya sea el Parquet francés o la Prokuratura soviética. Especialmente en cuanto se refiere a su papel en el proceso civil, que es realmente muy reducido, pese a los esfuerzos de la doctrina para darle intervención en los más recientes problemas planteados, en especial en los tribunales estadounidenses.² Tanto en los Estados Unidos, como en Inglaterra, Australia y las naciones del Common Law, aparece como un delegado del Gobierno, que desenvuelve su principal actividad en la persecución del crimen, esto es, en el campo penal.

Por eso quizá, en estas áreas, es donde más se han desarrollado otros sistemas privados (‘amicus curiae’, ‘relator action’, ‘class actions’) para la defensa de los intereses generales (colectivos, difusos) en el proceso civil, como veremos enseguida (Infra N° 9 y ss.).

En general, a esta insuficiencia material, podemos agregar la que llamaríamos ‘orgánica’, por provenir de su propia estructura. Un organismo, cuya función principal es, sin duda, la de atender las jurisdicciones represivas, ejerciendo la acción penal³, inclusive defendiendo los intereses del Estado y del Poder Ejecutivo⁴, ubicado en la órbita (o dependiendo de éste Poder) no se encuentra habilitado para sufrir una transformación de esta índole y atender un/‘field’ tan especial y amplio como los nuevos requerimientos sociales le reclaman.

1. *Cappelletti* transcribe la relación de un observador americano que, en la definición del orden público dice: ‘is very broad and could potentially serve as the basis for the initiation of suits in many areas of social significance, the M.P. has in fact taken a conservative attitude...’ (Más ampliamente en ‘Public interest...’ cit. p. 50 y nota 112).

2. *Emerson, Haber y Dorsen* ‘Political and civil rights in the United States’. Boston, 1967, Vol. 2, 3a. ed. p. 1518/20.

3. Es evidente que la consideración de la actividad general del M.P. nos conduce a esa conclusión indiscutible en el área occidental (M.L. Rassat. ‘Le ministère...’ p. 3).

4. Aún no hemos logrado, en la mayoría de nuestros países, organizar una completa Abogacía del Estado (supra p. 475 nota N° 1) como para independizar al M.P. de la defensa de sus intereses que son los privados de éste, pese a que por la persona en cuestión, puedan ser calificados de ‘publicos’.

TAREAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

8. LA INSUFICIENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y LOS DE LOS GRUPOS INTERMEDIOS

Y todavía más: aparecen los problemas de los intereses de los grupos sociales o grupos intermedios o los intereses difusos, cuya defensa en juicio resulta indispensable.¹ En efecto, distintos problemas de la sociedad de consumo, especialmente, han provocado el descubrimiento de esta nueva carencia, ya sea el problema de la polución, el de la contaminación del medio ambiente, el abuso con el consumidor en general, etc. cream la necesidad de la defensa del interés difuso, que se agrega al de los intereses colectivos de los grupos intermedios, dado que los de la sociedad (o colectividad general) y los del individuo están – más o menos – protegidos. Pero la aparición de estos grupos intermedios, con intereses dignos de protección, crea, en el campo procesal, la necesidad de adecuar los institutos a ese fin. Y ya resulta exorbitante pedir al M.P. que también asuma esta defensa, por lo cual es muy común que se confíe a las agencias del Poder Ejecutivo u otras, algunas destinadas especialmente a esos fines.²

El problema, en su vastedad, debe ser considerado por separado. Inclusive puede pensarse que excede de los términos de este Congreso y del tema propuesto. No obstante, creemos que una breve referencia al mismo es indispensable, si el tema de Humanización de la Justicia se encara adecuadamente. Entonces resulta necesario colocar el punto en discusión (Task of the Public Prosecutor) en el ámbito social adecuado, considerando los problemas a resolver. Esto es partiendo de la base, no de la institución en sí, sino de la cuestión social planteada en el seno de la sociedad (y entonces, en lo posible, de todos o la mayoría de los países o las sociedades en que vivimos) y la solución del Derecho y de la Justicia a dicho problema. Con lo cual el tema pasa del M.P. a todo su entorno, especialmente cuando al estudiar las funciones, somos conscientes de que la finalidad esencial de estos Congresos tiene que ser la de plantearnos los problemas que la sociedad tiene y su más adecuada solución.

En este caso, el de la adecuada defensa en el proceso de cualquier interés público, o social o colectivo o el de un interés que por difuso, no es representado por nadie en la actualidad y resulta digno de protección.

1. Por supuesto, aunque pareciera innecesario, debemos destacar que en este tema, sólo podemos referirnos a la protección de estos intereses en el proceso civil, sin perjuicio de reconocer que dicha protección debe encararse en todas las ramas del Derecho y en todos los órdenes de la sociedad.

2. Veamos, para dar una idea de la vastedad de la cuestión y de los múltiples esfuerzos de los Estados por su solución, la mención – aunque parcial – hecha por *Mauro Cappelletti*, al respecto: el Jugendamt, de Alemania Federal; el 'Child Welfare Committees', de Suecia; el Finanzprokuratur, de Austria; la Avvocatura dello Stato, en Italia; el Ombudsman; el Queen's Proctor; el Public Trustee; el Director General of Fair Trading y el Race Relations Board, en Inglaterra; el Legal Services Program of the Office for Economic Opportunities y muchos más en los Estados Unidos; los múltiples órganos de administración estatal e de empresas estatales de la Unión Soviética y demás países socialistas; la Registrar of Restrictive Trade Agreements, de la India; la Environmental Protection Council, de Ghana; etc. (en 'Public interest...' cit. p. 88/90).

Por ello, saliéndonos del tema (o quizá ensanchando el mismo a sus límites actuales y modernos) haremos una breve incursión a las cuestiones planteadas y a las (otras) instituciones creadas en la sociedad actual para resolverlas del modo más adecuado y con el fin de lograr una Justicia más Humanizada. En relación con los intereses que el M.P. quizá deberá representar en juicio.

9. OTRAS INSTITUCIONES EN DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS: EL OMBUDSMAN

Analizaremos, en primer lugar, la solución consistente en crear un órgano especial con esos (y otros fines que fueron los que le dieron origen). Tal solución se encuentra en esta institución nacida en Suecia en 1809¹, donde tiene un desarrollo brillante, extendiéndose a Finlandia, Dinamarca y Noruega y también parcialmente a Inglaterra y Francia.

Se trata de la creación de un Fiscal o Comisario del Parlamento o delegado de éste ante la Justicia. Nace con el fin de realizar un control del cumplimiento de las normas legales que dicta el Poder Legislativo. Se le encarga de velar por la ejecución de las leyes y de perseguir a los funcionarios negligentes – inclusive a los Jueces – ante los Tribunales. Ejerce su acción sea de oficio o a petición de parte y da cuenta al Parlamento de sus gestiones.

En su evolución ha sido un contralor del Poder Judicial, pero a la vez defensor de éste, para evitar que los tribunales sufrieran presiones (como en el pasado) del Poder Ejecutivo, Es decir que se consideró conveniente someter a los jueces a un contralor parlamentario, como modo de defender su independencia e inamovilidad.

A la vez se convierte en un defensor de las libertades individuales, en órgano de defensa de la legalidad ante la Administración (y la Justicia) y en perseguidor de los funcionarios negligentes, venales o de aquéllos que actúan por favoritismo.

La evolución – que no tenemos tiempo de analizar – ha sido muy grande y el prestigio de la institución creciente, especialmente con ciertos titulares que han sido famosos. Ha existido un ‘justiticombudsman’, como un ‘militicombudsman’, con especialización en asuntos judiciales y militares respectivamente. Por último y más recientemente se registra la creación del ‘konsumentombudsman’, para actuar en la defensa de los consumidores en la nueva ‘Corte del Mercado’.

En Finlandia, el Ombudsman, reorganizado con la independencia del país, luego de su unión con Suecia, comparte sus tareas con el ‘Canciller de Justicia’, quien se halla a la cabeza del Ministerio Público, con la diferencia que es nombrado por el Poder Ejecutivo y el Ombudsman por el Parlamento. Ambos pueden actuar de oficio o a petición de partes. Pero el delegado parlamentario no

1. Nuestra principal fuente de información sobre el tema, la constituye la Conferencia del profesor *Víctor Fairen Guillen* sobre la institución, dictada con motivo del VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal en Nuevo León, México, en Noviembre de 1976. Vide asimismo: *A. A. de C. Hunter* ‘La institución del ombudsman y su posible adopción en Gran Bretaña’. La Revista de la Comisión Internacional de Juristas, 1962, Vol. IV, N° 1, p. 171.

TAREAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO CIVIL

puede admitir quejas contra particulares – como el Canciller de Justicia – sino solamente contra los funcionarios públicos.

También en Dinamarca y Noruega se ha introducido el instituto en 1953 y 1962, respectivamente, como un instrumento de control de la Administración, a la vez que como defensor de los derechos y libertades de los ciudadanos ante la progresiva extensión de la intervención administrativa. Sin embargo, en estos países, el Ombudsman no tiene poderes de vigilancia sobre los tribunales judiciales.

En Inglaterra, por 'Act' de 22 de marzo de 1967, se crea también un 'Comisario Parlamentario' aunque nombrado por la Corona (el Gobierno) pero revocable por el Parlamento en ciertas y determinadas condiciones. Su misión es la de proteger los ciudadanos contra las arbitrariedades de la Administración, pero su papel es muy limitado al colocarse por debajo de los Poderes del Parlamento, el Ejecutivo y el Judicial. Carece de poder de actuar ante los órganos judiciales, con lo que no puede cumplir la finalidad que se persigue para la defensa de los intereses difusos dentro del proceso civil.

En Francia se señala, como instituto parecido (más al Comisario inglés que a los Ombudsman, sueco y finlandés) al 'Mediateur', funcionario designado por el Consejo de Ministros con potestades de investigación en la esfera administrativa y con la facultad de hacer 'recomendaciones'.

También se menciona el instituto alemán del 'Wehrbeauftragte' (de la Bundeswehr) que, si bien tiene facultades de protección de los derechos individuales, su función se realiza, más bien, en el campo militar. No tiene facultades para actuar en el proceso civil.

En definitiva, el instituto, al menos como aparece en sus países originales, tiene aspectos positivos en la defensa de los posibles intereses difusos de cualquier campo y también dentro del proceso civil. Representa una solución posible para los problemas que estudiamos.

10. OTRAS SOLUCIONES EN EL CAMPO DEL COMMON LAW: RELATOR ACTIONS Y CLASS ACTIONS

La otra solución consiste en admitir la legitimación de un particular – afectado por la situación – para actuar en 'representación' de todo un grupo, por supuesto sin mandato ni poder. Y sin que ese 'grupo' tenga una existencia jurídica (personalidad jurídica). Es decir reconocer una acción, por ejemplo, de un consumidor, en defensa del interés difuso de todos los consumidores en idéntica situación o de un particular en defensa del medio ambiente, contra quien produce una polución en el mismo, perjudicando el interés general.

Esto requiere una reestructuración de los conceptos tradicionales de la acción y los titulares de la pretensión por un lado, en cuanto a la ampliación de la legitimación; por el otro la sustitución del interés 'directo, personal y legítimo', (que reclama nuestra Constitución) por el de un 'public interest' o un interés general o difuso.

Una solución nacida en la jurisprudencia de Australia y luego de Inglaterra, es la de permitir que un particular actúe como 'Attorney General'. Es la institución de la 'relator action'.¹

En principio el 'Attorney' actúa en representación de la Corona, de los intereses públicos de la sociedad. Inclusive, teóricamente, podría promover los intereses de una sección de la comunidad.

Pero en este caso se trata de un particular a quien 'per se' se reconoce legitimación para actuar por el interés público, siempre que lo haga en nombre y con el 'fiat' del Attorney General. Inclusive es necesario una autorización del funcionario, para evitar los abusos que la propia justicia denuncia, aun cuando también se admite, en ciertos casos claros (reasonable) la existencia de una autorización 'automatic'.²

Al lado de esta institución se desarrolla la de las 'class actions', es decir las acciones de clase, intentadas por un particular en una cierta situación en defensa de todos los que se encuentran en la misma. Esto se ha admitido en la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo, en caso de la defensa de los consumidores.³

Así, por un lado, se supera el requisito del interés privado en la acción, con un reconocimiento general, como por ejemplo con la previsión de que, 'The Congress recognizes that each person should enjoy a health-full environment...'. De allí hay un solo paso a reconocer el derecho del 'best plaintiff' respecto al 'widelyshared interest' lo que, por lo demás, queda librado a la valoración discrecional del/Juez.⁴

Esto conduce a admitir también las 'public interest actions'.⁵

Por supuesto que estas posibilidades de actuar en representación de intereses difusos dentro del proceso civil – y también el penal – es reconocido por la misma jurisprudencia, sea al particular como a una asociación o grupo.

En definitiva se ensancha el concepto de legitimación, como decíamos y se admite la representación de los intereses difusos, lo que apareja, como también señalamos, otros problemas procesales, especialmente el del efecto de las sentencias.

11. LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS POR ORGANIZACIONES SOCIALES INTERMEDIAS

La otra solución, la que parece ganar más adeptos en el Derecho comparado, la

1. *M. Cappelletti* en 'Public interest...' cit. p. 100 y ss.

2. *M. Cappelletti* 'Public interest...' cit., espec. p. 104 y nota 292.

3. El 'leading case' podría ser *Vásquez v. Super. Const.* 4. Cal. 484 P. ad. 964 (967). También: *La Sala v. American Savings and Loan Assoc.* 5 Cal. 3es. 864 (971) etc.

4. Conforme y más ampliamente: *Loriana Zanuttigh* 'Processo e tutela dell'ambiente nell'esperieza nordamericana' en 'La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato' Guido Alpa y otros. Milano, 1976 public. de 'Studi di diritto comparato' diretti da Mauro Cappelletti, – p. 391 y ss. y esp. p. 413.

5. *Loriana Zanuttigh*, 'Processo e tutela...' cit., ps 422/23.

constituye aquella, en virtud de la cual se admite la representación de los intereses difusos por organizaciones sociales diversas.

En los países socialistas este fenómeno es más común, por cuanto en ellos se admite la intervención en el proceso de asociaciones profesionales, empresas, organizaciones cooperativas y sociales. Estas pueden promover la demanda o intervenir en cualquier momento del proceso, sea deduciendo una tercera o, si es una institución estatal, presentando conclusiones respecto a determinados litigios. También se establece, en ciertos casos, que el propio Tribunal debe informar a la institución (estatal) interesada de la existencia del proceso con ese fin.¹

Esta misma solución ha sido admitida, en la mayoría de los/países occidentales en materia de conflictos de trabajo, inclusive en nuestro propio país.² También se manifiesta en los países de la Europa Occidental.³

En especial la misma tendencia se nota en novísimas leyes que incursionan en los campos donde el fenómeno es más notable y requiere urgente solución: el de la polución y defensa del medio ambiente y el de la defensa del consumidor. En tales campos no faltan leyes en los países más adelantados (y desarrollados donde estos fenómenos son más acuciantes) que admiten de una u otra manera la defensa en juicio del interés difuso por grupos colectivos a los que generalmente se requiere que estén organizados para tal fin. Así sucede con la ley Royer en Francia (27 de Diciembre de 1973) que representa un ejemplo en la evolución de ese país y puede ser tomada como modelo (inclusive de sus virtudes y carencias) en países como los nuestros, puesto que se plantean exactamente los mismos problemas jurídico-procesales.⁴

La norma principal relativa a la legitimación dice: 'Las asociaciones regularmente declaradas como teniendo por expreso objeto estatutario la defensa de los

1. Conforme y más ampliamente, 'Derecho procesal civil soviético' cit. p. 124 y es. Allí se menciona esa obligación del Juez establecida en el art. 80 del C.P.C. de la RSFSR. Las propias 'Bases del procedimiento judicial civil soviético' (art. 6, parr. 3 y art. 30, parr. I) establecen ese derecho de las instituciones estatales y asociaciones de diverso tipo (profesionales, etc.) a presentar demandas y a las instituciones del Estado, además, a presentar conclusiones (art. 30, parr. 2). El derecho a actuar en el proceso significa el de comparecer en todos los actos, presentar pruebas, recurrir, etc. (ps. 128/131).

2. El decreto 622/973 (de Reglamentación Sindical), dictado bajo el régimen de medidas prontas de seguridad, establece que 'los Sindicatos, legalmente registrados, podrán:

A) Comparecer ante los Poderes Públicos en defensa de los intereses generales de la profesión, en cualquier cuestión que directa o indirectamente afecte las relaciones laborales de sus afiliados'. Parece indudable que en tal calidad podrían comparecer en juicio.

3. Así sucede por ejemplo, en Francia, con el Código del Trabajo (esp. en su art. 11). Ampliamente: *Anna De Vita* 'La tutela giurisdizionale degli interessi colettivi nella propettiva del sistema francese: aspetti principali del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori' en 'La tutela degli interessi' cit. p. 349 y ss. Espec. p. 381.

Resulta de mucho interés, también, confrontar las vacilaciones y evolución de la jurisprudencia francesa allí mencionadas, ps. 368/377.

También resulta de mucho interés sobre el tema, ver el trabajo de *V. Vigoritti*: 'Partecipazione, sindacato, proceso'. Estratto de la Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. Fasc. 4, 1974.

4. *Anna De Vita* 'La tutela giurisdizionale' cit. p. 377.

intereses de los consumidores, si son autorizadas a tal fin pueden ejercitar ante cualquier jurisdicción las acciones civiles relacionadas con los hechos que ocasionen un perjuicio directo o indirecto a los intereses colectivos de los consumidores' (art. 46).

En Alemania la legislación es, aún, más restringida y sólo puede encontrarse una legitimación ampliada para actuar en defensa del interés difuso en la ley de sanción a la concurrencia desleal.¹

Inclusive el fenómeno se extiende a otras áreas, aun tímidamente. Apenas podríamos citar, en nuestra Latinoamérica, alguna ley de control de las actividades monopolísticas como la de Chile² o de defensa del consumidor como la de México³, sin mayores repercusiones en el campo procesal.

III. Los aspectos procesales de la intervención del Ministerio Público en el proceso civil

12. LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

No creemos que sea función del Relator en este Congreso, dilucidar cuestiones científicas discutidas, en este caso por ejemplo sobre la naturaleza del Ministerio Público en el proceso.

Son demasiado conocidas las posiciones que lo señalan como parte formal y no sustancial, así como la discusión de si realmente obra como sustituto procesal o no.

Ellas se han reproducido en los Relatos nacionales. Así el relator brasileño Alcides de Mendonça Lima, reiterando una posición doctrinaria casi inmovible en la importantísima doctrina de su país, lo considera un *sustituto procesal*, cuando actúa como agente, pues lo hace en nombre propio y en defensa de interés ajeno. En cambio, el relator colombiano, Hernando Morales Molina, manifiesta que no es sustituto, pues no ejercita pretensiones pertenecientes a

1. Conforme y más ampliamente: *Nicolo Trocker* 'La tutela giurisdizionale degli interessi difusi con particolare riguardo alla protezione dei consumatori contro atti di concorrenza sleale: analisis comparativa dell' esperienza tedesca' en 'La tutela degli interessi...' cit. p. 449 y ss. esp. p. 458.

2. Ley 13.305 publicada en el Diario Oficial de 6 de abril de 1950, arts. 172-182. Se crea una comisión especial para controlar la aplicación de la ley que, puede conocer de oficio o 'apetición de cualquier persona, natural o jurídica, de las situaciones... a fin de declarar si procede o no la iniciación del proceso respectivo...' (art. 175, a).

3. Ley federal de protección al consumidor publicada en el Diario Oficial de 22 de diciembre de 1975. En ella se crea la Procuraduría Federal del Consumidor (arts. 57 a 66). Esta representa a los consumidores ante organismos privados y ante las autoridades jurisdiccionales, pero 'previo el mandato correspondiente', es decir conforme a la solución tradicional (art. 57, III).

También puede actuar como árbitro entre las partes.

terceros. Posición compartida por los relatores de España. Pero éstos discrepan entre sí en cuanto a que sea parte, lo que firma el profesor Pérez Gordo, al menos desde el punto de vista formal, en el sentido de parte imparcial, señalada por la doctrina italiana y recogida en España por Fairen Guillen.¹ Mientras que el Fiscal y Profesor Fernández Martín-Granizo, considera que no es parte y ensaya una construcción acerca de las distintas posiciones de los sujetos en la relación jurídico-formal del proceso (Infra nota N° 28).

Por ello y sin perjuicio de no ocultar nuestra posición, creemos más adecuado considerar las diversas formas de intervención en el proceso civil, que son tan variadas que, a veces, son las que originan las discrepancias:

a. Como agente. Usemos esta expresión, para no decir 'como parte', aun cuando, para nosotros, lo es en sentido procesal.²

La legislación de fondo, en todos los países, prevé determinados casos en los cuales el M.P. actúa en juicio como tal, ya sea deduciendo la pretensión o siendo demandado o, inclusive, en vías subsidiaria con los titulares de los derechos sustanciales. En este caso puede introducirse en una contienda ya promovida.

A tal efecto, dice el relator húngaro, Prof. Névai, tiene un poder general de representación.

La legislación de los países estudiados – sean representados por relatores nacionales o no – coincide, dentro de la variedad, en considerar al M.P. en este caso como una parte y con los mismos derechos y obligaciones que el actor o demandado. Así tendrá los mismos plazos y oportunidades procesales, se le podrá acusar rebeldía, deberá producir prueba de los supuestos en que apoye sus pretensiones, podrá recurrir en la misma forma y circunstancias que las partes,

1. 'La situación actual del Ministerio Fiscal', en Rev. Arg. de Der. Proc. 1972, N° 2, p. 161. En 'El Ministerio Fiscal...' cit. También y ampliamente, P. Calamandrei 'Linee generali del processo civile inquisitorio' incluido en 'Estudios...' trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1944, p. 245, 253 y 257. E. Allorio 'Il pubblico ministero nel nuovo processo civile' en Riv. Dir. Proc. 1941, I, p. 312 y ss. y Cristofolini 'Sulla posizione e sui poteri del Pubblico Ministero nel proc. civile' en la misma Rev. 1930, I, p. 30 y ss. Entre nosotros véase: E. J. Couture en 'Apuntes de Derecho procesal civil' (ed mimeográfica); E. Tarigo 'Funciones del Ministerio Público' en Rev. D.J.A. t. 70, p. 147. Y en 'Estudios de Derecho', en homenaje a E.J. Couture, en el 10 aniversario de su fallecimiento, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal; C. F. Layerle, 'Formas de intervención del Ministerio Público en materia civil'; E. Vescovi, 'Derecho Procesal Civil', T. II.

2. En tal sentido, hemos adoptado en nuestro Derecho Procesal Civil (Montevideo, 1974, T. I), la denominación de parte, para indicar la que participa en el proceso diferenciada de la parte sustancial y del legitimado en la causa, siguiendo las enseñanzas de Calamandrei, por lo cual, la que se llama parte formal, es la única que existe en el proceso. Es el que pretende, independientemente de su cualidad (legitimación) y de su posición en la relación sustancial (lo que se suele llamar parte en sentido sustancial). Así, entonces, aclarada la terminología, no nos cabe duda que el M.P. es parte en el proceso.

Cabe reconocer, no obstante, la opinión contraria que citamos del ponente español que, por lo demás, ya tiene antecedentes (por otros fundamentos) en España: Iribas, 'El M.P. no es parte' en Rev. Der. Proc. Esp. 1952, p. 187. V. también De Pina 'El Ministerio Público en el Anteproyecto' en Rev. Esc. Nac. Jurisp. 1950 p. 96.

En cambio, lo considera parte J. Guasp. 'La pretensión procesal' en Rev. Der. Proc. Arg. 1943, p. 386.

etc. Es decir, como concluye el Relator de Austria Von Walter Rechberger 'no difiere, básicamente, de una parte privada'.

No obstante, en virtud de ese carácter de 'parte imparcial' u órgano del interés público en el proceso o, simplemente, de funcionario público, tiene ciertos privilegios o prerrogativas en materia de comunicaciones, de gastos judiciales (de los que está eximido), etc. – El relator austríaco Von Walter Rechberger nos indica que en su país, sin embargo, cuando pierde debe pagar las costas. – Y tiene, además, algunas especialidades: no podrá provocarse, a los agentes del M.P., la confesión y la que hicieran espontáneamente no afectará a las partes, etc.

b. Como órgano interviniente o por vía de requisición.

Esto lo coloca en una posición distinta a la de parte y no es estrictamente un interviniente (es decir un tercerista, que es parte al fin) sino que actúa, en estos casos¹, como un consejero obligado, con poderes procesales importantes (que dependen de cada sistema). Sería el caso que los franceses llaman *partie-jointe*.²

Entre los (variados) poderes que acuerda, en general, la mayor parte de las legislaciones a esta intervención del M.P. en el proceso (en el cual ya existen las dos partes) están los instructorios. En general se admite – aun cuando en algunas legislaciones recién sea oído al final (concluyente) – que pueda solicitar prueba por sí e independiente de las partes. También se admite – con discrepancias – la posibilidad de apelar la sentencia, aun cuando no lo hagan las partes. Este punto lo tratamos de inmediato: *Infra* N° 13.

En algunas legislaciones se dice que en este caso será oído cuando 'el proceso se encuentre en estado de dictarse resolución'.³

c. Como simple asesor del Juez.

Es el caso de la intervención facultativa – no obligatoria – cuando la ley dice que 'puede intervenir' (ej. *Cod. Proc. Ital.* art. 70 *in fine*) o actúa 'como auxiliar

1. Debemos reconocer que aquí aparece una insuficiencia del idioma español – pese a su riqueza – puesto que la palabra *intervención* es la misma que se usa para designar dicha actividad en general, en sentido vulgar así como la que responde al concepto técnico de introducción de un tercero en el proceso ('*interviniente*').

2. Que no es exactamente lo mismo, sostiene *Fairen Guillen* ('El Ministerio Fiscal...' cit. p. 664). *Prieto Castro* señala que, dado que en muchos casos el interés público no aparece suficientemente tutelado con la calidad de dictaminante, la propia legislación y jurisprudencia consideran que existe una diferencia entre la posición 'distinta e intermedia entre el Ministerio Fiscal, parte plena y el meramente dictaminador' (En '*Trabajos y orientaciones...*' cit. p. 39).

Inclusive se ha dicho que en lugar de simple dictaminador aparece, para el Juez, como un perito jurídico. (Conforme y más ampliamente: *Biondi*. '*Del pubblico ministero nel processo civile*' Padova, 1931. También: '*La perizia giuridica*' Firenze, 1935, esp. p. 72. Ver. id. trabajos en: *Riv. Dir. Proc.* 1929, p. 538; 1930, 2a. p. 53 y 297; y en *Temi Emiliana*, 1920, p. 538).

3. En nuestro Derecho se dice que en estos casos 'será oído' y que esto se hará 'cuando el proceso se encuentre en estado de dictarse resolución' (art. 186, Código de Organización de los Tribunales). En Chile, se le pasa el expediente también en esa oportunidad, para que lo examine y extraiga conclusiones. Sin embargo, extrañamente, se dice que 'no será oído en segunda instancia' (art. 335 C.O.T.). *M. Cassarino Viterbo* '*Manual de Derecho Procesal*' T. I, p. 134/35).

TAREAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

del Juez'.¹ Es, dice Fairen cuando toma la cualidad de 'cuasi parte' o citando a Prieto Castro 'por vía de acción accesoria'.²

En este caso – por supuesto, como en los demás – su intervención estará determinada por la presencia del interés público en el proceso.

Debemos reconocer que hay autores – inclusive entre nosotros en opinión que hemos compartido – que consideran que esta tercera posibilidad resulta sobrando, quedando subsumida en la anterior.³

13. LOS DIVERSOS PROBLEMAS PROCESALES QUE PLANTEA LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO

Será imposible, por las mismas limitaciones del Relato, siquiera enumerar todos los problemas procesales que plantea, en los diferentes sistemas y países, la intervención del Ministerio Público en el juicio. No obstante, creemos conveniente hacer una referencia a los fundamentales, en cuya enumeración y planteo de soluciones, no podemos olvidar la diversa función e importancia que tiene la intervención del M.P. en los varios sistemas aquí analizados, de las distintas familias procesales.

Superando todas estas diversidades (y dificultades) diremos que, en primer lugar, puede afirmarse que el Ministerio Público en el cumplimiento de su misión ya estudiada (defensa de la causa pública... de la legalidad...) *puede intervenir en todo proceso*, sea de la clase que fuere, inclusive sea el de ejecución y el voluntario (jurisdicción graciosa).⁴

También puede actuar en el proceso cautelar: si actúa como parte, su posición es igual a ésta, salvo la obligación de afianzar; si actúa como tercero, se entiende que sólo puede sugerir al Juez medidas de ese tipo.

En general podría decirse – con salvedades – que también es posible la intervención en cualquier etapa del proceso. En algunos países se admite la intervención en la etapa de ejecución de sentencia. Esa intervención en cualquier etapa sea como parte (o tercero), es sin hacer retrogradar el procedimiento (salvo que solicite la nulidad, incidenter tantum). También para establecer conclusiones, cuando ha terminado la actividad de las partes y aún no se ha dictado sentencia (o se ha dictado el decreto llamando a tal fin, que entre nosotros se designa como derecho de conclusión de la causa). En los países socialistas, donde se

1. El art. 176 del C.O.T. uruguayo dice 'Cuando el Ministerio Público obra como parte principal figurará en todos los trámites del juicio. En los demás casos deberá ser oído, cuando el proceso se encuentre en estado de dictarse resolución, sin perjuicio que intervenga cuando el Juez lo considere necesario o conveniente'.

2. Conforme V. Fairen Guillen 'El Ministerio...' cit. p. 664. L. Prieto Castro 'Construcción dogmática...' p. 80.

3. En efecto, nuestra doctrina más moderna, considera que no se trata de una función distinta, sino que la intervención como tercero (requirente) absorbe a ésta (E. J. Couture en 'Apuntes...' cit. Layerle 'Formas de intervención...' cit. p. 274 y nota 476; E. Tarigo 'Funciones...' cit. p. 161).

4. Conforme: Jerzy Jodlowski 'Le Rôle...' cit. p. 92.

registra una mayor actividad del M.P. en el proceso, se admite, como vimos, la intervención ante la Suprema Corte de Justicia para el control de sus decisiones y la uniformidad de la jurisprudencia, en función casi desconocida en las otras áreas. También en Brasil interviene en el caso de uniformización de la jurisprudencia (art. 478 del C.P.C.).

La intervención del M.P. se da en los casos previstos en las leyes de cada país, como dijimos, que lo establecen a texto expreso, en cuyo caso constituye un deber del agente y que los distintos relatos nacionales describen adecuadamente, pero, además, de esta intervención, corresponde en los casos generales para cumplir su función de defensa de la sociedad (los que carecen de defensa, la causa pública...). En estos casos se entiende por la doctrina y se resuelve en muchos Derechos positivos modernos, que la intervención puede producirse a requerimiento de la magistratura (de oficio o a pedido de parte) o por la sola iniciativa de los atentes de dicho Ministerio.

En cuanto al *thema decidendum*, cabe admitir que sea fijado por el M.P., cuando actúa como parte. Cuando lo hace como interviniente (ej. en el divorcio) entendemos que también debe aceptarse su participación en tal fijación, aunque reconocemos la discrepancia de la doctrina. Entendemos que si el M.P. interviene en un proceso en defensa de la causa pública y en definitiva puede tender a evitar la colusión de las partes en detrimento de ella, no cabe sino aceptar que el Fiscal someta al Juzgador un planteo diferente al de las 'partes.'

Cuando actúa como tercerista, adhiriendo a una de las partes, se produce un *litisconsorcio*¹, que se regirá por los principios generales.

Cuestión importante es la que dice relación con sus poderes de disposición en el proceso, tema que afecta la relación entre el M.P. y la parte sustancial, cuyos intereses éste defiende en juicio (a menudo incapaz o imposibilitada de defenderse). Dice el profesor Névai que, en principio, las relaciones entre el Ministerio Público y la parte interesada, según la ley sustantiva, se caracterizan por la independencia del primero. No obstante él no puede disponer por sí de los derechos de la parte, salvo que se violara el interés público o ajeno. En los países no socialistas, en general, entendemos que se trata de derechos indisponibles y no sujetos a transacción (desistimiento...).

En general se admite la facultad del M.P., aun como *partiejointe* o como interviniente, a producir pruebas y alegar hechos distintos, modificando, como dijimos el objeto del proceso. No obstante, tales poderes son discutidos, en especial en los 'países no socialistas', cuando no hay una norma legal expresa, tal como la que regula ciertas materias (divorcio, filiación, etc.).

En cuanto a los recursos no hay duda, como dijimos, que cuando actúa como parte puede interponerlos. La cuestión más difícil se plantea en caso que lo haga como órgano interviniente. Debemos reconocer que la mayor parte de la más moderna doctrina se inclina por la solución afirmativa.²

1. *J. Jodlowski* 'Le Rôle...' cit. p. 93/94.

2. *Prieto Castro* señala que, no siendo el M.F. parte en la relación jurídica material, sino sólo

TAREAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO CIVIL

En los países socialistas tienen una mayor amplitud en materia de recursos. Así con respecto a Polonia, que sigue la orientación general del área, dice el profesor Jodlowski, que puede atacar toda resolución judicial susceptible de recurso, aun si no ha participado en el procedimiento de la primera instancia.¹ El novel Código de Procedimiento Civil brasileño (1973) también resuelve expresamente el problema, permitiendo al M.P. interponer todos los recursos sin reserva alguna (art. 499 Ord. 2°). Diferente es el régimen italiano, más limitativo (art. 397).

En cuanto al efecto de cosa juzgada de la sentencia con respecto a los terceros, en cuya defensa ha actuado el M.P., la cuestión es más delicada.

En ciertos países existe una regulación meticulosa de dichos efectos.² No hay duda que la solución afirmativa corresponde en los casos en que el M.P. actúa como sustituto procesal, como lo señala el relator brasileño Alcides Mendonça Lima. O como parte principal en juicio.

Más discutible resulta la cuestión cuando actúa como interviniente o en defensa de un interés más general o difuso. Ya nos referimos a la enorme dificultad de este problema que es más general. Y se plantea, sea que ese interés general se defienda por el M.P. o por un tercero (Infra N° 12). Es uno de los casos en que, con mayor razón, debe reclamarse una legislación especial al respecto.

En cuanto a la ejecución no hay especialidades. Salvo alguna disposición expresa (así, el Estatuto del M.F. español) que le encomienda velar por la ejecución de las sentencias civiles recaídas en los juicios en que ha sido parte.

El Ministerio Público, al menos actuando como parte, no podrá ser recusado³, pero en cambio será responsable en los casos previstos por la ley y en los que regulan los principios generales de Derecho. Algunas legislaciones regulan con mayor precisión estos casos.

en sentido procesal y no perséguir sino la observancia del Derecho objetivo, debe entenderse 'que experimenta gravamen tan pronto como advierte que, por cualquier circunstancia le ha sido dada una razón que no tiene fundamento jurídico y por ende, la legalidad que está llamado a hacer respetar aparece violada...' ('Construcción dogmática...' p. 31). No parece adecuado a nuestro sistema tal tesis. Nosotros podremos admitir la apelación sí, no habiendo intervenido en el proceso, lo ha debido hacer y comparece en tiempo a deducir los recursos (Recordemos que en Latinoamérica no existe la 'tierce opposition'). Distinto es el sistema soviético e de los países de su influencia, en que el Fiscal tiene una función especial en las etapas de revisión y casación (art. 29 Bases y arts. 2, 18, 80 y 172 del C.P.C. de la RSFSR).

1. J. Jodlowski 'Le Rôle...' cit. p. 97/98.

2. Así, el art. 50 del Código de Procedimiento Civil polaco, que acepta el principio de la extensión del efecto de la cosa juzgada al tercero en cuyo interés obra el M.P., establece que, en los asuntos sobre pretensiones patrimoniales, la sentencia no priva a la parte, que no participó en el proceso, de perseguir sus pretensiones por separado. (V. Jodlowski 'Le Rôle...' cit. p. 95/96).

3. Conforme: *Gómez Orbaneja* 'Sobre la irrecusabilidad del Ministerio Fiscal' en Rev. Der. Proc. esp. 1949, p. 601; *Allorio* 'Il pubblico...' cit. p. 223. Contra: *J. Jodlowski* 'Le Rôle...' cit. p. 98.

IV. Conclusiones

A. Es indudable que resulta difícil extraer conclusiones generales, con pretensión de presentar a este Congreso Internacional, por múltiples razones. A la tiranía del tiempo y del espacio – limitan esta relación – se agrega el hecho de enfrentarnos a una institución de contornos tan borrosos y movedizos. En efecto y como hemos visto, en apenas un pantallazo histórico evolutivo, se trata de un instituto en constante evolución y de una extraordinaria multitud de facetas.

La nota esencial, en este mundo de necesidades tan cambiantes, para el Ministerio Público es, indudablemente, su constante transformación y con el agregado de las múltiples facetas y aspectos que contiene.

Sin contar con que, la filosofía política que difiere en las distintas áreas, va tiñendo, ineludiblemente, a los institutos, de matices diferentes. A pesar de que el estudio general realizado y las coincidencias tan importantes que por encima de fronteras podemos anotar, constituyen una afirmación de pluralismo que resulta de interés destacar en un evento internacional de este tipo. Estas coincidencias, que en general responden a las comunes necesidades sociales nos permiten, pese a todo lo dicho, extraer algunas conclusiones.

B. En cuanto a lo *orgánico* podemos decir que, sin perjuicio de tantas variedades de organización política que hemos considerado, podemos encontrar una línea de tendencia indiscutible que lleva a organizar la institución en forma independiente de los demás poderes del Estado, aun cuando pueda integrar uno de ellos (el Ejecutivo, generalmente).

También se nota en ese aspecto una tendencia, en muchos lados y en otros un reclamo, para obtener:

a. una perfecta diferenciación de funciones entre el Ministerio Público y la Abogacía del Estado.

b. La separación de las funciones del Ministerio Público en el campo del proceso penal, del que debe desarrollar en las demás ramas del proceso (no penal), de modo de reflejarla, también, en una separación orgánica.

c. La especialización de los funcionarios que integran el complejo organismo del Ministerio Público y su capacitación para las nuevas funciones que está llamado a llenar en nuestro tiempo.

C. En lo que se refiere a lo *funcional*, existe una indudable tendencia hacia aumento de funciones, concretada en algunos países (en general los socialistas) y en tren de desarrollarse en casi todos los demás. Que tienden a seguir la línea de las que realiza – o todos entienden debe realizar el Ministerio Público – tales como la defensa del interés público y general o colectivo en el proceso civil. Y la de la legalidad, convirtiéndose en defensor de la ley.

También se nota un reclamo de la doctrina hacia dicho aumento, tratando de que su participación en el proceso civil se realice en forma más frecuente y efectiva. Transformando su simple facultad de hacerlo, en un deber y aumentando en

TAREAS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

general sus poderes – como se tiende a hacer con los del Juzgador – en aras de la defensa procesal de quien menos posibilidades tiene de hacerlo o de los propios intereses de la sociedad o aún los difusos, cuyo carácter prioritario hoy se reconoce, pero cuya defensa en juicio es un difícil problema a resolver.

Esto, por supuesto, se encuadra dentro del marco general de obtener una garantía más efectiva a la tutela del interés público y la observancia del Derecho objetivo, en un proceso cuya publicización resulta evidente, aún cuando, por muchas razones, sigue movido por el interés privado.

Parece claro que se hace necesaria la intervención legislativa para establecer esos nuevos límites en cuanto a las funciones del Ministerio Público.

D. Pese a todas las modificaciones en su estructura orgánica y al aumento de las funciones del Ministerio Público parece que aun así no se resuelve adecuadamente el problema planteado en el seno de la sociedad de la defensa de tantos intereses en colectivos y/o difusores el proceso civil.

Se hace necesario, entonces, recurrir a *otros organismos estatales o a organismos sociales intermedios* cuya regulación resulta indispensable, en muchos casos comenzando por crearlos.

Hemos analizado varios ejemplos institucionales de esos organismos y dada la muy reciente y aislada experiencia sobre los mismos, no nos creemos habilitados para extraer conclusiones generales al respecto.

Solamente podríamos recomendar que, en aras de la Humanización de la Justicia, a través del proceso civil se provea, junto al Ministerio Público cuya reorganización preconizamos todos sin discrepancias, de algunos medios para la defensa en especial de los intereses difusos carentes de protección. Principalmente en nuestra sociedad de consumo y en nuestro mundo, con el medio ambiental desequilibrado, en el cual se desatan fuerzas poderosas, que van complotándose – aun sin buscarlo, sin pensarlo, sin quererlo... – para hacer cada vez más difícil el desarrollo de la Humanidad, que es nuestro único objetivo.

E. *En lo estrictamente procesal* y ante el desarrollo de la organización del Ministerio Público u otros organismos que actuarán en el proceso civil, con mayores poderes, es imprescindible regular claramente las diferentes posiciones procesales que deberá asumir.

Y por consiguiente resolver, entre otros, los problemas de: *a.* legitimación procesal; *b.* oportunidades de su intervención; *c.* facultades en materia probatoria y de recursos; *d.* relación entre sus poderes y los derechos de las partes o los intereses que representa; *e.* efecto de las sentencias con respecto a dichas partes o intereses que no han participado en el proceso; etc.

F. En definitiva y en aras de una *Humanización de la Justicia* que queremos interpretar como la realización de la Justicia verdadera, real y no formal, sin la venda en sus ojos, debemos propiciar una mayor intervención del Ministerio Público en el proceso civil – así como de otros organismos que cumplan las

E. VESCOVI

funciones que éste no pueda alcanzar a realizar – pero de un Ministerio Público con una nueva orientación que le permita cooperar con el Juzgador, cuyo papel activo en el proceso admitimos cada vez más, en el cumplimiento de tan alta misión social.

TASK OF THE PUBLIC PROSECUTOR IN CIVIL PROCEDURE

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. E. VESCOVI

(Montevideo)

1. The Report begins with an outline and a delimitation of the subject. Taking into account we are in a Civil Process Congress, I have excluded the discussion of criminal prosecution by the M.P. – Nevertheless, in addressing the subject ‘Towards a justice with a human face’. I have to refer to the role of the M.P. in its collaboration with the Courts, in order to make justice more human. I will also assess some other institutions that will help in the analysis of representing public or social interest in civil litigation.

2. The second point of the Report is the analysis of the organisation of the M.P., including its origin, historical development and traditional roles.

Concerning its organisation the report addresses its role within the other state constitutions. Different systems are considered; those that subordinate the M.P. to the executive or judicial Power and those that consider it an independent institution.

Another point of concern is the analysis of the principles propounded by the French doctrine: unity, indivisibility, subordination, legality, impartiality, etc.

Lastly the report refers to the internal organisation of the ‘parquet’ and the training of its officers, with special emphasis on the requirements to meet the new demands of Society.

3. The report then goes on to evaluate the functions of the M.P. on the first place, its traditional role as custodian of the public cause and as defendant of the people unable to defend themselves: the infant, the widow, the old, the poor; generally speaking ‘the weak’.

Secondly, I discuss the role of the M.P. as enforcer or custodian of legality.

Besides, I make a brief comparative study of the M.P. on several different legal systems: the Anglo-Saxon Attorney, the Western European and Latin American systems and the prokuratura of the socialist regimes.

4. The Report also addresses the issue of the representation of public interest in

the process. It mainly refers to the more pressing problems: i.e. activities detrimental to natural environment and certain violations in the field of unfair competition and consumer protection. I discuss the different means of representing public interest in civil matters, acknowledging the basic weaknesses of the M.P. in representing public interest in Court.

I evaluate:

a. the ombudsman and the Meditor, as well as different government agencies of different countries.

b. The situations of the 'Private Attorney General', such as relator action, class public actions, etc.

c. Finally I study the transfer of functions from state agencies to social organisations, *representing* different types of constituencies. In this area the first step was to attribute a legal personality to partnerships, professional associations and the like.

5. Concluding, the report refers to the role of the M.P. and other institutions in Civil process and the various issues those institutions prompt.

One crucial issue in the extent of the participation in civil proceedings of the Procurator: if it has a general 'droit d'action' or just a limited one, or *if his activities* in civil litigation involves just the protection of people unable to protect their own interest, or if it is entitled to initiate suits in many other areas of social significance.

Another issue is the position of the M.P. within the process: *partie-principale*, *partie-jointe*, or just *comisellor* or consultant of the judge.

I have discussed some other problems that are germane to my analysis. Those different issues are:

a. The problems of capacity, adequate representation and standing. This is particularly meaningful for the M.P. or other defendants of public interest in the process: relator actions, class actions, associations, etc.

b. The extension of the effects of the judgement to all those who are represented; conversely the effectiveness of the 'res indicata' in regard to the parties that do not intervene in the process *per se*. Moreover, the guaranteeing of an adequate opportunity to be heard to all those who will be affected by the judicial decision, to the extent where in the judgement may bind assent parties.

c. The right of disposing acts of the nature of substantive law i.e. the relations between the M.P. and the party interested under substantive law.

d. The way the judge uses adequate remedial devices to make more effective his intervention in public interest matters. It is clear that the judge has an active role, working along with the M.P. in a process in which social and public interest are at stake.

e. The attacks on judgement, namely in the socialist countries, where the Prokuratura has a virtually unlimited right to appeal court decisions whether or not it has participated in the courts proceedings.

f. The problem of the surveillance of the legality of the decisions passed by the

TAREAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO CIVIL

Supreme Courts, as a legal safeguard as well as a mean of equalizing the jurisprudence.

Summarising, this work deals with every kind of and the different stages in civil process and proceedings, even with regard to enforcement in the socialist countries.

The Report ends with some brief conclusions that the author is pleased to submit to the consideration of the Congress.

JURISTS AND PARAPROFESSIONALS

YASUHEI TANIGUCHI

(Kyoto)

JURISTS AND PARAPROFESSIONALS

This general report is based on the following national reports:

Brazil, by Mr. Antonio Carlos de Araujo Cintra, Advogado and Professor, Sao Paulo

England and Wales, by Mr. F. C. Shepherd, Solicitor, Manchester

France, by Mr. Philippe Nouel, Avocat, Paris

Germany, by Prof. Manfred Wolf, Frankfurt

Hungary, by Prof. J. Németh, Budapest

India, by Prof. I. C. Saxena, Jaipur

Korea, by Prof. Sang Hyun Song, Seoul

The United States of America, by Prof. Gerald M. Rosberg, Ann Arbor

In addition, information obtained informally from the following persons has been incorporated in this report:

Italy, by Mr. Francesco Gianni, Procuratore, Rome

Thailand, by Miss Pornthip Jala, Legal Official of the Government of Thailand, Bangkok

Information about Japan is supplied by the general reporter. General Reporter acknowledges with many thanks the efforts of all National Reporters and cooperators.

I. Jurists and Paraprofessionals - Definition and Problems

1. PROBLEM OF DEFINITION

To many the word 'paraprofessionals' must sound unfamiliar. It is a relatively new word which came into use in the late 1960's in the United States. It means the person who did not go to a law school and therefore did not take the bar examination but after receiving some training does some legal work that a qualified lawyer would otherwise do. These persons almost always work as assistants to lawyers in law firms. Thus, they are called more often 'paralegal assistants' or just 'paralegal'. This is a peculiarly American phenomenon having hardly any equivalent in any other country. But, when we look in a broader perspective we can find in many countries the class of people who may be called 'paraprofessional' in the sense that they are not fully qualified lawyers but still do the kind of work that a fully qualified lawyer would or could do in the same country or in any other country. We use the term 'paraprofessionals' in this broader sense.

Another difficulty arises from the fact that the term paraprofessional was born in a legal system where the 'fully qualified lawyer' as opposed to the paraprofessional can be defined in a simple way. In many legal systems, the 'fully qualified lawyer' is as difficult to define as the paraprofessional because, due to

proliferation of legal professions, it is difficult to draw a line between the two. For example, it is probably wrong to classify the French notary as a kind of paraprofessional. But the notary has no right to appear before the courts and may look like a paraprofessional to the eye unfamiliar to the institution.

It is not a matter of prime importance to draw a clear line. Historically the legal professions arose gradually by themselves in response to political, social and economic needs. During the course of time such professions were institutionalized and became regulated by law. The history of the English legal profession, for example, well illustrates the rise and fall of various professions. Solicitors emerged as the court of chancery nose. Decline of certain courts led a disappearance of a class of professionals called 'proctors'. (Jackson, *The Machinery of Justice in England* (6th. ed. 1972) pp. 323-4). French Conseil Juridique seems to be in the course of establishing itself as a legal profession. Yesterday's paraprofessional may be tomorrow's 'full' professional. It is today's status which is naturally difficult to define. What is important for our present purpose is the role and function of all the people as a whole who are engaged in the legal affairs, however each of them is classified, full or paraprofessional, in making the whole legal system in general and the civil procedure in particular more or less 'human'.

With this in mind we define the jurist and the paraprofessionals as follows: Jurists are those who are qualified for the judgeship for the court of general jurisdiction or for general practice of law. Paraprofessionals are those who do not have such qualification, but engage in the work related to law. The term 'lawyer' will not be used hereafter to avoid confusion because it may mean the jurist in the above sense as well as the practitioner in law. To mean the jurist-practitioner, 'attorney' will be used.

2. PROBLEMS WE FACE

The problem we are going to deal with in this particular topic is a very fundamental one. Our purpose is to reexamine the present usefulness and future potentials of the jurists and the paraprofessionals, separately and as a whole. To what extent the jurists are essential, possible and available, and how they are limited and even harmful for a more human justice? Can the work of jurists be replaced by that of someone else? Does this serve for a more human justice or rather detrimental to it? Those are some of the questions constantly asked in recent decades since the whole legal system in general and the civil procedure in particular had to depart from the rather aristocratic tradition to meet increasing demands of general populace.

We have already witnessed such developments as elimination of attorneys from the small claims courts in the United States, use of non-jurists as quasi-magistrates in Germany (Rechtspfleger), employment of non-jurist assistants for the traditionally attorney's work in the American law firms, representation of the labor union or its members before the court by non-jurist union officers in Germany and Hungary, etc. These are examples of the jurists' retreat from their

traditional field of work for one purpose or another. On the other hand, we have found in some countries at least that jurists are making a great contribution for the advancement of law at this time of rapid social changes. Here neither the legislature nor the administration are properly responsive. It has been the willing attorneys and courts that brought about a more adequate solution to many novel causes. We see there not only an adequate remedy to particular litigants, but also an effective stimulus for a more political and official action. If we are allowed to talk about this as one aspect of the humanization of civil justice, we should ask for the social, economic and ideological background of such activities.

Since ancient days the law and the jurist have been inseparable. In a positivistic sense, the law has been nothing but another name for the jurists' activity. Now, such inseparability is questioned and the non-jurist's role in the legal system is reevaluated. It is of great significance to know what kind of jurists and paraprofessional are working in various legal systems and how. The legal profession is a historical and legal-cultural product peculiar to each legal system. But we may be able to learn from the experience in other systems and to discern a general tendency common to many legal systems. In doing so we should not limit our attention narrowly to the civil procedure, but look at the whole picture of jurists and paraprofessionals. In the following we will see first broadly the jurist and paraprofessional as they exist in the contemporary world and then focus upon their procedural activities in the light of humanization of procedure.

II. Jurists and Paraprofessionals in Comparative Perspectives

1. QUALIFICATION AS JURIST – UNITARY AND DUAL SYSTEMS

The world seems to be divided in the qualification of the judges and the attorneys. One system provides for one unitary qualification for both of the professions, whereas the other system has different qualification for judges and attorneys. Germany, Japan, and Korea adopt the unitary system in the civil law world. Common law countries also adopt the unitary system of a different type.

1) Unitary System I: Germany, Japan, Korea Type

Under these systems the candidate for any type of jurist takes a state examination to become the legal apprentice for a fixed period and then another state examination at the end of the apprenticeship qualifies the apprentice for the judgeship, prosecutorship and the attorneyship. Legal apprentices are invariably graduates from the university's undergraduate legal education. Some variety is found, however. The length of apprenticeship is 2 years in all of these countries. In Germany the training takes place only in the field, namely courts and elsewhere,

including administrative agencies, whereas Japan and Korea have a school called Legal Training and Research Institute attached to the Supreme Court, which gives class room instruction. Japanese apprentices spend the first 4 months in the Institute, following 16 months (8 months in civil and criminal courts, 4 months at Prosecutor's Office, and another 4 months at attorney's office) in the field and then the last 4 months back again in the class room of the Institute. In Korea this is arranged 6-15-3 months respectively. Neither in Japan nor in Korea a training in administrative agencies is provided.

2) *Unitary System II: Common law Type*

In the common law world, the system of the United States is typical of the unitary system. A law school graduate who has studied law for 3 years after finishing 4 years undergraduate college education takes the bar examination given by each State, which qualifies him to practice in the State. Judges are appointed or elected from among the practicing attorneys. There is no way to become a judge without experiencing practice as an attorney as in civil law countries. This is the greatest difference between the civil law and common law systems, and may have a great significance in relation to humanization of procedure. But this problem is treated elsewhere (Topic 6). India seems to follow the same pattern except that the judges are recruited on the basis of a competitive examination which the attorneys (advocates) of at least 10 years of experience are eligible to take.

The English system is more complex. There are two separate avenues leading to two distinct kinds of attorney, namely barrister and solicitor. It is interesting to notice that their training and qualification are conducted within these professions with a combination of class room, apprenticeship and examination and the university education has it least in theory little to do with it, although most of the recent candidates are university graduates and the system itself seems to be changing. Another feature is that the eligibility for judgeship of general jurisdiction is restricted to the barristers of 10 or more years of standing. Solicitors as such are not eligible for any judgeship although they can make way to a judge by first becoming barristers. Therefore, the uniformity of qualification exists only among barristers and judges. In view of the importance of solicitors as jurists the English system offers a unitary system considerably modified.

3) *Separate System*

Separate system is represented by France, Italy, Brazil, and Hungary. In France, there is now only one kind of attorney called 'avocat' for most purposes. Qualification for avocat can be obtained by taking an additional one year course at the university's law faculty leading to 'certificat d'aptitudes à la profession d'avocat'. Those who aspire for judgeship must take an examination for admission into 'Ecole National de la Magistrature' where the paid trainees spend 2.5 years. The only common training is the university's legal education leading

to 'licence en droit'. The Italian system is similar. University law graduates apprentice for one year to take the examination for the initiating attorney called 'procuratore', the stage to become 'avvocato' several years later. A candidate for judgeship takes a different examination but there is no special school for training judges. In Brazil, a graduate from an officially recognized law school may practice when he is approved in a term of probation (estágio) or when he passes a bar examination. Those who want to become a judge must take an examination given by the judiciary. Thailand's system is similar except that everyone must take an initial Bar Examination.

The Hungarian system seems to belong to the separate system, too. Everyone who seeks a legal career must, after finishing university legal education, obtain a legal diploma by completing a dissertation and passing state examinations on important legal subjects. Then they work as trainees at the court, at the public prosecutor's office, at an attorney's (advocate's) office or elsewhere, depending on what they plan to become eventually. Preparatory examination after one year and the special legal examination at the end of the second year will qualify the trainees for respective legal professions. Subjects of examination vary according to the kind of profession.

4) Some reflections on both systems

The separate system seems to create the feeling of separateness. 'Lawyers and judges fail to think of themselves as members of a common profession' as Prof. Cappelletti put it (Italian Legal System p. 109). Japan had a kind of separate system and the present unitary system was started in 1947. The result was a sense of commonness among jurists. The new system also raised the academic and professional standard of attorneys. Under the separate system the training given to prospective judges tends to be superior in quality to that for apprentice attorneys which is given usually by busy senior members of the profession. However, as long as the civil service judgeship is adopted it seems difficult to maintain 'the sense of commonness.' Judges and attorneys are separated as soon as they finish training and mobility between the two branches does not exist. The problem of whether the civil service judiciary is superior or inferior to the common law system of recruiting judges from the practicing bar is treated elsewhere. We are only concerned here with the relative superiority of the two systems within the framework of the civil service judiciary. As a matter of theory there should be no doubt that the unitary system providing a common training is more desirable. It places the judges and the attorneys on the same footing. They can better understand and respect each other's work and foster a better personal relationship. Such seems to be a prerequisite for a more human procedure. It is interesting to notice that a recent reform in England made a solicitor eligible to become a judge by first becoming a part-time Recorder or a part-time Deputy Circuit Judge for 5 years (soon to be 3 years). This is certainly a step toward a more complete unitary system in England.

2. SOCIAL STATUS OF JURISTS

Social status of the jurists as a whole has a great importance for the quality of justice. It depends on many factors, such as prestige, income, power (political or otherwise), intellectual level, leadership, image of each member of the profession as well as of the profession as a whole. For example, doubled salary would raise a judge's social status. But for the most part, it is a historical and cultural phenomenon. Traditionally the status of jurists in common law countries is higher than their civil law counterparts.

About 150 years ago, an insightful French observer, de Toqueville, spoke of American jurists as the nobility of America. Such status does not seem to have changed since then. Although lower than medical doctors and dentists they earned an average of \$ 42,000 a year in 1975. American jurists play an important political and economical role by occupying a number of positions of leadership in the government as well as in business. Two-thirds of the country's presidents have been jurists. A majority of the members of the U.S. Senate and House of Representatives are jurists. It is against this elitist background that we can understand the development of the so-called public interest legal activities which ventured successfully into such new problem areas as environmental protection, pollution control and consumer protection, which is, as suggested earlier, one aspect of the justice with a human face.

Better social status is essential to recruit the better qualified member of the population to the legal profession. On this point our national reporters are unanimous in pointing out that the legal profession is one of the most sought after careers among young people in their respective countries. The Hungarian situation is of interest. At the beginning of World War II, 33.8% of high school and university graduates became jurists and they were the source of social and political elites. Even the lower rank jurist's income was five times as much as that of a skilled worker and exceeded that of other intellectuals who were also university graduates. Now under the socialist regime for 30 years, the present 28,960 jurists, though about the same number as before, represent only 9.6% of high school and university graduates and their income is surpassed by that of veterinary surgeons, medical doctors, engineers and economists. Nevertheless, the legal profession continues to be very attractive to young people. The rate of competition for admission to a university's law faculty, which is now 1 to 4-5, is significantly higher than in any other department.

It seems necessary, however, to be careful to distinguish between the bench and bar when we consider their social status. People's faith differs considerably. Judges are in a better position to earn more faith because their position is safeguarded by such institutions as high salary, tenure, judicial independence, etc. The practicing profession is vulnerable to suspicions of improper conduct such as overcharging, prolonging or making up affairs. The prestigious Harris Poll in 1973 showed that in the United States the public places less trust in law firms than in many other institutions including the military, local police and garbage col-

JURISTS AND PARAPROFESSIONALS

lectors (Schwartz, ed. *Law and the American Future* (1976) p. 128). The shyster image of attorneys is universal and difficult to overcome. Extremely vigorous control of attorneys' activities, especially fee regulation, may correct it, but it would reduce freedom of attorneys as well as income, which in turn reduces attractiveness of this profession.

Japan experienced an interesting change of public image of attorneys. In the premodern times up to 1870 the legal practice was condemned as immoral and officially suppressed. Although the profession came into legitimate existence in the 1870's and grew constantly as modern Japan grew, the public paid little respect to them. Accordingly the practicing bar was not a place for social elites. Better qualified people rather chose judiciary or procuracy. However, institutional changes after World War II, one of which was the unitary system as mentioned before, prepared a new development. Practicing bar has absorbed more and more able people who would have gone to the judiciary before. Their activities within and out of courtrooms succeeded to create a new image of attorneys as the defender of justice and people's rights. The legal profession, particularly that of practicing attorneys, has become one of the most aspired for but difficult to attain careers. Every year only less than 2% of the applicants can pass the State Legal Examination. An opinion survey in 1970 showed that judges, prosecutors and attorneys attained about equally high points in their image of 'bright' and 'sharp'. Attorneys' points in 'trustworthy' was naturally lower than judges and prosecutors but higher than politicians.

3. POPULATION OF JURISTS

One of the important factors to measure the quality of the service by jurists is their outright man power. There must be enough judges to process properly all the cases brought before them. If the number of attorneys is too small to represent the parties to litigation, the parties must pay more to get representation at all, leaving some others without representation, or the attorneys can do very little for each case if they take all the cases. But, proper number of jurists is very difficult to determine. It varies system to system. Many elements are relevant. For one thing, the type of procedure and practice is to be considered. But it is also true that the number of jurists determines largely the way the procedure is conducted.

Common law countries typically have smaller number of judges and greater number of attorneys. In 1975, England and Wales had 75 High Court Judges, 20 Lords Justice of the Court of Appeals, 10 Lords of Appeal in Ordinary, 272 Circuit Judges, 18 Masters of Supreme Court in London, 114 District Registrars, 370 Queen's Counsel, 3,646 Barristers of the Junior Bar, and 29,850 Solicitors against 30,619,100 population of 15-65 in age (about 49 million population in 1972). In the United States there were 355,242 jurists in 1970 against 203 million population with civilian labor force of 86 million, the population of lawyers in the labor force being approximately one in 240. Federal judges numbers 500

outside of 9 Supreme Court Justices. In 1970 the number of state judges was slightly less than 10,000.

Looking to civil law countries, Germany has 11,203 judges in the ordinary judiciary only and 26,000 practicing attorneys against 60 million of population. France has about 5,000 judges and some 12,600 attorneys (*avocats*) plus 60 *Avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat* against the population of 53 million. For Brazil, no national statistics are available, but the State of Sao Paulo has about 40,000 attorneys, a great number of whom are not in practice, 778 State judges and 362 labor judges against the population of 21,776,195. Korea and Japan show a similar pattern. Korea has 521 judges in addition to 16 Supreme Court Justices and only 809 practicing attorneys (not all of them active) against 35 million population. In Japan there were 1,148 full judges, 709 associate judges and 644 summary court judges as of late 1972 and some 12,000 attorneys against about 110 million population. Thailand had 766 first instant court judges, 85 court of appeal judges, 46 supreme court judges (total 897) and 3,001 first class attorneys and 325 second class attorneys (kind of paraprofessional) against the population of about 40 million.

On the socialist side, Hungary has 22,184 active jurists including 1,446 judges, 1,527 attorneys (*advocates*), 952 public prosecutors, 169 notaries and about 5,300 company and cooperative lawyers, the rest working in other areas of administration and economy, against 10,572,000 population.

These figures, are difficult to compare with each other to draw any meaningful conclusion. We must keep in mind the following points: (a) Each legal system has a different set of legal professions functioning differently. For example, the 'lawyers' in the United States do what English Solicitors and Barristers and French Notaries and paraprofessionals of many countries do. (b) Legal systems differ so that different kinds of jurists are required. Existence and non-existence of French type notary, for example, reflect such difference. Where the representation by an attorney is required before the courts, the system needs more attorneys than where it is not. (c) Different cultural tradition and social condition require more or less number of jurists. The United States, being a melting pot of races and cultures, is in contrast to Japan and Korea which are racially and culturally homogenous and where conflicts can be more often solved informally without any professional intervention by jurists. Socialist ideology seems to have affected the number of lawyers, too. In Hungary apparently the number rather decreased despite the country's economic development during 30 years after the War. In the People's Republic of China, the profession of practicing attorney seems to have ceased to exist by the 'cultural revolution'.

It is difficult to determine what is the proper size for a particular legal system. An excessive number means a waste of social costs. Unduly small number means, of course, an inadequate service to the citizens. When we consider this problem we must consider the paraprofessionals at the same time because as pointed out earlier, the jurists and the paraprofessionals are mutually supplementing each other's function. Even if a system has a small number of jurists, the

society might be still well served if it has a sufficient number of paraprofessionals of an adequate quality.

4. TYPES OF PARAPROFESSIONALS

1) *Paraprofessionals in the Judiciary*

a. German Rechtspfleger: This is the most notable example of a paraprofessional in the judiciary. Creation of this new institution in 1957 was intended to lessen the burden of civil judges. Law was further amended in 1969 to broaden their civil jurisdiction and to extend their power even over some criminal matters. Rechtspflegers work only in the Ordinary Court and the Labor Court and not in Administrative, Social and Financial Courts. They handle non-contentious matters especially relating to real property such as land registration, judicial auction sale, supervision of certain execution proceedings and domestic relations and probate. They are also in charge of summary payment order proceedings (Mahnverfahren). They can occupy positions for the court administration and furthermore serve as assistants to judges. It has been pointed out that contrary to the original legislative intent Rechtspfleger is now given power to decide certain contentious matters. Our German national reporter raises the problem of how the objective of a more efficient and speedy justice can be harmonized with the constitutional mandate of the justice by the constitutional judges and even casts doubt if the constitutionally permissible limit has already been violated.

Rechtspfleger's training takes 3 years, to be compared with 5.5 years for the jurists, which consist of practical training in the court and the specialized study for at least one year in the School of Rechtspfleger. The training is strongly oriented for the special field in which they will work later. Rechtspfleger may possess, therefore, better knowledge than the judges in the specialized field, but tend to lack general overview of the whole legal system the judges are expected to hold. Anyhow, the Rechtspfleger has become an indispensable part of the German judiciary. As against 11,203 judges about 10,000 Rechtspflegers are now working and getting about 50–60% of the judge's salary. There is now a movement on the part of Rechtspfleger to raise their status and strengthen their power.

b. Japanese Summary Court Judges: Japanese judge of the lowest rank, Summary Court judge, can be a non-jurist and offers another example of paraprofessional in the judiciary. They may be recruited from among persons having over 3 years of experience of any law related work. As of 1970, more than half of Summary Court judges had no qualification as jurists, most of them having been recruited from the court clerks through certain selection procedure. Summary Court is a court of limited jurisdiction (up to 300,000 yen or about \$ 1,000). Young or retired jurist-judges work there along with paraprofessional judges.

c. Lay judges and Para-judges: We find lay judges in several countries. But they are short of being called paraprofessional because their position is either on a part-time basis or temporary. Although this is an important subject, it would be better treated elsewhere.

Another interesting phenomenon is the rise of 'para-judge', so to speak. Some countries have certain court personnel who are recruited from qualified jurists and perform a judicial function. Masters and Registrars in England and Magistrate and Referee in Bankruptcy (commonly called Bankruptcy Judge) in the federal judiciary of the United States fall in this category. (Master in the United States is, unlike English Master, appointed case by case and need not be a jurist, thus being more like French 'expert'.) All these are the institutions having a similar objective to that of *Rechtspfleger*. They handle interlocutory or auxiliary matters relating to civil litigations mostly in the pre-trial stages. There are 18 Masters in Supreme Court in London and 114 District Registrars outside London. It seems that English Masters are given more power than American Magistrates. American Referee in Bankruptcy has a broad power concerning the supervision of bankruptcy and other insolvency proceedings although their decision is reviewable by the judge.

d. Evaluation: The wisdom and problems of having paraprofessional judicial personnel are best illustrated by German experience with *Rechtspfleger*. The institution has been a great help in making the overall judicial operation more efficient and speedy. This is certainly an aspect of humanization of procedure. But, the more they are utilized, the more unclear become the distinction between the judges and *Rechtspfleger*, thereby engendering a serious constitutional problem, as pointed out by our German reporter. If we blur the institutional safeguard for the independent justice by pursuing efficiency, we are in fact going contrary to the ideal of humanized justice.

Probably the para-judge can exist only in Anglo-American system, where the judicial office enjoys a high prestige and limited in number. In civil law systems, no qualified jurist would be as happy as their Anglo-American counterpart to be merely a second class judge.

2) *Paraprofessionals outside Judiciary*

a. American paralegal assistants: As mentioned before, this is the origin of the term 'paraprofessional'. The phenomenon became a matter of concern in late 60's. Even long before that, training of the legal secretaries with substantial experience had been conducted within some law firms so that they could relieve the attorneys of some routine tasks. Around 1970, systematic training of paraprofessionals for law firms was started. The most famous one is the Institute for Paralegal Training in Philadelphia, which was founded in 1970 by 3 attorneys and one business man. The Institute admits college graduates, virtually all women of good academic standing, for a course of study that lasts 13 weeks (180 class

JURISTS AND PARAPROFESSIONALS

hours). Students can prepare themselves for paralegal work in the area of corporate law, trust and estates, litigation, real estate, employee benefit plan, or criminal law. A number of similar institutions have sprung up. They vary in the length and contents of the training they give. Many paralegal programs are conducted as a part of college curriculum. As of 1976 there were about 200 different programs in operation in the country.

These paraprofessionals are not independent practitioners but employed by law firms or governmental agency, etc. and work under the supervision and control of an attorney. How many paralegal assistants are working is difficult to tell. But presumably the number is substantial. Some law firms employ about the same number of paralegals as attorneys. In some neighborhood legal service offices for poor areas usually have several times as many paralegals as attorneys in order to provide as much service as possible under a limited budget. Association of Paralegal assistants exists in almost every major city. In 1975 the National Association of Legal Assistants was founded.

According to a recent survey, 36.8% of the paralegals responding viewed litigation as their primary area of responsibility. They handle the following tasks: (1) interviewing the clients in order to obtain a general description of the problem, (2) factfinding by means of interviews with witnesses, (3) searching public records for information relevant to the law suit, (4) drafting some fairly simple pleading and motions, and (5) cataloging trial documents. Although paralegals cannot argue before the court or give advice to the client, they may do a substantial work behind the scene. Their salary is much lower than attorneys! In 1974 the average starting salary was \$ 8,500 a year (\$ 10,000 or more in New York City). A paralegal with 3-4 years of experience will receive \$ 12,000. By contrast, starting salaries for attorneys in the large firms range from \$ 16,000 to \$ 28,000.

Since the development of paralegal assistants is relatively recent and still in the stage of forming itself, its future is uncertain. So far there has been no control of paralegal training schools. American Bar Association's effort to initiate a system of accreditation of those schools has met with considerable opposition. ABA has, however, promulgated guideline for programs training legal assistants. Neither exist any system of certification required of paralegals. National Association of Legal Assistants mentioned above has just started its own certification program by giving examination. But this is voluntary.

The effect that the use of paraprofessionals could have in the humanization of justice would be as follows: (1) Since paralegals are paid substantially less than attorneys and do what young associate attorneys would do, overall costs could be reduced to such a degree that any persons of moderate means could obtain legal service from an attorney. (2) Paraprofessionals handle certain small tasks that involve so little money that no attorney will now undertake them. (3) Paraprofessionals can spend more time with the clients and develop a closer relationship to better satisfaction of the clients. The cost reduction effect is the most emphasized by the proponent of paraprofessionalism. But the cost reduction within a law firm and the firm's bill to the clients are two different things.

Having seen no noticeable reduction of bills, the suspicion is now widespread that the paraprofessionalism may be simply another device for attorneys to make more money. Our American reporter remarks: 'In a truly competitive market the availability of paralegals should have the effect of reducing costs to the client. The problem is that competition – particularly price competition – has not been a significant feature of the American legal community. Licensing of lawyers, minimum fee schedules, bans on advertising of services and prices have all tended to insulate the lawyer from price competition. For that reason, there is often little incentive to shift to paralegals except for the purpose of increasing the profit of the firm. But it is important to note that many of the obstacles to competition are being swept away. The Supreme Court has invalidated minimum fee schedules and bans on advertising, and it may well be that lawyers will begin competing for clients by reducing the cost of their services.'

b. English Legal Executives: English firms of solicitors employ both qualified and unqualified assistants. Some of them are fully qualified as solicitors but have not taken out a practicing certificate because this is unnecessary unless to practice as a principal or appear in Court. Those who are not qualified may still engage in highly skillful and responsible legal work within the firm. Senior clerks called managing clerks have been recognized and even have the privilege to appear in certain judicial proceedings not in open court but in chambers. In 1963 the managing clerks formed the Institute of Legal Executives and started calling themselves Legal Executives. The Institute gives examinations to certify different grades of professional capability of the solicitor's assistants. This phenomenon was accepted by some observers as the rise of a third legal profession outside of barrister and solicitor. Legal Executive seems to be similar to the American paralegal assistants. But it is interesting to know that their salaries will normally reflect skill, experience and value to the employer, rather than lack of legal or paralegal qualification, as our English reporter assures.

In Australia also a similar situation seems to obtain, and more systematic training and education of paralegals is being discussed. At the National Conference on Legal Education held in 1976, the term 'paralegals' was understood to cover managing clerks, other law clerks, and clerks working in branches of the Public Service who have close day to day contact with the legal profession and the administration of the law. The Institute of Legal Executive also exists and includes members from each of the above mentioned groups, and other persons to be categorized as 'non-lawyers' such as settlement clerks, land brokers not working for legal offices, or clerks employed with executor and trustee companies.

c. Independent Paraprofessional Practitioners: Some legal systems allow non-jurists to practice in the field of law or in related fields with or without officially controlled qualifications.

(i) *Brazilian Provisionados:* Provisionado is a person who, having no qualifications as jurists, namely being not a Bachelor of Law, is licensed to

JURISTS AND PARAPROFESSIONALS

practice as an attorney at law. The license is issued by the respective section of the Brazilian Bar Association upon examination on important legal subjects for practice only in, at most, three judicial areas, in each of which no more than three attorneys are in practice. The license is valid only for 4 years, but it is renewable.

Thailand has a similar system. Anyone who graduated from a university's law faculty may practice as the 'second class attorney' only in the area where he asks for permission to practice. There are 325 second class attorneys, who practice only in rural areas.

(ii) *French Conseil Juridique*: French law has no restriction on the practice of law unless a person engages in representation of the party in the court. This situation gave rise to a legal profession called legal consultants (*conseil juridique*), who gives legal advice and does extrajudicial paper work for the clients. Consultants need neither any qualification nor subjected himself to any official or professional control. Many foreign attorneys began a practice of this type. Some change in law was brought about in 1971 and now the title of 'conseil juridique' or any other title implying that a person is engaged in a profession of legal adviser, is forbidden to anyone who is not member of the Association of Legal Consultants (*Ordre des Conseil Juridique*). Members of 'Ordre' are now subject to certain rules both as to admission and as to supervision. Now about 3,500 consultants are registered. There must be some practicing legal consultants who do not use the title of *conseil juridique* or one similar to it and, therefore, are not members of 'Ordre'.

There is also a possibility of a practicing non-jurist representing the parties before Commercial Court and Labor Court, since there is no restriction of representation in these courts. Our French reporter assures, however, that the number of such persons engaged in litigation without being *avocats* is certainly small, although, as noted later, paraprofessionals in organizations may participate in these court proceedings.

Italy also has practicing legal consultants (*Consolente*) without any license. But their number seems to be much smaller than in France. It is an interesting question why the legal consultants prosper only in France.

(iii) *German Rechtsberater*: In Germany a license is required if a nonattorney wants to give legal advice and handle legal affairs professionally. The license is issued by the president of *Amtsgericht* or *Landgericht* upon a sufficient showing of good character and legal knowledge. If necessary, an examination is given to the applicant. But there is no special training for the profession. License is granted for certain areas only and, depending on the applicant's knowledge, only for a specified field of law. The licensee, legal adviser, can work solely outside the courts except before Administrative Courts.

Rechtsberater can argue, however, before Civil Court and Social Courts as Helper (*Beistand*) or Litigation Agent (*Prozessagent*) if he obtains special permission.

d. *Special Attorneys*: Many countries have different kinds of special attorneys

who help and represent the clients before judicial or administrative proceedings.

(i) *Tax Attorney*: German Tax Adviser (Steuerberater) can not only give advice but also appear before the Financial Court for the client. Japanese and Korean Tax Attorneys can only act outside the courts, but are able to represent the client in the Administrative Tax Tribunal. India also has active tax practitioners.

(ii) *Patent Attorney*: English patent Agent, German Patentanwalt and Japanese and Korean Patent Attorneys are capable to appear in Patent Courts or Patent Office proceedings. In the United States also there is non-jurist patent practitioners who satisfied certain requirements for admission to administrative practice. In Hungary Patent Agents seem to have a larger power. Patent Agents handle affairs related to patent, trademark and industrial design and have the same legal status as ordinary attorneys. Applicants for the profession must be a university graduate of technical or science major and pass an examination which is mostly legal. Additional training is given by National Patent Office.

(iii) *Others*: In the United States there are practitioners specializing in dealing with various regulatory agencies and administrative bodies with permission by respective agencies. The work is highly specialized, so that ordinary attorneys are reluctant to go into this field.

e. Legal Scrivener in Japan and Korea: Legal scrivener is a practitioner who draws papers for use in judicial proceedings such as pleadings or motions for the client who does not retain an attorney. Another important work of the scriveners is the registration of real property and commercial registration. There is some evidence that the legal scrivener was patterned after French Avoué around 1880 in Japan. Although their involvement in litigation is limited to making papers and their fee is fixed by the number of pages they write, it is unavoidable that he gives legal advice to the clients on the basis of his knowledge and professional experience. In reality, the scrivener is used by citizens as a cheap substitute for an attorney. In Japan there is a movement of the scriveners to obtain the right to represent the clients before the Summary Court. Such movement is strongly opposed by the organized bar.

f. Paraprofessionals in Organizations

(i) *Paraprofessionals in Labor Relations*: In Germany what is called Association Representative (Verbandsvertreter) is allowed to appear in Labor Court and Social Court proceedings. Before Labor Court a labor union representative or representative of employers association may represent the union or association itself or its members. These representatives must not be practicing attorneys or Litigation Agents (Prozessagent). Workers and employers who are not organized in a union or association cannot enjoy the benefit of being so represented. Such representation service is free of charge for the members. They may be already qualified jurists, or they are trained by the union or association to which they belong. There is an 11 month seminar for training, in which an emphasis is on the

labor law and procedure. Their expertise in this field is evaluated today superior to that of an attorney.

In France also paraprofessional members of labor union or representatives of employers are active in Labor Courts. But our French reporter suggests that they have not been very successful because the *avocats* have answered the need of the parties in this field.

In England legal advice and representation for union or trade association members are provided by qualified legal personnel full time employed in the union or association. But in the industrial tribunal proceedings paraprofessional union officers may represent the union. Also in the United States a New York statute, for example, allows lay representation by unions and welfare organizations at workmen's compensation board meetings.

In Hungary what is called Trade Union Legal Aid Service was established recently with the aim to protect the interest of workers by giving legal information, advice and legal representation. The Service has been organized in about 1,500 industrial, transport and agricultural enterprises, institutions and industrial cooperatives, and run by one or more persons who may or may not be qualified jurists. It is usual, however, to have at least one qualified jurist in a Service. The Service gives information and advice to all workers regardless of whether they are trade union members or not, concerning not only the labor law, but also any other problems workers may encounter. Thus, the Service may draft a contract or provide representation for the worker, if necessary. Although not required, it is usual that the jurist-member of the Service performs the representation before the court. All services are rendered free of charge. In 1975, when the Service was only in the experimental stage at the appointed 50 companies the workers consulted the Service concerning 16,000 legal cases over a period of 7 months. Practicing attorneys (*advocates*) are understandably reserved and to certain extent opposed to the development of the Service. Judges are also more willing to work with the trained and routined attorneys. But our Hungarian reporter concludes that the paramount objective to protect the working class must prevail over the attorneys' professional interests.

(ii) *Paraprofessional in Business and Government*: In many civil law countries not all graduates of a university law faculty enter the career of professional jurist. Many of them are active, however, in legal departments of companies and governmental agencies. It has been a tradition in Japan, for example, that companies employ university law graduates and train them to be able to handle company's day to day legal affairs. Thus, the legal work conducted by these non-jurist employees range from drafting contracts to forming a subsidiary or joint venture company. They are very often even better skilled and more knowledgeable than average practicing attorneys in the specialized field. A number of them have been sent to the American law schools for one or two years to study American law and international trade law, the knowledge of which is necessary for the company's daily business. Companies resort to outside attorneys only when matters are really difficult or require litigation. These employees specializing in law are

not treated specially by any means because of the nature of their work. They are getting the same salary as other employees of similar standing. How many company employees are engaged in legal work is difficult to tell. There is a great variety from company to company in the training and legal sophistication of such employees. But it is true that a substantial amount of legal work is processed by them, which would be handled by qualified jurists in other countries.

Similar practice is found in the government agencies, too. A Higher Civil Service Examination is given for 'legal offices' along with 'administrative offices', 'economic offices', etc. A law graduate who is employed by a Ministry or agency may be assigned to the section dealing with legal affairs. They draft regulations and statutes or participate in various quasi-judicial proceedings.

National reports are not explicit on this point except for Korea which is like Japan, but similar situations may exist in a varying degree in other countries.

(iii) *Law Students*: In the United States many law students spend their summer vacation, usually between 2nd and 3rd year, by working with law firms. They do about the same work as their first years of law practice after graduation. Moreover, a substantial number of law students are involved in the clinical education program which is offered by 90% of accredited law schools. Clinical programs offer legal services at little or no cost to low income persons and is financed by each law school. By virtue of special arrangements with the state court, the students give legal advice to their clients and even represent them in court under the supervision by the attorney in charge of the program.

Japanese law students, though undergraduates, can have a similar experience. A group of students supervised by professors hold legal consultation sessions open to the public free of charge. But the students are not allowed to represent the parties in court. Senior Brazilian law students may start their probation term as trainees in law firms, law departments, courts, etc. and be allowed to perform some activities of rather minor nature.

5. SUMMARY

As we have seen there is a great variety of persons who may be categorized as paraprofessionals. Some paraprofessionals are in a competitive relationship with the jurist. Theoretically this is always the case when a paraprofessional's field of work overlaps with that of the jurist. If a paraprofessional is allowed to represent his client before the court or administrative tribunals he must compete with the jurist-attorney who is always entitled to do so. But frequently such competition is not real because the jurists may not be active in their full range of possibilities for a variety of reasons. The United States is certainly one of the rare countries where the jurist-attorneys actively cover all the field related to law, outlawing all types of unauthorized legal practice. But, even there, non-jurists are allowed to appear before certain administrative agency proceedings and the jurist-attorneys are not eager to keep that particular field of work for themselves. In some cases the actual or felt competition is more real. Avocats and

conseil juridique in France and the attorneys and the legal scribes or the patent or the tax attorneys in Japan and Korea can be mentioned as examples of such case. Typical of the non-competitive relationship between the jurists and the paraprofessionals is the case where they are in a superior-subordinate relationship. American paralegal assistant is a good example. German Rechtspfleger is also of such nature.

Some paraprofessionals have been deliberately created whereas the others have arisen by themselves in a vacuum. French conseil juridique arose in a vacuum created by the jurists who were not active in the corporate consulting work and by the law which did not prohibit legal consulting by non-jurist. Rechtspfleger and some trade unionist paraprofessionals, for example, were created deliberately by legislative action or otherwise with an explicit intent to better the legal service by way of a redistribution of legal tasks. With some paraprofessionals this process has taken place relatively recently or is still going on as in case of American paralegals, but other paraprofessionals are already old enough to be a part of the tradition of particular legal systems. To the comparativist's eye the newness or the oldness of a foreign institution is not very relevant because a new institution in one system may find in another system its equivalent or at least its functional equivalent which has been long existing. What is important for us is to see how well the needs are met by the institutions in an optimal fashion in terms of efficiency and justice. The world is certainly in the direction to seek for the best combination of jurist and paraprofessional. The foregoing analysis of various institutions has shown us that each legal system can learn a lot from each other in that direction.

III. Activities of Jurists - Attorneys

In the previous chapter we placed an emphasis on the legal profession as a whole, jurist and paraprofessionals in perspective. It is necessary now to focus on the jurists more closely because they are still the principal figure in the legal world. Especially since our interest is in a more human procedure we must look into the jurist's role in litigation. We must be aware, however, that a more human procedure is not solely dependent on the jurist's activities in the courts. Their activities outside the court may be instrumental for humanizing the procedure in a variety of ways. Even the absence of their participation in the procedure could benefit procedure. Because of importance and variety, our main emphasis will be on the practicing jurists (attorney) rather than the judges which has been treated elsewhere (Topic 5).

1. MODE OF PRACTICE

1) Size of Office of Attorney:

In most countries attorneys practice either in solo or in a small office having only a few attorneys. Even in the United States where big law firms are particularly notable, as many as 84% of attorneys in private practice are associated with firms that have four or fewer partners. It seems that the tendency is to form some sort of group and the practice of a single attorney alone is becoming rarer in large commercial and industrial centers. Generally speaking the grouping tendency would serve the purpose of humanization of legal service. It can increase the efficiency and quality. If a firm comprises specialists in various fields the clients would find a convenience they find in a department store. Interestingly, in Hungary all attorneys practice in what is called 'advocates communities,' which have independent legal entity and comprise 4–20 attorneys. It may be assumed that the merits of group practice are recognized under the socialist regime, too. A danger, however, of large group practice might be in impersonalization of legal service. In other words, traditional one-to-one relationship between the attorney and the client tends to be lost.

2) Place of Practice and Fixed Number of Attorneys:

Legal systems are divided in defining the place of practice for attorneys. Certain geographical restriction exists in Germany and France. In Germany, for the civil cases litigated before Landgericht and up, the attorney can appear only in the district in which he is admitted to practice. In France a distinction is made between the appearance and the filing of pleadings. Avocat may appear in any court except for the Cour de Cassation and the Conseil d'Etat for which there are special attorneys. But the filing of pleading must be conducted by an avocat practicing in the court in which the case is pending. In Brazil, India, Japan and Korea an attorney can practice anywhere regardless where he maintains his office and is a member of a local bar. In Italy, while as a procuratore his practice is limited to the district of the court of appeal in which he resides, but this limitation is lifted when he is promoted to the avvocato rank. In the United States, attorneys are admitted to the bar of each State and not able to practice in other States as a rule. An agreement between States may allow practice of attorneys of other states on the reciprocal basis.

Concentration of attorneys in big commercial and industrial centers is a phenomenon common to many countries. In Japan more than half of the attorneys of the country have offices in Tokyo which has only about 10% of the Country's population. Korean situation seems similar. Since attorneys can practice anywhere and before any court in the country there is a large incentive to base their practice in a large city to enjoy benefits it offers. It has an adverse effect on the availability of attorneys in local areas. The system which allows

the attorney registered in certain district to practice only within that district would relieve this difficulty to some extent. The solution would be to allocate a certain number of attorneys to each district and allow them to practice only within it. Hungary does this in an indirect way. There the number of advocates communities to be established in the capital and in the various counties as well as the minimum and maximum number of advocates of one community is defined by the Minister of Justice. In the Western side no country fixes the maximum number of attorneys except for special categories of attorneys. Thus, the number of *Avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat* is fixed at 60. Limitation in the number could be effected by different ways. Japan does not fix the maximum number as such. But every year only about 350 new attorneys are admitted in the Japanese bar. This is almost like fixing the total number of attorneys if we consider the small sized bar now existing as mentioned before. In the United States by contrast almost 30,000 are added every year to its already large bar. Wisdom of limiting the number of attorneys to a small number is a difficult question. It would be a good single way to maintain a high quality of the bar. But it would also have some undesirable sides. It would foster a feeling of privileged class, deter competition and inventiveness and finally make the attorneys' service unavailable to average citizens.

2. AVAILABILITY OF ATTORNEY'S SERVICE

Ready availability of attorney's service is a prerequisite for the justice with human face. Availability of attorney is impaired by many factors such as geographical maldistribution of attorneys, number of attorneys, costs of retaining an attorney, psychological deterrence, etc. The first two are related and have been discussed previously. The cost problem is the most important one. In most countries the attorney's fee determined basically by the amount in controversy. In Germany the simple fee is DM 60,— for a matter of DM 1,000 and DM 470,— for a matter of DM 10,000, for example. In case of litigation 3 times of the simple fee must be paid. In France the fee is composed of costs and fee proper. The costs consist of the fixed part and the proportional part depending on the amount at stake. Fixed part is uniform 700 F. Proportional part will be 740 F. for a matter of 10,000 F. and 2,990 F. for a matter of 1,000,000 F. Fee proper varies considerably and frequently is based on the result obtained by an attorney. In Japan, fee is determined largely on individual basis and vary case by case. A survey revealed that for a smaller claim up to 1 million yen (about \$ 3,500) it runs up about 15–20%. In the United States attorney's fee is determined on the basis of time an attorney has spent on the case – \$ 20 to over \$ 100 per hour – depending on experience and demand. In any event the fee is usually considered as high by average citizens. Psychological deterrence as a factor limiting the availability of attorney's service is hard to define, but seems to arise largely from a fear of high costs.

There are two systems as to who bears the attorney's fee. Under the German

law, the fee of the winning attorney must be born by the losing party. In France, the costs as distinguished from the fee proper must be so born, too. In Brazil, the court grants 10–20% of the whole recovery to the winning party as indemnification of his attorney's fee. In England the matter seems to be decided by the discretion of the court. In the United States, Japan and Korea the rule is that the attorney's fee as distinguished from the court costs must be born by each party irrespective of the result of litigation. India seems to follow such a rule, too.

Under the German system the inhibiting effect of the attorney's fee is largely lessened. But the risk is doubled when a party is not certain about a victory. This may have a deterring effect on the filing of otherwise meritorious suits. Japanese courts have invented a middle way. In tort actions the court awards a reasonable attorneys fee to the winning plaintiff as a part of damages. Therefore, if he loses he does not have to pay the attorney's fee of the defendant. This is particularly significant in a big pollution case against arge corporations. If the plaintiff-victims must run the risk of paying an enormous attorney's fee of the defendant, they would be hesitant to bring any suit at all. American solution of the problem is the contingent fee. The plaintiff need not pay anything, even the actual costs incurred by the attorney, if he loses the case. But if he wins the attorney gets a substantial portion, sometimes as much as 50%, of the recovery as a fee. Validity of such agreement is defended in the United States for the reason that it enables the prosecution of a meritorious claim which otherwise could not be brought in the court. Although the same justification could apply in the system like the German's, the contingent fee arrangement is prohibited in most civil law countries as contrary to the professional ethics. In England it was until recently even a criminal offence. Japan, as well as Korea, again here goes the middle way. Usual arrangement is that the client pays 1/3–1/2 of the fee as the retaining fee in the beginning and the balance only when he wins. So a large portion of the fee is contingent on a success.

There have been many proposals so that the attorney's professional service is readily available to any citizen. As to the geographical maldistribution of attorneys, a remedy would be to allow paraprofessionals to practice in the areas where few or no attorney exists. This is done in Brazil and Thailand as seen earlier. Another remedy is what may be called 'circuit attorney' practiced in some part of Japan at the initiative of a local bar association. Selected attorneys go to countrysides periodically to provide legal services. The system is new and its success or failure is yet to see.

The cost problem is difficult to solve. A classical remedy is the legal aid, which is thoroughly treated elsewhere (Topic 2). Outside of such a drastic solution as the contingent fee arrangement which is workable only in limited occasions, the United States is experimenting in at least two new devices. The one is the use of paralegals as explained before, although its cost reducing potential has not been fully exploited. The other is the prepaid legal service plan. This is a kind of insurance for legal service. A group of people, usually members of union or employees of one employer, pay for legal service which they may need in the

future. A portion of payment can be made by the employer. Providers of the service may be any attorney chosen by the client (open panel), any attorney from a panel on which attorneys have agreed to participate (partly open), a small preselected number of attorneys or law firms (partly closed), or staff attorneys (fully closed). Benefits offered by the plan vary. The plans are sponsored by unions, consumer groups, bar associations, insurance companies. In 1975, 833,000 members were covered by 75 plans. These included 29 union plans, 9 teacher plans, 13 consumer plans and 21 student plans (Schwartz ed., *Law and the American Future* (1976) pp. 119–120). This recent development is truly significant. It is predicted that eventually 50% of the bar could be involved in, and 70% of the population could be served by, prepaid plans. (Schwartz ed., *supra* p. 120). Competition among many plans will induce a real price competition among attorneys which is lacking now. The role of paraprofessionals will then become significant. On the other side of the Atlantic, the same development is being seen. In England and Germany private insurance companies offer and coverage either in conjunction with other type of coverage (automobile liability insurance for example) or as an independent plan. In Germany, it is said that almost 80% of the population are already somehow protected by such 'legal protection insurance'. If such plans become financed for a large portion by the public fund or the employer's contribution, it is not vastly different in nature from the Hungarian legal aid service of the trade unions. Such socialization of legal service can have a promised future.

Availability of attorney should not mean availability of *any* attorney but that of the best available for the client. It has been shown in the United States that most clients find their attorney through relative or friend without much consideration on the quality of the attorney. (Brickman & Lempert ed., *The Role of Research in the Delivery of Legal Services* (1976) p. 62). An adequate referral service or other system should be established in order to enable prospective clients to locate an attorney best suited to their need.

Finally, for the man in the street, his first necessity will probably be to obtain legal advice, as our English reporter properly underlines. Good legal advice will prevent disputes from arising and help existing disputes be solved swiftly and rationally. Many countries have tried to provide accessible and inexpensive institutions for that purpose. In England what is called Citizens Advice Bureaux has been established in many localities and most of them now operate a legal advice section and have a solicitor provided through the local Law Society from time to time on a voluntary basis. That solicitor would take the work back to his office if necessary and be paid for what he does. This scheme is expanding and gaining popularity among citizens. Local Law Societies also endeavor to establish a permanent Law Center to better serve the community but a difficulty of staffing such Center is reported.

In Germany also, the local bar associations operate free legal counseling service. In 1974, 170 bar associations entertained 35,000 cases. This, however, does not fulfill all the needs of the citizens of moderate means. A more com-

prehensive legal counseling is under consideration either in the form of an official legal counseling agency staffed by jurists, *Rechtspfleger* or legal apprentice (*Referendar*) or by the organized bar under the auspices of the government or a special social security plan. In Germany, Citizens can also obtain legal advice from the organization to which they belong, such as the labor union, employers' association, farmers' association, public officials' association, etc.

In Japan free advice by attorneys is available through the legal counseling service by the local bar association or through the municipal general counseling service staffed by local attorneys. However, the utility is limited because the service is strictly limited to giving advice and the advising attorney is prohibited to take the case for his own.

3. NECESSITY OF ATTORNEY'S SERVICE IN LITIGATION

It is a good question to ask to what extent the service of attorney should be made mandatory either by law or as a matter of practice in order to process the dispute and grievance of the citizens. A usual assumption especially from the point of view of the attorneys is that such service should be made mandatory and, if not, at least desirable. But such a sweeping view is unfortunate and its fallacy is being demonstrated by the developing paraprofessionalism in many parts of the world. In connection with the litigation this raises a serious question because it is the area where the role of attorney has been considered most essential and intervention in litigation taking place in some countries. The next question will be whether a do-it-yourself litigation without attorney's participation is possible and commendable.

Legal systems vary considerably on this point. In Germany, representation of the party by an attorney is required before the ordinary civil court except for the lowest court of limited jurisdiction (*Amtsgericht*). Before the Labor Court the worker-party may either represent himself (40%), be represented by a union representative as mentioned earlier (20%), or by an attorney (40%). Representation of the employer by an attorney is naturally more frequent. The parties must, however, be represented by an attorney in the appellate levels of the labor court jurisdiction. Similar rule applies to the proceedings in Social Court and Administrative Court. In the Financial Court there is no requirement of attorney at all its levels.

In France, the rule is that where it is not necessary to file pleadings the use of an attorney (*avocat*) is not required. Accordingly, it is only in the court of first instance and in the court of appeal that an attorney must be retained. Party may sue or be sued in Labor Court, Commercial Court without any attorney representing him. Even where the use of attorney is required, the party may argue himself his own case. This is very seldom done in the civil court, but can happen in Labor Court. Our French reporter says that the self-representation is not frequently done even when it is allowed, and concludes that while it is possible it is never considered as a wise policy.

In Italy, a 'procuratore' must be retained in all civil cases to have him prepare and sign procedural document for the party. 'Avvocato' need not be retained. But all avvocati retain their qualification as procuratori and may perform a dual role in the same proceeding. Brazil has a special rule. The party is required to be represented by an attorney, unless there is a special reason why it is not feasible. Such reasons include that there is no attorney or 'provisionado' present at the judicial area involved, that the attorneys or provisionados present at the area are impeded or refuse to act and that the party does not trust for a good reason the attorneys or provisionados available. Then, the party may represent himself or have a non-lawyer represent him. In the labor court there is no requirement of attorney.

English rule is that no representation by attorney is required at all levels. But the parties usually retain a solicitor who takes necessary steps often in consultation with a barrister who drafts the document required. In the hearing a litigant may appear in person, too. Our English reporter reveals that a High Court judge had remarked as follows: 'I hope that the long term drift will be toward all litigation being done by the litigants themselves with skilled professional assistance when, but only to the extent that it is necessary. At present, a dispute is taken out of the hands of the lay clients and thenceforward conducted by the professionals. I do not believe that this is conducive towards settlements and also think that it produces delays.' How such an opinion has been met is not known.

In the United States the theory is also that one is always permitted to represent oneself before any court or tribunal. In view of highly intensive and adversary nature of the ordinary civil procedure, however, it is the rule in practice that the party retains an attorney. Exception to this rule is found in the small claims court where the appearance of the parties without attorneys is very common. Recent consumerism has cast a new light on the small claims court as an accessible forum for the consumer relief. Some of the existing small claims courts have been condemned as having degraded itself to a collection agency against the consumer. If a consumer sues without an attorney he may have to face a defendant-corporation with an attorney who uses all sorts of dilatory tactics. Even outside of consumer claims, the intervention of attorneys tends to bring in those technicalities and inflexibilities typical to the traditional civil procedure. Thus in 1973 the National Institute for Consumer Justice proposed a total prohibition of the use of attorney in the small claims court. In fact the laws of some states including California do expressly prohibit representation by attorney. Problems of the small claims court will be treated thoroughly elsewhere (Topic 7). Indian rule seems similar to the American. The party is permitted, except where otherwise provided, to conduct his litigation. But our Indians Reporter adds, 'It may be difficult for a (raw) party to plead his case as satisfactorily as perhaps may be done by a seasoned lawyer.'

In Korea the party is required to be represented by an attorney when the value of the subject matter exceeds 1 million won (\$ 2,000). Cases of a lesser amount

may be litigated by the parties themselves or by an attorney except that the Small Claims Adjudication Act of 1973 now excludes an attorney's participation in the litigations involving less than 300,000 won (\$ 600). In the latter case the party's relative is permitted to represent.

Japan and Hungary seem to stand at the extreme end. Japanese law does not require the representation by an attorney for any kind of procedure at any level. Result is that in the District Court which is the first instance court of general jurisdiction the representation by attorneys was as follows in 1973: both parties represented – 53.5%, only plaintiff represented – 25.6%, only defendant represented – 4.2%, neither party represented – 16.7%. Even in the High Court which is the intermediate appellate court neither party was not represented in 5.6% of cases. The Japanese law allows no other person than a qualified attorney to represent a party except in the Summary Court, the lowest court of limited jurisdiction. Where a party is not represented the pleadings may be written by the party himself or by a legal scrivener and it is the judge's task to help the party state his claim fully and produce necessary evidences. Judges do not like to have the parties without an attorney and usually recommend that a party without an attorney retain one. The organized bar also has looked at this situation as an anomaly. The ratio of both parties being represented has increased by about 15% for these 15 years and the ratio of neither party being represented has decreased by about 10% for the same period. Reflecting the geographical mal-distribution of attorneys the geographical difference in the ratio of representation is enormous. In the Summary Court the ratio of absence of representation has been constantly around 70% for these 15 years. This shows a high degree of unavailability of attorneys for those small cases of which the Summary Court has jurisdiction (300,000 yen, about \$ 1,000). In Japan there is no proposal to prohibit the attorney representation in any litigation. In the conciliation proceedings, however, the representation is discouraged in order to promote conciliation.

It is interesting to notice that socialist Hungary ceased to require the obligatory advocates participation and the party can act personally in any case in the court. And it is said that the personal participation of the party is now common not only in minor cases but also in more complicated matters, too. As in Japan, Hungarian courts have to instruct the non-represented party to ensure the equality of rights of the parties. The parties may be represented by a relative or other closely related person. But such non-professional representation is reported to be relatively rare. The philosophy behind this change is clear. It is based on the idea that the citizen must be free to come in to the court without hindrance and that the court should have a direct contact with the parties themselves to elicit the truth. Our Hungarian reporter concludes that the intermediary of attorney makes the process more costly and delayed. Although it must be based on the socialist ideology it seems that there is something common between this and the recent prohibition of attorneys in the small claims cases in the United States and Korea.

4. ATTORNEY'S ROLE FOR HUMANIZING PROCEDURE

Role expectation of attorney in litigation differs from one procedural system to another. For example, in the United States and in Japan the attorney is encouraged to meet the prospective witness in advance so that his examination in the court will be conducted smoothly. In most civil law countries such meeting is prohibited as contrary to the professional ethics. Here, the very conception of better, therefore human, practice is different and the role expected of attorney is also different. Because of this reason it is rather difficult to discuss generally what the attorneys can do in order to humanize civil procedure. Only the following two topics are mentioned.

1) Attorney's cooperation for a speedy procedure

Attorneys are always accused for their dilatory tactics. But there might be some structural cause for delay. In Japan, for example, attorneys have often conflicting appointments with different courts because they can appear before any court in any place. Application for postponement is granted and the proceeding delays sometimes even a few months. This vice can be avoided by limiting the place of practice to one district as in Germany and also requiring attorneys to practice in a group sharing responsibilities as it seems to be the case with Hungarian Advocates Community. In India, a 1976 law came to provide that the fact that the pleader of a party is engaged in another court shall not be a ground for adjournment. Whether a similar provision could really correct the situation in Japan is doubtful unless the whole mode of practice is reconsidered and reformed. Better preparation by the attorney and timely allegation and production of evidence are encouraged everywhere. But to force them with the penalty of losing the case would only penalize an innocent clientparty unless they can be reasonably expected from attorney. This is a very inhuman result. Generally speaking civil law attorneys must handle many cases at the same time because the fee per piece is small. Under such economic condition it is unreasonable to expect a thorough preparation that would be common among American trial lawyers. All these indicate that a mere procedural reform is likely to be a failure if a due attention is not paid to the underlying economic and social condition in which attorneys and judges are operating. This problem is treated thoroughly elsewhere (Topic 4).

2) Attorney's Role in New Problem Areas

In some countries, especially in the United States and Japan, the attorneys have played and are still playing a significant role in bringing novel problems to the court. These problems are concerned with civil right, environmental protection, pollution damage and consumer protection, all of which were not treated adequately under the traditional legal framework. It was a group of inventive

attorneys who channelled the legally unshaped grievances into the judicial proceeding and helped the court to take leadership to arouse a social and political interest in these new problems. In the United States this task was mostly undertaken by what is called the public interest law firms. Public interest legal activity which was initially funded by private foundations is now becoming a part of daily activities of the American attorneys as a whole. In Japan a similar activity was started by the attorneys from the left wing with much political motivation. But it is becoming less and less political nowadays and accepted as an important task of legal profession. This kind of activity requires a highly organized and talented group of specialists and is difficult to be performed by anyone else. Similar activities are also observed in European countries. We are now allowed to add such function to the catalogue of unique tasks of the attorney.

Conclusion

The role of law in the contemporary society is becoming increasingly important. It has now something to do even with every minute aspect of man's daily life. Accordingly the importance of the legal profession and the service it provides has risen a great deal. Growth was not only in the quantity of the legal problems but more importantly in their quality as our society and law become more and more diversified. Legal profession cannot stay still, but must change itself to meet the needs of society. We have noticed a rise of various kinds of paraprofessionalism, the do-it-yourself litigation and the public interest legal activities, all taking place at the same time. This shows a diversification of the legal service and therefore of the legal profession. We have also seen various effort to make the legal service readily available to anyone who needs it whenever he needs it. Here we see an unmistakable trend toward a 'socialization' of legal service. As the law becomes everybody's concern it is rather natural in the today's welfare states that the legal service is also socialized as medicine. We now face a great academic challenge of reevaluation and redefinition of the legal profession. The comparative law, especially what may be called comparative sociology of law or comparative legal anthropology, will provide a truly useful tool for our task. This is merely a tiny first step toward this enormous task.

SUMMARY REPORT ON THE WORKING DAYS*

1. MONDAY, 29 AUGUST 1977

When the General Report by Prof. Dr. W.J. Habscheid, which dealt with the basic principles of the law of civil procedure, was being discussed, it was once more stressed that civil procedural law is essentially an application of constitutional rules. Both the Socialist and the Liberal countries see it as an instrument for the realisation and safeguarding of constitutional rights. It was, however, emphasized how useful a study of comparative law in this field could be. In the context of a justice with a human face, it was deemed desirable to examine the judgments by the European Court of Human Rights in Strasbourg, as well as those by the Supreme Court of the United States. Against this, it was also stressed by the Rapporteur General that the Socialist countries warranted a differentiated approach: in these countries, individual interests are also safeguarded by civil procedure. Speakers from Socialist countries cannot see any fundamental difference between the Socialist and Liberal countries as regards basic principles of the law of civil procedure. On the contrary, they saw both systems coming closer and closer together, confirmation of which could, according to them, be found in the inaugural speech by the Secretary-General, Prof. Dr. Marcel Storme, when he referred to what he described as major procedural law. According to their point of view, the social aspect of this phenomenon could already be found in the Socialist countries, whilst an attempt to do the same was being made in the Liberal countries.

One legal practitioner particularly wished to emphasize the importance of the basic principles of a properly conducted trial. He considered that, if one strove to realise a justice with a human face, this meant that all useless formalities should be avoided, and that a more flexible solution needed to be found, e.g. in the case of limitations in time, which would broaden the task of the magistrate. He also was in favour of simplifying legal jargon, which could be of great importance during cross-examinations.

Replying to these remarks, Prof. Dr. W.J. Habscheid endorsed the proposal for a close examination of the judgments delivered by the European Human Rights

* This Summary Report was compiled by Jean Laenens, assisted by Eric Clijmans, Denis Everaert, Marijke Janssens-Van Schoubroeck, Paul Remerie, Filip Reyntjens, Hubert Sturtewagen, Mark Van Hoecke.

SUMMARY REPORT

Court, and by the Supreme Court of the United States. He could not, however, agree with the opinion held by certain speakers as regards the Socialist countries: his position remained unchanged, i.e. that the part played by the individual in private legal proceedings in these countries differed from that played by his counterpart in Western democracies. Finally, he considered that as soon as greater powers are conferred on the judge, legal proceedings shed a great deal of their human face.

During the discussion which followed the General Report on Evidence, compiled by Prof. Dr. G. A. Micheli and Prof. Dr. M. Taruffo attention was drawn to the merits of the cross – examination system as it operated in Sweden. As regards evidence by experts, a different approach was deemed desirable. Emphasis was laid on the co-operation between the parties and the magistrate which existed in the field of evidence in the Socialist countries: both the judge and the litigants are expected to find the substantial truth. Finally, one particular speaker highlighted a recent trend in theories surrounding evidence: here, with a view to protecting human rights, new rules of procedure have been elaborated to eliminate certain techniques which either were acquired illegally, or constitute a violation of a person's privacy. During their reply, the General Rapporteurs endorsed this word of caution: any quest for the real truth involving new techniques entails new problems, such as protecting a person's privacy, and could endanger the humanising process in legal proceedings.

The General Report by Prof. Dr. J. A. Jolowicz on appellate proceedings gave rise to a good many interventions. Expositions were given on the national legislation in this field in Spain, Malta and Austria, the main subject of discussion being the question of reducing legal proceedings to one instance. A number of speakers were in favour of abolishing appellate proceedings. Others were of the opinion that an appeal to a higher court should always be allowed, whatever the value of the underlying claim. One Congress participant, however, drew attention to the fact that if greater possibilities of appealing against final judgments were to be created, possibilities of appealing against intermediate judgments should be limited accordingly. Finally, another speaker put it that, as far as appellate proceedings are concerned, the distinction between fact and the law is determined by considerations of a policy-making nature, where legal innovations in the law brought about by the High Court judge which corroborate and complement legislation, might play an increasingly important part. He deplored the fact that too few cases of topical interest reach the highest judge. This could be remedied by instituting Supreme Court proceedings to safeguard the law. In replying, the Rapporteur-General favoured the retention of appellate proceedings. He also approved the idea of Supreme Court proceedings in the interest of the law.

In connection with the General Report submitted by Prof. Dr. W. Grunsky on International Procedural Law, a number of problems in this field were mentioned: international co-operation in arbitration, evidence of foreign law, international evidence, legal notice in other countries, legalising foreign official documents, etc. During the discussion, a case was made for the principle of reciprocity in inter-

SUMMARY REPORT

national procedural law. The General Rapporteur disagreed with this position: according to his way of thinking, the principle of reciprocity, whilst presenting certain advantages, entails many disadvantages.

In his summary report, the Congress Chairman for that particular day, Prof. Dr. J. Jodlowski, found himself in disagreement with the position taken by Prof. Dr. W.J. Habscheid. He quoted numerous examples to demonstrate that it is especially the field of evidence which sets the scene for a considerable degree of rapprochement between the Socialist and the Western countries: both the judge and the litigants co-operate in their endeavours to find the substantial truth. There exists, however, a fundamental difference between on the one hand the Common Law-countries, on the other the Civil Law and Socialist countries. He warns against the introduction in evidence proceedings of new techniques such as the computer, and in fact questions their admissibility. The Congress Chairman considered that both appellate proceedings and international procedural law presented a number of problems liable to hamper progress towards justice with a human face.

Those taking part in the discussion on the first day were:

1. *Basic Principles of the Law of Civil Procedure*

Prof. Dr. W.J. Habscheid (G.F.R.)

- Devis Echandia (Columbia)
- K. D. Kerameus (Greece)
- H. Menne (G.F.R.)
- L. Nevai (Hungary)
- M. Otero (Chile)
- E. Vescovi (Uruguay)
- E. Wengerek (Poland)

2. *Evidence in Legal Proceedings*

Prof. Dr. G. A. Micheli (Italy)–Prof. Dr. M. Taruffo (Italy)

- M. Cappelletti (Italy)
- P. O. Ekelöf (Sweden)
- H. Kellner (G.D.R.)
- H. Pieper (G.F.R.)

3. *Appellate Proceedings*

Prof. Dr. J. A. Jolowicz (U.K.)

- H. Devis Echandia (Columbia)
- M. De Wildt (Netherlands)
- V. Fairén Guillén (Spain)
- J. Ganado (Malta)
- J. Houtappel (Netherlands)
- B. Kuru (Turkey)

SUMMARY REPORT

- H. E. Ras (Netherlands)
- W. Rechberger (Austria)

4. *International Procedural Law*

- Prof. Dr. W. Grunsky (G.F.R.)
- L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski (Canada)
- H. Arnold (G.F.R.)

2. TUESDAY, 30 AUGUST 1977

Amongst the interventions during the debate following the General Report on Legal Aid, was a plea for reforming legal aid as regards both its organisation and its field of application. In this way, legal aid would no longer have to be organised exclusively by the various categories of legal practitioners, but also by paraprofessionals.

Furthermore, legal aid should not be directed solely at the improvident in society. Legal aid should also be available to those involved in a dispute with the public services or with a multinational company. In this way, such a person could compete on equal terms with the latter, especially as regards the considerable sums involved in instituting such proceedings.

During this discussion, representatives from the African countries gave an outline of the functioning of the legal aid system in their respective countries. Particular emphasis was laid on the fact that this institution has resulted from customary law in these countries.

Generally speaking, all those taking part in the debate agreed with the final remarks on humanizing legal proceedings as formulated by the General Rapporteurs, Prof. Dr. V. Fairén Guillén and Prof. Dr. Gelsi Bidart. The methods they proposed to promote a justice with a human face were approved. Every speaker was aware of the fact that basically, the solution for humanizing legal proceedings lies in the mentality and attitude not only of the litigants, but also of those who assist them and those who are to pass judgment in the case. Consequently, the proposals put forward by the speakers merely complemented each other. The following methods for making legal proceedings more humane were proposed: promoting oral proceedings, abolishing all needless formalities, simplifying substantive law, ensuring that court hearings receive the necessary publicity, organising prior hearings where the litigants appear personally, attempts at effectuating reconciliation and mediation rather than legal proceedings.

During the debate on the General Report on accelerating the process of law, by Prof. Dr. J. Jacob, the speakers stressed that it is desirable to accelerate legal proceedings, and that in most countries, this has been the subject of legislation. Delays in legal proceedings were put down to excessive formalism, a lack of

SUMMARY REPORT

limitations in time, inadequate competence of the judge when conducting the case, even, in some cases, the lawyer's mentality. A number of speakers, however, pointed to the dangers inherent in hasty legal proceedings. Concluding a case rapidly does not invariably mean an improvement in the quality of justice. There must at all times be room for deliberation and reconciliation.

Those taking part in the discussion following the General Report on Small Claim Courts by Prof. Dr. H. W. Fasching, emphasized that simplifying proceedings in minor cases does not necessarily entail a reduction in safeguards, which would result in second-class legal proceedings.

During his summary report, Prof. Dr. M. Cappelletti, the Congress Chairman, put it that it is possible to discern a general trend: it is necessary to give more and more access to justice to those members of the public who used to be excluded from it; a greater degree of justice would thus be achieved. This is why, according to the Congress Chairman, legal proceedings in the wider sense have become a large-scale problem and phenomenon. This leads us to conclude that access to justice constitutes a basic human right. Moreover, more and more constitutions and court decisions have come to recognize this fact. When approaching the problem from a comparative law point of view, it is observed that on this point, the Western and Socialist systems are coming closer together. In spite of ideological differences, endeavours are being made in both systems to achieve, amongst other things, radical simplification in the technicalities of legal proceedings, bestowing greater supervisory powers on the judge as regards concluding the case and speeding up the process of law, the protection of the weaker of the parties in order to promote judicial equality. For the realisation of these endeavours, a number of initiatives and developments have been observed which can be divided into three categories.

The first of these categories tends towards improving representation in the courts of the improvident, which automatically entails devoting more attention to small claims.

In the same context, there is the development of legal aid; here, particular attention must be drawn to a very recent trend which associates legal aid with social guidance. This development started in the U.S., but has continued to flourish in the European countries. In the context of this trend, the idea has also been developed that individual help is not enough, but must go hand in hand with social reform.

The second category tends to grant new interests, and more particularly new interest groups, the possibility of bringing an action. Here, we are concerned with racial minorities, consumer protection groups, etc. In this way, the law of civil procedure has become a matter of policy. This could lead to revolutionary changes in civil procedural law, as a number of basic principles of civil procedure need to be reviewed.

Whilst the first and second categories tend towards improving the representation of the improvident and interest groups, the third goes much further and in a sense comprises them both.

SUMMARY REPORT

This category wishes to promote access to justice not only by means of improving representation in the courts and legal aid, but also through other methods: new types of magistrate, new members of the profession, parajudicial institutions, accelerating and simplifying minor cases, etc. It is mainly a series of alternatives which is being proposed here: time for consideration, reconciliation, arbitration proceedings. Here, the Congress Chairman deemed it useful to refer to the so-called developing countries, especially those in Africa and the Far-East. In these countries, the mentality is such that court cases constitute a means for mediation rather than for taking decisions. Present-day trends, both in the social and in the economic field, have borne out that this is by no means a primitive way of thinking.

Prof. Dr. M. Cappelletti drew our attention to the fact that the mediating part played by the judge must not be allowed to impair the quality of legal proceedings. Law courts which are more easily accessible should, to his mind, be possible without causing any harm to the quality of justice.

During his concluding remarks, the Congress Chairman stressed the necessity for a well-defined policy and a comprehensive examination of civil procedure. Human rights must also be viewed in their social context in this connection. This does not, however, mean that the individual is to be excluded or isolated; what it does entail is that priority must be given to the problems of people living together in society. In this way, civil procedure will increasingly assume the role of a fundamental branch of the law, the principles of which would be laid down in a constitution. This would make procedural law into applied constitutional law.

Those taking part in the discussion on the second day were:

1. *Legal Aid*

Prof. Dr. V. Denti

- J. Ganado (Malta)
- I. Gueye (Senegal)
- F. Zemans (Canada)
- J. Van Den Heuvel (Belgium)
- L. Yapobi (Ivory Coast)

2. *Humanizing Legal Proceedings*

Prof. Dr. V. Fairén Guillén; Prof. Dr. Gelsi Bidart

- H. Devis Echandia (Columbia)
- F. Gutierrez-Alviz y Armario (Spain)
- K. D. Kerameus (Greece)
- L. Onate (Mexico)
- F. Shepherd (U.K.)
- E. Wengerek (Poland)

3. *Accelerating the process of Law*

Prof. Dr. J. Jacob

SUMMARY REPORT

- P. Brown (USA)
- F. Grivart de Kerstrat (France)
- J. A. Jolowicz (U.K.)
- L. Kos (Canada)
- E. Newman (South Africa)
- K. Schwab (G.F.R.)
- M. Serra Dominguez (Spain)
- G. Taylor (Australia)
- G. Watson (Canada)

4. *Small Claim Courts*

Prof. Dr. H. W. Fasching.

- H. Arnold (G.F.R.)
- P. O. Ekelöf (Sweden)

3. WEDNESDAY, 31 AUGUST 1977

During the discussion which followed the general report by Prof. Dr. B. Connen concerning the role and competency of the judge, the observation was made that it is possible to discern in the law of the 'liberal' developed countries a tendency to emphasize the moral and social aspects in this field, the developing countries being more inclined to seek a happy medium between 'liberal' and socialist approaches. By means of examples taken from Brazilian, Ivory Coast and Ugandan legislation, it was clearly demonstrated that in these countries, the judge is entrusted with an active task.

Representatives from West-European countries considered that the main task of the judge resides in keeping legal proceedings to the point, i.e. the subject-matter under discussion. The judge must not, however, confine himself to control the proceedings in a strictly formal way; it was also proposed to moderate the traditional 'ultra petita' rule, i.e. that the judge must be in a position to make proposals, on condition, that is, that they be acceptable to the parties themselves. The fact that the litigants are in a position to define the scope of the case is to be considered as a formal limitation of the judge's task. The focal point in any court case must be the truth, which must have priority over any other interest involved. In the law of evidence this finds its expression in, amongst other things, the abolition of professional secrecy. Although this tendency towards giving the judge a more active role was generally approved of, by representatives from both the developing and the European countries, a few cautionary and critical remarks were made. The judge must not become the 'dominus litis', nor can he fail to observe the rules of the game, any less than the parties themselves. The judge should only be allowed to play an active part in matters of evidence, and may not in any way amend the 'causa petendi' or the legal status the parties have given the

SUMMARY REPORT

case. If an active part is conferred on the judge, this presupposes that he can be fully trusted. A number of speakers stressed that, whatever the case may be, the judge must remain uncommitted politically, i.e. totally independent from the machinery of government. The judge may never become an instrument in the hands of repressive policies in a country. The judiciary remains one of the main basic powers in society which is to remain independent from the other two. The judge must remain the last resort in any political system. At the same time, some speakers suggested that granting the judge an active part entails that he must try to effectuate as much as possible a reconciliation between the parties. The conflict must be discussed over and over again. It was also stressed that the judge may not force a reconciliation onto the litigants.

During his concluding remarks, the General Rapporteur agreed with the theory that the judge must at all times be guided by current rules and values. The judge is no representative of the political regime of a country. If the judge is under pressure from that regime, he is no longer in a position to exercise this function should thus contravene the public interest. Finally, the General Rapporteur considered that when a choice had to be made between an active and a passive role of the judge, this must be done according to the specific needs of each country.

During the discussion of the general report on selecting and appointing judges by Prof. Dr. H. Flix Zamudio, it was stressed that if the judge was to be granted an active task, this entails extra requirements during his training. During the interventions, it was proposed to devote more study to the sociology of law. During their training, more time should be spent on general ability than on legal specialisation. Attention was also drawn to the need for a system of permanent training for the judge.

If an independent judge is required, this must be taken into account when appointing him. The possibility of a system by co-option was mentioned in this connection. This may, however, have the disadvantage of restricting access to the judiciary, as well as affecting the rejuvenation process.

During his concluding remarks, the General Rapporteur agreed with the remarks made by the speakers. He remarked that it may constitute a positive step to appoint experienced lawyers to the judiciary, without, however, being the ideal way of selecting judges. Being a judge, in his opinion, requires a specific programme of training, which is fundamentally different from that of a lawyer.

During the interventions which followed the general report by Prof. Dr. E. Vescovi, attention was drawn to the part the Public Prosecutor can play in humanizing legal proceedings. One particular speaker emphasized that there is often an economic inequality between the litigants. As a result, the stronger party in economic terms can call on the services of an experienced lawyer, whilst the weaker party cannot. This is why he deemed it desirable that this economic discrepancy be off-set by the intervention by the Public Prosecutor for the benefit of the weaker litigant. Some speakers, however, challenged this point of view in a very emphatic way: according to them, the client is to be defended by his lawyer, and not by the Public Prosecutor, for the weaker party is in a position to apply for

SUMMARY REPORT

and acquire legal aid, which already safeguards his rights. A number of speakers drew our attention to the fact that increasing the powers of the Public Prosecutor to an excessive degree might endanger the development of justice with a human face.

An interesting trend, which can be discerned in both the Socialist and the Western countries was also highlighted. Until recently, both systems showed an important distinction as far as the intervention by the Public Prosecutor was concerned. In the Socialist countries, the Public Prosecutor can participate in the court case, or even bring the action himself, whenever the legal or social order, or the interest of the citizen require such an intervention.—and this irrespective of what interests are at stake. The general trend in the legislation of West-European countries is that both systems are coming closer and closer together, for it is noted that in the ‘liberal’ countries, the task of the Public Prosecutor has been extended in civil litigation.

In his final remarks, the General Rapporteur stressed once again that it is the lawyer, and not the Public Prosecutor, who is to safeguard the interests of the litigants.

Referring to the general report by Prof. Dr. Taniguchi Yasuhei on lawyers and paraprofessionals, it was stressed that the ‘paraprofessionals’ can play an important part, but by no means a central one, in humanizing legal proceedings. They can provide a certain amount of legal aid in many respects, such as in trade unions, tenant associations, etc., but in a free and democratic society the litigant must be primarily guided by an independent lawyer. During his concluding remarks, the General Rapporteur referred to the ‘do-it-yourself’ procedure mentioned in the English national report. In this way, the citizen is in a position to see the law as an every-day thing.

Prof. A. Fettweis, the Congress Chairman for that particular day concluded the debates with his summary report.

Those taking part in the discussion on the third day were:

1. Role and competency of the judge

Prof. Dr. B. Connen (France-Burundi).

- J. C. Barbosa Moreira (Brasil)
- F. Bauthier (Belgium)
- J. C. Houtappel (Netherlands)
- J. M. N. Kakooza (Uganda)
- Abdel-Salam Mazuaghi (Libya)
- H. Nagel (G.F.R.)
- M. Otero (Chile)
- A. M. Pessoa Vaz (Portugal)
- F. Ramos Méndez (Spain)
- J. Ruíz Perez (Spain)
- M. Storme (Belgium)
- L. A. Yapobi (Ivory Coast)

SUMMARY REPORT

2. *Selecting and appointing judges*

Prof. Dr. H. Fix Zamudio (Mexico).

- Akira Ishikawa (Japan)
- H. Kellner (G.D.R.)
- Baki Kuru (Turkey)
- H. Morales (Columbia)
- J. Ovalle (Mexico)
- N. Trocker (Italy)

3. *Task of the Public Prosecutor*

Prof. Dr. E. Vescovi (Uruguay)

- C. A. Barbi (Brazil)
- K. H. Schwab (G.F.R.)
- K. Jodlowski (Poland)
- A. Gelsi Bidart (Uruguay)
- V. Fairén – Guillén (Spain)
- M. Otero (Chile)

4. *Lawyers and Paraprofessionals*

Prof. Dr. Taniguchi Yasuhei (Japan)

- H. Arnold (G.F.R.)

**OFFICIAL CLOSING
CEREMONY**

SPEECH BY PROF. DR. M. STORME

Secretary-General of Congress

SUMMARY REPORT ON THE CONGRESS

Mr. Chairman,
Ladies and Gentlemen,

We have come to the end of a unique experiment, which consisted in a few hundred specialists in procedural law from all over the world meeting to discuss the question as to how present-day legal proceedings can be given a more human dimension.

If this experiment has proved to be a success at all, this is due mainly, if not exclusively, to the Rapporteurs-General and the National Rapporteurs, as well as our Congress Chairman, Mr. Krings, and the three Congress Chairmen for each working day, Messrs. Jodlowski, Cappelletti and Fettweis, who have presided over the discussions in eminent fashion. I would like to take the liberty of thanking them on your behalf.

Once again, I would like to express my gratitude towards our *Alma Mater* for the hospitality, as well as the assistance, both financial and material, it has extended to us. This also warrants a vote of thanks on our behalf, to you, dear Rector.

Finally, I once again would like to mention the assistance of many individuals and institutions, interpreters, translators, secretaries, hostesses, guides, and especially a team of youthful volunteers who day by day have shown a great deal of dedication in organising your stay in this country. Unfortunately, I am unable to mention every one of them by name; I would, however, like them to know that the Secretary-General would have been powerless without their never-failing support.

Today, I, like yourselves, feel like a tired pilgrim, who hasn't the end of this journey in sight yet, for we all resume our journey tomorrow, but does take some repose and echoes Charles Peguy's lines:

'Ce qui partout ailleurs est une rude guerre n'est ici que la paix d'un long dé-laissement, Ce qui partout ailleurs est un affaissement est ici la loi et la norme vulgaire'.

Imparting a human face to legal proceedings does indeed remain a difficult but inspiring pilgrimage for us all.

Those acquainted with 'la philosophie du visage' (countenance-philosophy) as

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

seen by the French-Jewish philosopher Emmanuel Levinas, will doubtless have had the latter's theory in mind. According to him, the countenance is the expression of an imperative contact with a human being.

In the same way, lawyers must see justice with a human face as an ethical requirement. We may be well pleased at having considered this at our Congress.

Also, we have done so together, in a spirit which belies what was once thought to be 'la scission entre la théorie et la pratique, l'Ecole et le Palais' (the deep division between theory and practice, i.e. College and the Courts) (Morel). For three days, academics and practising Lawyers (magistrates, lawyers and professors) have discussed the importance and significance of procedural law, in the context of the featured Congress theme.

This has shown us once again that procedural law is not mere a technique, but a reality which confronts every citizen.

This reality requires a law of procedure which is suited to present-day needs. One of our national Rapporteurs, Mr. Baumgärtel, rightly emphasised that 'eine moderne Gesellschaft ist auf einen gut funktionierenden Rechtsschutzapparat angewiesen' (Present-day society requires a sound system of legal protection.).

However strongly the self-sufficient nature of procedural law is to be emphasised, this branch of the law nevertheless continues to assume its subservient role. It can never be an objective, but merely a way of achieving objectives laid down in substantive law. If this goal is not reached, the relevant procedural law, however conceived, is unsatisfactory, consequently, the rules of procedure which obstruct this objective are in the words of Henckel, 'Fremdkörper' (alien bodies).

Gustave Radbruch once wrote that lawyers had the peculiarity of: 'an unsern Lebensberuf zu glauben und doch zugleich in irgendeiner tiefsten Schicht unseres Wesens immer wieder an ihn zu zweifeln' (believing in their cause, but, at the same time, in their hearts, having their doubts about it). I am, however, of the opinion that during this Congress we have not been in any doubt as to the task that awaits us.

We have not confined ourselves to reconciling theory and practice. This Congress has also been an international meeting-place between lawyers from every continent. In days of old, there was considerable doubt as to the usefulness of a comparative study of procedural law. This was illustrated by a telling image used by some: 'our libraries hardly own a book on comparative procedural law between them.'

Nowadays, there is a general awareness of the necessity to see beyond one's frontiers on this subject, and to examine those reforms, experiments, recent types of procedure, and modern institutions as have yielded positive results in other countries.

Am I being naïve in thinking that during the past few days we have established an excellent collection of material on what is going on in other parts of the world? Is it not a fact that to-morrow everyone of us will try to defend, elucidate and even introduce some of the more successful experiments?

If this is indeed to be the outcome of our meeting, I believe that all our efforts have not been in vain.

During my welcoming speech I already referred to the pioneering work performed by the 'International Institute for Procedural Law' (Instituto Internacional de Derecho Procesal).

Any results achieved at this Congress would not have been possible without either this spade-work or the support we received from this International Institute.

It should be stressed that it were the Italian and Spanish specialists who were the first to believe in the usefulness of a comparative study of procedural law. Was it not Giuseppe Chiovenda who, as recently as 1912, stressed the necessity of the undertaking of such a study?

Ladies and Gentlemen,

As I was following the discussions held at this Congress, and lent a special ear to the delegates from the so-called Romance language-countries, I happened to reflect on the similarity between the law and the arts. I will not digress on the controversy as to whether the law is an art or a science. As far as I am concerned, the law is primarily an art. Whilst listening, however, to the addresses in the Spanish language, it seemed to me that the law of procedure was a special art-form, related less to painting than to graphic art, the latter being an expression of both art and technique being closely interwoven.

The same goes for procedural law: the rules relating to the technique must be fully grasped; it takes a good deal of creativity and imagination, however, to transform this technique into a legal system that is beneficial to humanity!

In two days' time, we will be going home with luggage consisting not only of paper, but also of ideas, proposals for reform, and, more important still, a sizeable increase in our acquaintances.

In this closing address, I would like to attempt to make an *assessment of the results* achieved at this Congress, and subsequently to present a *summary report*. Also, after having summed up the proceedings at the Congress Bureau meeting, I will leave you with a *message* on behalf of the Organizing Committee, before your return home.

I. ASSESSING THE RESULTS

When making up a balance-sheet, it would seem to me that there are both gains and losses. The losses naturally consist of everything that has occurred in the way of organisational shortcomings, for which I would once again like to apologize on behalf of the Organizing Committee.

A number of eminent foreign proceduralists found themselves unable to participate; others received too little notice; others still appeared at the last moment. This gave rise to a few geographical gaps in our panorama of all the procedural

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

law systems in the world. Anyone who has ever organised a congress on international lines knows that this is a near-inevitability on such occasions.

If I can ever find the time to commit to paper my memoirs as organiser of this maiden world-wide encounter, no doubt one would gauge some code of conduct which is peculiar to each Congress, and pass it on to any soul who feels the urge to undertake a similar venture.

Once piece of advice I can definitely give, is that the correspondence conducted by the Secretary-General must be different in tone and style as he addresses letters northwards or southwards. I am only too well aware that this is an important factor, to which I never paid much attention.

There has, however, also been an important gain: some three hundred lawyers, representing more than fifty countries from every continent on this globe, have made the effort to come to Ghent, not only to make acquaintances. but also to express, by means of reports and addresses, their concern over humanising legal proceedings and to study and discuss the numerous questions and solutions in this respect.

You will return to your respective countries and exert pressure on the legislator, as well as harness your own legal practice, in order to achieve in the medium-long term all the viable solutions as they arose from the discussions for imparting a more human dimension to justice.

The remarkable thing about all this is, that, whereas there has seldom been a reform in an institution coming from the institution itself, this will be the case as regards the reforms we have dealt with. We will doubtless be accused of trying to fight the same windmills as Don Quixote; I do, however, believe that it is the lawyers themselves who must achieve all this.

This Congress is a significant and collective confirmation of a feeling many people had all over the world, i.e. that procedural law constitutes an essential pillar of the constitutional state. Justice in my opinion remains the last ditch in any political system. Anyone who undermines this law, undermines the fundamentals of our society.

Excellency,

I know that this confession of faith on behalf of lawyers is in accordance with your political objective which is not only national but also European and universal: institutions are there for man, and not the other way about. This principle must be applied first and foremost to justice.

The fact that we have confirmed this on the occasion of the tenth anniversary of our Belgian Judicial Code, constitutes the major gain achieved at this Congress.

II. SUMMARY REPORT

It is an impossible task to make a summary of all that has been said during three active congress days. This is why I will content myself with trying to sum up the main features of the reports and discussions. Pray exercise some equanimity for this colossal endeavour!

I will try to discern what important guidelines for the future development of procedural law can be gauged from the discussions at this Congress.

This survey will deal with the following points: general principles (§ 1), improving conditions for conflicting parties (§ 2), the status and function of those who assist in administering justice (§ 3), some specific procedural law problems (§ 4), and finally the international dimension which can be imparted to procedural law (§ 5).

§ 1. General Principles

In his excellent report, our colleague Prof. Habscheid has rightly pinpointed the difference in approach between the 'liberal' and 'socialist' states. I believe that the discussions have illustrated that political ideology, as I already happened to mention in my opening speech, has had a strong influence on each procedural system.

From what has been said during the discussions, I noticed the encouraging fact that all in all, *there are no fundamental contradictions between the various countries as regards the essential nature of procedural law*. When, for instance, special proceedings are created for consumer protection, it is not only intend to solve an individual case, but also, as Prof. Kellner from the D.D.R. put it, to protect the individual as a member of the community.

Should we not also be calling to arms against the so-called 'Begriffsjurisprudenz', which seeks artificial distinctions when there are no concrete differences? *All over the world, legal proceedings, which are to grant protection both to the individual and to the community, must be given a more human dimension*. This is the real assignment inherent in a novel approach towards procedural law.

A further gain seems to reside in the objectives of procedural law, which can be of use to substantive law, but has nevertheless succeeded in achieving autonomy. Autonomy suggests that there are rules proper to procedural law. The discussions have shown that these particular rules of procedural law must help to restore equality in areas where inequality is tolerated in substantive law.

This means more particularly, as Prof. Habscheid clearly stressed, that the conflicting parties are to receive equal treatment before the courts. This 'waffengleichheit' (equality in arms) must be realized during legal proceedings.

This equal access to justice ('the right to notice' as well as 'the right to be heard') starts from the assumption that legal proceedings do not last long, and involve no great expense, or these fundamentals will be trampled underfoot. How can one

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

possible claim that these fundamental rights are being respected, when it takes two years for a case to be dealt with in court?

Is it not a fact that lengthy proceedings also entail that only the well-off can afford to wait, as statutory interest has become a form of cheap loan for them?

Attention has often been drawn to the distinction between Anglo-Saxon and Continental judges, who allegedly fulfil an active and passive function respectively. In this context, I wonder whether we could not aim at a compromise between the two, inspired by the dual objective of procedural law. The judge is to respect the conflicting parties' rights, but, in the interest of those same parties, he must lead the proceedings to their conclusion. The principle of what has been dubbed 'die initiativreiche Prozessgestaltung' (legal proceedings full of initiative) by the judge, seems to meet these requirements in the best possible way. It remains an important bone of contention whether legal proceedings are to be conducted orally or on paper.

I am convinced that only efficiency, meaning procedural economy on the one hand, humane treatment of the conflicting parties on the other, will be determinate in solving this controversy. Finally, and I apologize if I keep on repeating myself, we must not lose sight of the fact that legal proceedings, remain an evil. Therefore, everything possible must be attempted to avoid them. In this context, we are reminded of the 'conciliazione giudiziale' in Italy, or the 'Chotei-tetsuzuki' in Japan, where the judge constantly attempts to reconcile the conflicting parties.

I am undoubtedly passing over a few essential items for discussion; I do, however, feel that, leaving aside all the differences between our respective systems, we may consider these basic principles as being fundamental.

During discussions on the first day under the chairmanship of Prof. Jodlowski, the basically constitutional nature of procedural law was once again stressed. I particularly noted Prof. Habscheid's categorical statement: 'Denial of justice constitutes disloyalty on behalf of the State' (*Le déni de justice est une déloyauté de l'Etat*).

I was very much interested in the suggestion that, in a sense, procedural law makes it possible for a lawsuit to assume a cybernetical slant, which entails a possibility of achieving a certain amount of 'feedback', in cases where formalism leads to iniquitous results. The process of deformatisation must not, however, grow into a 'catch-as-catch-can' system; the law of procedure must remain a structure of 'Spielregeln mit Sanktionenkatalog' (i.e. rules of the game with a list of sanctions attached).

In concluding the discussions the Rapporteur-General favoured plurality in procedural law in cases where one-sidedness would lead to stagnation and inhumanity. This plurality must not, however, induce us to lose sight of the fact that there are tendencies towards all procedural law systems coming closer together, which, according to our Chairman of the day, Prof. Jodlowski, is an encouraging sign.

§ 2. *Improving the situation of the conflicting parties*

All too easily, we assume a tendency to look no further than the rules of procedure, judicial institutions, magistrates and lawyers; we keep forgetting the person who occupies a key position in the proceedings, viz. the person involved in a dispute.

Were I required to pinpoint the crucial moments in our discussions, I think I would say that they occurred when we dealt with the following point: how can we conceive legal proceedings conducted in a humane, cheap and efficient way?

A. On the question of *humanising legal proceedings*, some extremely thought-provoking suggestions were made in the extensive reports by my colleagues, Prof. Fairén Guillén and Prof. Gelsi Bidart.

We were rightly reminded of how a large number of international declarations and national Laws contain a number of solemnly-worded principles, and that reality may be at variance with these principles.

While it is true that legal proceedings remain an evil, it is also a fact that if they are conducted in a humane fashion, a good deal of psychological stress can be avoided.

On this subject, the above reports have laid special emphasis on a number of aspects of this humanizing process.

I would like to refer to the most important of these.

1) The important function of all those involved in legal proceedings, especially lawyers must, in the words of Fairén Guillén, be an 'amicus' to the conflicting parties; the judge, for his part, is to be conscious of the fact that his actions are being scrutinized by public opinion, as a result of the public nature of legal proceedings: 'El pueblo es el juez de los Jueces' (The people are the judge's judge). We might, however, add that, except maybe for the Anglo-Saxon world, scant interest is shown in civil case law. The media might be expected to supply better and more instructive information.

2) Procedural rituals, which sometimes assure an image of 'ceremonia cabolística' (Gelsi Bidart), as well as the highly specialised language employed in case law, should be replaced in a way which is best suited to present-day requirements. There, reference might be made to the clear language used in Swedish legislation.

Whilst we are on the subject, the significance of formalism in procedural law should be subjected once again to close scrutiny. There is one South American Code which provides, rightly in my opinion, that formalism and limitations in time are valid only if they achieve their objective: 'The acts and laws in terms only depend on a determined form when the law specifically demands it, being estimated as valid those which, done otherwise, achieve the essential finality ('los actos y terminos procesales solo dependen de forma determinada cuando la ley expresamente lo exija, reputandose validos los que, realizados de otro modo, obtengan su finalidad esencial').

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

3) The importance of 'immediatividad' (immediacy) in legal proceedings, as being an essential safeguard, has repeatedly been highlighted.

The direct and personal confrontation between the conflicting parties on the one hand, the judge on the other, may lead to a dialogue, or at least to 'clearing the air', which most of the time has a favourable effect. In this way, one has parties conversing with each other in front of the judge.

This direct confrontation between the judge and the conflicting parties themselves does not require the assistance of lawyers, who must remain the chief assistants to the parties.

The discussion showed both reports to have exhausted all the problems surrounding this topic.

In any case, there appeared to be a conscious effort on behalf of the congress participants to make their own contribution towards making proceedings more individual and more humane.

B. As far as *legal aid* is concerned, it has become a platitude to state that during the past five years this problem has become the favorite topic for discussion in procedural and practising lawyers' circles.

To bestow a new dimension on this subject, in the face of numerous proposals and a large volume of literature, was by no means an easy task. I may say that my colleague Prof. Denti has fully succeeded in doing just that.

On this subject, which directly affects the social inequality between citizens, it is only natural that there should be a close link between the political and social ideology of the country concerned, and the way legal aid is being organised. Yet there are, in my opinion, definite links between the unique experiment inherent in the Legal Service Programme in the U.S.A., and some trends which are noticeable in the Socialist States.

It seems to me a pointless exercise to propose a uniform solution as it results from our discussions. I would rather say that the discussion has clearly shown that there is in existence a wide variety of experiments all over the world; each country might make a choice between these experiments in order to organize legal aid in a satisfactory way.

There are several methods of achieving this:

- (a) a system of state compensation for lawyers providing legal aid.
- (b) a system of private insurance for legal aid.
- (c) conceiving a network of public and private services which could provide primary legal aid.
- (d) a system of social security similar to the one existing in medical care. etc.

One thing is certain: legal aid has finally become what Prof. Denti calls 'an instrument of social advancement and social welfare'.

The crucial question is whether a constitutional state is still conceivable without a real effort to organize the legal aid sector both institutionally and financially. Anyone who has taken a close look at the Ministry of Justice budgets all over the world, will unfortunately be forced to the conclusion that the judicial machinery

has remained in a primitive stage: in many countries, legal aid still takes up 0.0% of the budget! In other words, does there exist a political will to make a world-wide effort in this field?

A large number of interventions has shown that several countries have come up with some original solutions. It should be made clear at this point that not only law as laid down in texts, but also customary law can be of some relevance here.

It is obvious that, in view of the many experiments currently in existence on the subject of legal aid, no country can get away with simply saying that there are no solutions available.

C. Small Claims

As far as small claims are concerned, a quick count suggests that legal costs vary inversely with the financial value of the claim. I have calculated that in Belgium, for instance, costs in a claim worth B.F. 10,000 constitute 55% of the claim; in a claim worth B.F. 250,000 it amounted to merely 15%!

When one considers, as Prof. Fasching stressed in his excellent report, that 50% of all claims belong to the small claims category, the importance of this question is brought to our attention. The Rapporteur-General remarked quite rightly that a quick settlement of small claims is conducive towards the population exercising greater faith in the judiciary as a 'service-office'.

In the general Report, attention was drawn to the chief ways of achieving a rapid, simple and inexpensive settlement of such small claims. I would like to refer to this highly appropriate summary.

I would like to come back on some proposals:

1) The citizen is to be well-informed as to these special procedures, which can bring about a simple, rapid and flexible settlement.

2) For 'small claims', only one judge is required (*unus iudex*) who is to give immediate assistance to the parties, as the compulsory assistance by lawyers would thus be cancelled.

3) Everything is to be dealt with in one session, preferably in oral form, and be followed by a rapid judgment and enforcement.

4) Special forms and documents are to be made available to the citizens in order to enable them to do the necessary themselves.

During the discussions it was nevertheless regretted that a rapid settlement of 'small claims' could impair the quality of case law.

D. Accelerating legal proceeding

Finally, the criticism that the law acts too slowly was analysed by Master Jacob in a particularly incisive manner: 'Expedition lies at the heart of procedure, and delay in the administration of justice is a denial of justice!'

It is evident that, when seeking a solution, a happy medium is to be struck between slipshod accelerated proceedings and a sound but long-winded procedure.

I would like to make a selection from the many suggestions which have been put forward, in order to illustrate the many possibilities in this field.

1) Bringing together all the courts of first instance into one large-scale court,

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

where a mechanism of distribution of labour and specialization would be provided for. I would like to remind you of the fact that a proposal of this nature had been elaborated by the designers of the Belgian Judicial Code, Messrs. Van Reepinghen and Krings, but was rejected by Parliament under the influence of pressure-groups.

2) It is also important that the parties themselves act swiftly, and that they can assemble their file thanks to the information they have received.

3) It is obvious that it must be possible for lawyers to be held responsible for the adverse consequences of proceedings which have taken too long.

4) Master Jacob, quite rightly in my opinion, drew attention to the fact that proceedings will not necessarily be speeded up by increasing the number of judges. On the other hand, the judge must be given the competency to control the amount of time involved in legal proceedings.

5) A number of special types of proceedings can contribute towards a rapid settlement: injunction, provisional judgements, settlements out-of-court, etc.

6) Finally, Master Jacob reminded us that it is not enough to elaborate new laws and rules of procedure if one seeks to change this aspect. 'Legal practitioners are, on the whole, creatures of habit and they follow the practise to which they are accustomed, and on the whole they resent changes in procedure as disturbing the routine'.

In Belgium too, we have learnt from ten years living with the new Judicial Code that many justifiable reforms are jettisoned owing to a 'nolle prosequi' on behalf of legal practitioners.

Whilst listening to the Report on accelerating legal proceedings, I wondered whether it would not be a worth while exercise to let 'the machinery of justice' be examined by economists whose job it is to increase productivity in industry.

Are legal proceedings not a 'produce' which must be handled economically?

Moreover, the discussions have clearly borne out how widespread is the criticism levelled at the dilatoriness of legal proceedings.

It is true that in many countries solutions of a compromising kind were adopted; the basic dilemma, however, remains: in minor procedural law, a rapid settlement is required; in major procedural law thoroughly prepared judgements are required. In principle, a rapid settlement should be preferred to novel procedural strategy, where the State would ensure accelerated settlements.

It cannot be doubted that there is no-one who is in a better position than Mauro Cappelletti to be Congress Chairman for this session and to give such a brilliant summing up of the problems surrounding the question of access to justice. Once again, he reminded us of the image of a large number of citizens who knock on the door of the Law and Justice and often are left in a situation of 'legal poverty'.

It is precisely this phenomenon which explains this resurgence of interest in procedural law.

In this context, it is once again encouraging to note that it is possible to discern East and West, North and South coming closer together in solving the problem of 'access to justice'.

Mauro Cappelletti drew attention to what he termed the three successive stages in this problem: protecting the underprivileged, protecting the 'diffuse rights', ending with the global question of access to justice. I will return to this point during my final remarks.

§ 3. *Status and function of the judicial officials*

During legal proceedings, the conflicting parties are constantly being confronted with those who work in the law courts: magistrates and lawyers.

What measures and proposals can be considered with regard to these judicial officials, in order they may contribute towards humanising legal proceedings?

When replying to this question, I particularly took note of an intervention which remarked that the days of a blind folded Lady Justice are gone, and that Justice ought to be represented together with a magistrate and a lawyer, who are to guide the conflicting parties throughout the whole procedure.

A. The magistrate

There can be no doubt, and this has been emphasised more than once in legal theory, that the magistrate plays an extremely important part in legal proceedings. In this context, I have retained a dictum of Gelsi Bidart's which I would like to report at this juncture: 'Le juge ne peut être un fonctionnaire qui ne voit que le dossier'

I would like to express my most heart felt thanks to our Rapporteur-General, Bernard Connen, who replaced Roger Perrot at the eleventh hour, and also to give vent to my admiration for the fact that he has contrived to compile such an excellent summary, considering the limited amount of time available and the scarcity of national reports.

In this report, a number of important tendencies have been stressed:

(1) The judge has been given an increasingly active part in his handling of the case. Here, his reconciling function should come to the forefront.

(2) The relationship between magistrates and lawyers plays an essential part. In the United Kingdom this relationship takes the form of a partnership, owing to the magistrates being selected from amongst the *élite* of the Bar, which allows for a better sense of values and more honesty in their co-operation.

(3) Bernard Connen rightly stated that legal proceedings are still approached in a spirit of 'battle', with every party anxiously holding back their arguments till the last moment.

(4) Finally, the Rapporteur-General asked us to consider a totally new approach towards the function of magistrates. Judgments are not made for the sake of providing material for thick academic tomes, but to provide the citizen with the necessary assistance and to continue fashioning the legal system according to the mentality of the population. 'Le juge est appelé à se renouveler constamment se faisant comme le souhaitait Saint-Paul, à la recherche de l'homme nouveau, grec

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

avec les grecs, juif avec les juifs, romain avec les romains' (the judge is required to undergo a process of continuous renewal and with the words of Saint Paul to search for the new man, Greek with the Greeks, Jew with the Jews, Roman with the Romans).

There can be no doubt that this novel approach towards the function of the judge also requires a new type of judge, which has implications for the training, selecting and appointing of magistrates. This was brought home to us very clearly in the remarkable comparative report by Hector Fix-Zamudio.

Usually, a university degree is the sole qualification required for the training of magistrates. In some countries, however, require an additional qualification, either in terms of professional 'on the spot' experience, or in the shape of a post-graduate degree acquired at an 'Ecole de la Magistrature' (College for magistrates).

It is also interesting to note that in some countries, magistrates are selected on the basis of results obtained at a competitive examination ('concours de mérite).

As far as the appointment, following the selection, is concerned, it must be said that there are some states where magistrates are elected; in most cases, however, magistrates are appointed. In this case, the selection Committees must exercise the necessary vigilance not to make the appointments on a political basis, and also be formed on as broad a basis as possible, in order to avoid a judicial 'old boy network'.

Finally, any increase or change in the judicial functions requires the judge constantly to keep up to date with changes in the law.

During discussion time, it once again transpired that all over the world, the judge has been required to play an increasingly important part. Here again, it would appear that the dividing line between the various procedural law systems is gradually growing thinner and thinner.

This novel approach towards the function of the judge contains important implications for the recruitment and appointment of magistrates, as has been pointed out by several speakers. At this juncture, there was genuine concern that the judiciary retain its independence *vis-à-vis* the political system.

B. The Public prosecutor

As far as the position of the public prosecutor in private lawsuits is concerned, there is a noticeable trend towards assigning new tasks to the public prosecutor. This was highlighted in a lucid and meaningful way in the General Report written by Prof. Enrique Vescovi.

It is obvious that we must leave behind the traditional image of the public prosecutor, which has yet to be dissociated from the prosecutor's repressive role in criminal cases.

The new functions of the public prosecutor prompt the question as to whether those who are entrusted with this new task do not require a different training programme and are to assume a status which is more independent from the executive.

Amongst these new tasks, mention must be made of the following: acting for the underprivileged before the courts, acting on behalf of collective interests (e.g. consumer protection) or for the defence of 'diffuse rights' (e.g. in environmental law). In this way, the public prosecutor can, in certain cases, contribute towards humanizing legal proceedings.

Another important aspect is that, when important interests are at stake, the public prosecutor must increasingly assume the task of acting before the highest courts, for the benefit of the law and of collective interests. This would present the advantage that the legal costs involved would no longer be chargeable to private individuals.

C. Lawyers and paraprofessionals

The lawyer remains the central figure in legal proceedings; nowadays, however, his function does not escape criticism any longer.

Here, a novel feature has been introduced in the shape of people who lack a complete legal education, but are nevertheless involved in the law. These are the so-called 'paraprofessionals'.

With regard to the training of lawyers, the Rapporteur-General, Yasuhei Taniguchi in his excellent summary report, favoured the idea of a joint training programme for lawyers and magistrates, in order to promote better understanding between the two professions.

As the need for legal aid is increasing day by day, there is undoubtedly a universal necessity for a new category of people, who might operate within or outside the judiciary, of whom a full legal qualification is not required. Many countries, as witnessed by the General Report, have already instituted such a category of 'paraprofessionals'.

The comparative study in the Report has shown to what extent these individuals and institutions can contribute towards a law and justice which is more humane and more accessible.

The above does not take away the fact that the lawyer, in the broadest sense of the term, can in his capacity of participant in the judicial process, still play a central and important part in the humanising process, as long as a number of topical problems are solved, such as a better geographical distribution of lawyers, specialisation within the frame work of law firms, making legal aid less expensive, replacing lawyer representation by lawyer assistance.

Taniguchi has rightly stressed that we are being faced with a challenge to reassess the legal profession and to give it a new definition, in view of the mammoth growth in the law, which impinges on our daily lives.

During discussion time, a number of speakers emphasised that in a modern constitutional state, the lawyer remains the best person to grant humane and independent assistance to the conflicting parties during the lawsuit.

The third day was chaired by my colleague, Prof. Fettweis, who took charge of the discussion with the charm which is so characteristic of him.

§ 4. *Specific procedural problems*

During this Congress, we have paid scant attention to rules of procedural technique. More time has been devoted during these past three days to the basic problems surrounding procedural law.

We must not, however, lose sight of the fact that procedural law also consists in a technique which is to be constantly re-shaped and improved if they are to contribute towards justice with a human face.

On this point, two reports have been drafted concerning procedural techniques, i.e. a Report on evidence and one on appellate proceedings.

A. Evidence

In their Report, Prof. Micheli and Taruffo stress that access to justice implies that the conflicting parties should be granted the right to provide evidence of their claim. This means that the necessary steps must be taken to enable everyone to prove the facts they allege in a convincing way.

In my opening speech, I quoted from Rosenberg where he wrote about the necessity for the judge and the parties to co-operate in order to reveal the factual truth. The Rapporteurs-General, Micheli and Taruffo, made an appropriate distinction on this point between the common law viewpoint on the one hand, the civil law position (including the Socialist States) on the other.

A three-day Congress is not the place for sweeping away time-honoured, deeply-rooted traditions; I do not, however, think that I am mistaken in concluding from the various Reports that there is a tendency for the various countries to come closer together on this point.

Thus the General-Rapporteurs remarked that recent techniques for the purposes of convincing the judge (blood-testing, macro-analysis, lie-detectors, tape-recordings, etc.) are universally only deemed acceptable if they are scientifically dependable and do not adversely affect the mental integrity of man's personality.

In this respect, a new approach seems to me to be needed. Research must be done in all fields of human knowledge in order to find those methods which will enable us to discern the truth: *quid est veritas?* What does the word 'truth' entail, how can it be approached and how can the judge be convinced?

One conclusion we are forced to draw is shared by the Rapporteurs-General: truth in legal proceedings is not as such an objective; but rather a method which is to be used in order to obtain a just decision: '*une condition pour une justice plus juste*'.

But, as was stressed, during the interventions, the factual truth requirement must not lead towards human integrity and privacy being adversely affected. This also constitutes a new dimension in the process of humanizing justice.

Evidence must be provided in an atmosphere of mutual trust between the conflicting parties; here, we once again refer to Rosenberg, as I did in my opening address. Such a position of trust can only be arrived at if the judge who conducts the cross-examination of witnesses is also involved in the final judgement.

B. Appellate proceedings

Amongst the questions I put at the opening session, one was on appellate proceedings.

The Rapporteur-General, Prof. Jolowicz, has shown in his excellent Report how the relevant terminology and comparative 'appellate proceedings' in the broadest sense of the word is particularly confusing, which makes an accurate comparison difficult, if not impossible.

I do, however, consider it fit to state that here, we have been given a Report which is essential for the further development of this rather complicated and procedurally technical field.

Nor is a summary Report an opportunity to recall all the problems surrounding this particular subject. Consequently, I will pass over the controversies concerning law, the competency of the judge in higher appeal, Supreme Court proceedings, etc.

There can be no doubt that the possibility of appellate proceedings presents a great deal of advantages, such as the appeal judge being more experienced, the file being subjected to a more intensive study, the really important aspects of a case being concentrated upon, etc. We are, however, confronted with an almost insoluble dilemma: the many possibilities of instituting appellate proceedings lead to the higher courts being overloaded, which, in turn, reduces the value of higher appeal.

Accordingly, Prof. Jolowicz made two suggestions which merit further consideration:

(1) As is the case in the common Law-System, the abusing of appellate proceedings could be limited if the original judgement is enforced in spite of higher appeal, unless the plaintiff can prove that there are good persons for suspending enforcement.

(2) As a result of history, we are, as the general Report rightly states, experiencing a highly complicated system of appellate proceedings; the German national Rapporteur even used the term 'Rechtsmittelstaat' (Appellate proceedings State)! Hence the justifiable suggestion that antiquated and outdated theories to be done away with. The present-day requirements to make justice more humane require a different approach, which must be of a more empirical and pragmatical nature.

Furthermore, the discussion clearly showed that it is necessary failing a timely intervention by the legislator, the Supreme Court must give sufficient legal guidance by dint of important cases. This point of view once again confirms that procedural law transcends the interests of the conflicting parties. The Rapporteur-General emphasised how important it is to renew confidence in the judge of first instance.

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

§ 5. *International nature of Procedural Law*

It is difficult to deny that the increase in international relations, the constant presence of foreigners in all our countries, as well as the necessity of enforcing national judgements in foreign countries, contribute towards the development of International Procedural Law. This side of procedural law also badly requires a dose of humanization.

In my opening speech, I put the question as to whether it is not a fact that every country favours its own nationals. In his extremely important Report the Rapporteur-General has clearly given this aspect of procedural law the dimension set out in the Congress theme. In his conclusion, he stated that every citizen should be made familiar with international procedural law in order to achieve a *bona fides* in this international co-operation as well.

I would like to bring to mind a number of important proposals:

1. International jurisdiction must not be derived from the parties' nationality, but from other more acceptable criteria.
2. Special procedures for the recognition of foreign judgements must be done away with.
3. The unfavourable situation of foreign conflicting parties as regards local costs and legal aid must be improved.

There was disagreement as to the necessity of applying the principle of reciprocity in international procedural law. My view is that, if we are to make further progress in this field, one must not wait for reciprocity to come about. One might as well 'wait for Godot'.

It was a difficult task indeed to make a summary report, having listened to 13 reports and dozens of interventions during three working days of eight hours each – just as difficult, in fact, as organizing a Congress in a year's time.

My summary report will have appeared either too personal or too vague.

If it was personal, I can only offer one excuse. I consider that science cannot be divorced from the personal effort of the academic researcher. I also believe and hope – 'le grand espoir' as Gelsi Bidart put it – that it has been possible to impart a more human dimension to legal proceedings in spite of all these differences.

If my summary has been too vague, I hope you will say:

'We started in confusion and we ended in confusion, but on a much higher level.'

III. A FAREWELL MESSAGE

Before taking my leave of you as Secretary-General, I would like to leave you with a few ideas which are dear to my heart. These ideas contain both an assignment and a challenge.

1. Law in general, and procedural law in particular, are still considered by the citizens to be a method of maintaining the 'status quo', not as instruments for a

reform in society. Was it not the President of the French 'Cour de Cassation', Mr. Maurice Aysdalot, who declared at the opening session of 2 October 1970: 'We must no longer be the judges who give dead answers to living questions'.

This required novel approach must be applied 'a fortiori' to procedural law, which is to be the supporting frame of every legal system. In 1924, Georges Renard wrote that he regretted that 'Les formes de la procedure civile, sont toujours d'une ou de plusieurs révolutions, en retard et constituant, comme les musées, des témoins vivants des âges disparus'. Since then, new codes have proved this pronouncement to be untrue; may this Congress be an inspiration for you all to continue to contribute wherever you may be, towards this permanent updating and humanizing of procedural law.

2. In this way, procedural law is to be conceived in a totally different way than has been the case up to now.

Deliberation on future developments in the law has become an absolute necessity for procedural law, which has only had a revival quite recently. If we think about the way our laws will have to accommodate new problems and new social questions, we will have to determine how this new law can be achieved with the aid of updated procedural techniques.

When considering, for instance, environmental law, consumer law, product liability law, it is obvious that even the best elaborated laws will remain ineffective without adequate procedural rules.

3. If procedural law were to fail to provide adequate and efficient legal aid, all credibility in the authoritativeness of case law would inevitably evaporate.

We cannot stress sufficiently that if proceedings are complicated, slow and costly, and if the machinery of justice functions badly, confidence in the law and in justice will disappear. He who undermines confidence in the law, strikes at the fundamentals of the law and consequently also at society.

Throw back your minds to the brilliant answer Thomas More gave during his conversation with Roper, who wanted to cut down all legislation in England: 'This country is planted thick with laws from coast to coast – Man's laws, not God's – and if you cut them down – and you are just the man to do it – do you really think you could stand upright in the winds that would blow them?' (Bolt, R., *A Man for All Seasons*).

All those who bear the responsibility for the sound functioning of our courts should keep this dictum in mind.

4. Mauro Cappelletti, however, rightly and brilliantly drew our attention to a fundamental choice we are to make, and which is becoming more and more urgent as a result of economic stagnation in most countries in the world.

We must, in all conscience, wonder whether we are not in the process of building up a procedural law system, which has the appearance of being a luxurious, refined and sophisticated machinery, but requires an enormous amount of time, money and talent.

Should we not rather aspire towards a less perfected system, which might well be less expensive, more rapid and less complicated?

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

During my opening speech, I compared legal aid with medical care.

Nowadays, the field of medical care is the subject of many an anxious question: should the best specialists, the most expensive drugs and the most sophisticated apparatus be available to all, which seems to be an economic impossibility? Or should we return to a more simplified medicine, which would be more accessible to the community?

Mutatis mutandis, the same goes for procedural law: must the emphasis be on quality or on accessibility?

5. That is why – and this will be my last thought – I believe that laws, institutions and reforms we try to elaborate in the best possible way, can only play a secondary part as against the primary part played by practioners of the law themselves. These are: lawyers and other practioners who assist the conflicting parties, the magistrates who control the judiciary, and persons in authority and civil servants who are responsible for judicial policy. Without adequate training, efficient selection and recruitment, as well as a constant process of keeping up to date on behalf of these persons, our courts will remain the maze as it was described in such stirring terms by Kafka.

I am convinced that many of my colleagues who are here today and who have had the good fortune of teaching procedure share this concern and will take this into account when training future lawyers. The ‘Leitmotiv’ elaborated by the famous Göttingen mathematician, Richard Courant, is just as applicable to lawyers: ‘Mathematics (lectures in procedural law) must be inspired by concrete, specific material and must endeavour to return to any layer of reality. Immersion into the abstract must be more than just an escape; taking off and landing are both just as indispensable.’

Mr. Chairman,
Excellency,
Ladies and Gentlemen,

I consider it to have been a great privilege to have been able to organise this Congress under the chairmanship of my good friend and colleague E. Krings. In spite of all its shortcomings it will remain a unique experience for me. This is why I would like to thank you all for your patience and for your trust.

Once again I would like to express my gratitude to the Secretariat team; without them this whole Congress could not have been conducted in the way it was.

I derive the greatest satisfaction from the fact that a Congress on the law of procedure which, as we have once again experienced, is so closely interwoven with the politics and ideology of each single nation on earth, has proved possible without a single incident. Irrespective of creed, everyone listened to everyone. This, for me, has been the most important and most encouraging feature.

Many thanks and goodbye.

Ghent, 2 September 1977.

SPEECH BY MR. A. DEVREKER

Rector of the University of Ghent

Mr. Chairman,
Excellency,
Mr. Secretary-General of the International Institute for Procedural Law,
Dear Colleagues,
Ladies and Gentlemen,

It is a great honour and pleasure for me to be able to address you, in the name of the University, at this closing ceremony.

First of all, I would like to express my gratitude for the fact that this University has been chosen as the place where the First International Congress on Procedural Law was to be held. We are very honoured by this choice and I avail myself of the opportunity to thank all those who have contributed directly or indirectly to the success of this Congress.

It is clear that your Congress has had a universal character. In spite of the differences in the legal systems and judicial organisations of the various countries represented here, there seems to exist a widely felt need for examining the critical stage in judicial practice which transcends all boundaries: legal proceedings. The direction of this examination can be found in the theme of your Congress: 'Towards a Justice with a More Human Face'.

Proceedings in court are essentially an appeal to judicial bodies and organisations to activate law in a given situation. They constitute one of the ways in which one seeks to find an objective solution for conflicts in society, a solution which is attained via legal means and which must also be acceptable to our sense of justice. It can hardly be said that these legal means, this way of finding solutions, is eagerly used or highly esteemed by people in general.

A French saying goes: 'Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès' ('A bad settlement is better than a good trial'). A trial seems to be considered as a last resort only. If this were the case however, it would mean that, ideally speaking, the use of the legal organisation for the legal settlement of conflicts, would be the means which inspired the most confidence.

In my opinion, there are several reasons why this is not the case in reality:

– the fact that certain conflicts in society can hardly be settled in a satisfactory way by means of existing legislation. One's sense of justice and law are then at odds with each other. It is precisely the task of the jurists – and not so much of practising lawyers – to make new laws, to apply certain corrections. In this con-

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

text I would like to refer to a term in economic parlance, viz. 'lag': legal rules lag behind the reality of social life. Examples of this lag are easy to find and have often been noticed in fierce political battles or in the formation of schools or doctrines;

- the cost of procedure. The well-known English weekly 'The Economist' has recently criticized the high cost needed to obtain 'justice' in England. Yet, in the modern doctrine of public finance, the administration of justice is also labelled as a so-called 'public service';

- lack of transparency (cf. the theory of the transparent market situation in modern economics), the complexity and the lengthiness of proceedings. I can remember that, in a lecture given as an introduction to civil law, the professor – also a practising lawyer – always said that in order to obtain justice it is of the utmost importance to know 'at which door to knock'. The judicial organisation evidently forms the bridge between theory and practice. In my opinion, an important task still lies in store for what might be called judicial 'public relations'.

Fourthly, there are reasons of a historical, quasi-professional nature, at least in Western Europe. Many historians think that the lawyer's and notary's profession came through the French Revolution unscathed. In my opinion this is to a large extent correct. I say 'to a large extent', with caution, for two reasons. Sudden changes in judicial procedures and customs threaten to gravely prejudice the ever present sense of justice. This most important – and probably not always consciously perceived – element of 'Gemeinschafts'-life (societal life) (M. Weber) must certainly not be neglected. Furthermore, conflicts in society are extremely diverse: they require categorisation and adapted judicial procedures. An economic magistrature, e.g., with its high requirements of efficiency and technicality, will hardly be suited for the judicial settlement of purely human conflicts.

Optimal interaction between correct judicial settlement and costs or, respectively, of manner and length of proceedings, remains a very difficult problem which is also highly relevant from the social point of view.

We are pleased to see that specialists from all continents have studied this matter and have been able to exchange their experience at the present Congress in order to make a stimulating comparison. We also consider the fact that this first Congress has been organised in our Alma Mater as a proof of the confidence placed in our own Law Faculty. For this, Mr Chairman, Ladies and Gentlemen, I would like to express my sincere gratitude. I furthermore wish that the comparative and international study of Procedural Law may enjoy a very fruitful future.

SPEECH BY MR. L. TINDEMANS

Prime Minister of Belgium

Ladies and Gentlemen,

This past week lawyers, magistrates and professors, from all over the world, assembled here to have take part in a discussion on the extremely topical theme: 'Towards Justice with a Human Face'. In doing so, you did not shrink from tackling the innumerable problems set by the ever-increasing process of humanising of Justice.

In 1967, this country initiated a reform in that direction. The late Royal Commissioner, Ch. Van Reepinghen, and his successor, Advocate-General Krings, both made a substantial contribution towards this achievement.

I should like to express my heartiest congratulations to the organisers of this conference, and especially Professor Storme. The tenth anniversary of legal reform seemed to them an opportunity for reflection on the law of procedure and its frame of reference.

The concept of the constitutional state, which was developed in the 19th Century under the influence of German legal writers, implies that all the Constitutional powers are subordinate to the legal order.

It is, amongst others, characteristic of a constitutional state to grant rights and fundamental freedoms to its citizens and to split these powers in a number of bodies which counterbalance each other and thus keep a balance between them.

The separation of powers was given its most perfect expression in the separation of powers, which Montesquieu took from John Locke and developed further. Even though in principle these different constitutional powers have independent structures, they nevertheless are closely interwoven, and the right conditions for even closer collaboration are there.

Separation of bodies does not necessarily imply a separation of functions. What, in this traditional triad of powers, is the role of the judiciary?

I will try first of all to give a brief answer to this question. I will endeavour to illustrate what are to be the underlying principles of the functioning of the judiciary in the second part of my address.

I. THE TASK OF THE JUDICIARY

The judge has to pronounce judgement. He is forced to do so by article 5 of our

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

Judicial Code. Under no circumstance, be it that the law is silent, unclear or incomplete, can he refuse to pronounce judgement.

It is evident that a public authority such as the judiciary must supply the citizens with services they can rely on. In a constitutional state, governed by the principle that 'no-one is to procure law for himself', every citizen may count on the State enforcing the rules it has made. This is his undeniable right. In this way, the community has a real right to administration of justice.

A magistrate who pronounces judgement, and who consequently is bound by the principle of legality to apply the law, is, however, more than a mere executive in the performance of his duties.

Nowadays, we no longer cherish the illusion created by 19th Century 'legalism', according to which the judge was a mere civil servant. As such, he was to confine himself to solving the facts of the case in a manner which could be logically gauged from a clear Act; this Act could be applied at any time and in any circumstance; unforeseen contingencies being of no consequence. The task of the judge was not to consist exclusively in a way of reasoning which uses the syllogism method to reconcile facts and the law.

Furthermore, legal practice does not arise from such dialectical reasoning. To reduce legal proceedings to such a purely conceptual process would, however, be painting a totally false picture.

The judge acts in a creative way when performing his duties. Economic, social and scientific trends in our society compel him to constantly adapt and reform the law.

With regard to facts and situations, he is to act not in a subservient, but in a regulating way, always respecting the necessary cohesion between these two factors, which constitutes the foundation stone for any legal order.

In his introduction to the French Civil Code, Portalis had already entrusted this creative and regulating task to the magistrates. He maintained 'qu'il est impossible au législateur de tout prévoir et qu'une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'arbitrage des juges'. (It is impossible for the legislator to make provision for any contingency; consequently, a mass of situations will have to be left to the judges' discretion).

In performing this dual task, the judge may use a number of techniques, ranging from interpretation of the legal text to discretionary interpretation. In doing so, he is to take into account considerations of a legal, but also of a non-legal nature.

The law is not, in fact, a self-sufficient system and cannot be divorced from its social and ideological context. The part played by the judge will consequently find its justification in, on the one hand, the objectives of the public authorities, and, on the other, the economic, political and social significance of his decision, which constitutes its value in legal terms.

When pronouncing judgement, the magistrate is to keep in mind constantly the underlying values of the rule, not in an inflexible, academic way, which would completely obliterate the objectives set by the legislator, but in a dynamic manner, which restores life to the rule. The choice between several solutions in law can

only arise out of an evaluation, not out of considerations of a logical nature. This goes to show what a heavy responsibility interpreting the law entails.

Case law conceived in this way does not imply that the legislature is being curtailed in favour of the judiciary, who thus would be in a position to change the law at will. On closer inspection, the legislator and the judge are two ways by which the law can express itself, each performing a specific task in their own field.

The legislator shall safeguard the stability required in society, and the judge shall apply the rules, taking into account the diversity and constant evolution of social conditions.

Thus the judge is to keep pace with a changing world. But this is precisely what causes the danger that, when pronouncing judgement, the magistrate puts forward his own personal ideas, or becomes enmeshed in political or ideological controversy. By his personal involvement the magistrate sheds his capacity of arbiter. Moreover, his decision contains an element of conflict, which is inconsistent with his function of troubleshooter and peace-maker.

The law is to stay clear of polemics in whatever form. If it were to stray from this principle, the law would be reduced to a mere frame for decision-making and be in real peril.

II. THE FUNCTIONING OF JUSTICE

Following this definition of the nature of administering justice, I would like to dwell for a moment or so on some principles which determinate the functioning of justice. I will confine my remarks to the following points:

- the law must respect human rights and
- the law must be democratic.

A. Towards justice which respects human rights

The way legal proceedings are conducted is determined by the absolute necessity of providing evidence. It is, of course, a fact that there is no method of providing evidence which can guarantee absolute certainty. Any legal truth must necessarily be seen in relative terms. If the courts were expected on perfect truth, this would mean compelling them to do everything possible to narrow down as much as possible the inevitable margin of uncertainty contained in every man-made truth.

Does it follow then that it is impossible to keep within reasonable bounds the use of evidence in support of the truth in legal terms? In other words, will anything do to help convince the judge?

The development of science and technology has led to Justice and John Citizen having at their disposal a large number of devices which nowadays have the effect not only of confusing but also of disquieting a number of people.

These devices can only be used in evidence to the detriment of the fundamental rights of citizens who thus have their private lives impinged upon.

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

In this way, there occurs a contradiction between, on the one hand, the justifiable claim that Justice, in search of truth, must have access to information, on the other, respect for the rights and freedoms of the individual, which are just as much deserving of consideration.

Of course there exist some conflicts which can only be resolved after a revelation of some aspects of one's private life. An infringement of one's fundamental rights can be justified if it is in the interest of the community to do so. Strong reservations must, however, be made regarding those methods which constitute a veritable assault on one's private life, or deprive individuals of their mental capacity.

Society has nothing to gain by ensuring its own safety by using methods and techniques which degrade humanity. In this context it is encouraging to note that the progress of science has been matched by the general awareness that man is once more to occupy a central position in present-day law.

B. Towards justice with a democratic face

Democracy is a word with a nice ring to it, but also a much-abused one. I do not intend to make a lengthy digression on the meaning of democracy.

I would, however, like to indicate how, in my opinion the law can pursue a course which is conducive towards democracy. In this context, there is one word which is particularly relevant, i.e. 'clarity'.

In the same way that medicine is applied to save an imperilled life, the law is applied to create peaceful conditions amongst people, by means of the solution it gives to lawsuits. The task of the law is that of peace-maker. No-one will have failed to grasp the dignity inherent this assignment. Most citizens, however, hardly have any knowledge of this side of the law. They do not for one moment cast doubts on the law as an Institution, but consider it as being too complicated for them.

For them, the wish, as expressed by the Royal Commissioner, to obtain an 'administration of justice which is more speedy, more simple and less expensive' will not be realized as long as the necessary changes have not been brought about.

Not everybody will echo this desire; at the same time, no one can take an indifferent attitude towards it.

It does not require a great deal to impart a more human dimension to justice and to grant a citizen something he has a right to, i.e. a chance to negotiate the winding road of legal proceedings without any trouble, and to be informed of those decisions which affect his life and his property.

This does not mean changing or casting doubts on those principles which for centuries have governed the legal institutions. What must be done is to adapt them and thus give them a more human dimension, so that citizens no longer have the sensation that the judicial machinery is an 'alien body'.

CONCLUSION

Ladies and Gentlemen,

The administration of justice is felt as a necessity for both the citizen and the State. It is for the citizen, because Justice ensures that his rights are being safeguarded. It is for the State, because Justice guarantees a truly democratic social order.

For you, whose concern it is to administer justice, I have the following message: Should Justice ever become imperilled because faith in its Institutions has been shaken, the bell will toll for us and for our nations.

SPEECH BY PROF. DR. E. KRINGS

President of the Congress

Excellency,
Dear Colleagues,
Ladies and Gentlemen,

We are unfortunately running out of time, and this conference, which I believe to have been extremely interesting, will draw to a close. It is my sincere wish that, as I happened to mention at the opening ceremony, it has proved extremely fruitful for every participant, not only in terms of what we have learnt from each other, but also on account of the bonds of friendship which have been created and will become corroborated over the years. It seems to me that the importance of the Congress resides not only in the exchange of ideas to which it gives rise, but also in the durable links which have been created between the participants.

If this Congress has been a success, this is due to the efforts of every participant, and especially the extremely interesting interventions we have been listening to.

These interventions were prepared with a great deal of care by the national rapporteurs and by my colleagues, Messrs. Prof. Dr. B. Connen (France), Prof. Dr. V. Denti (Italy), Prof. Dr. V. Fairén-Guillén (España), Prof. Dr. W. Fasching (Österreich), Prof. Dr. H. Fix Zamudio (Mexico), Prof. Dr. V. Gelsi Bidart (Uruguay), Prof. Dr. W. Grunsky (Bundesrepublik Deutschland), Prof. Dr. W. Habscheid (Bundesrepublik Deutschland), Prof. Dr. J. Jacob (Great Britain), Prof. Dr. J. Jolowicz (Great Britain), Prof. Dr. G. Micheli (Italy), Prof. Dr. Y. Taniguchi (Japan), Prof. Dr. M. Taruffo (Italy), Prof. Dr. E. Vescovi (Uruguay), who contrived to produce quite magnificent summary reports.

I would like to express my gratitude to each one of them, and particularly Mr. Connen, who, in the absence of Prof. Perrot, jumped into the breach to take charge of 'the judges' task'.

He also introduced the debate with as much academic excellence as eloquence.

Once again, I would like to give special thanks to Messrs. Prof. Dr. M. Cappelletti (Italy), Prof. Dr. A. Fettweis (Belgique), Prof. Dr. J. Jodlowski (Poland), who assumed the role of chairman at our sessions in a quite remarkable fashion.

This Congress was made possible by the moral and material support and aid coming from a large number of academic institutions, including universities and Law faculties, and especially the University of Ghent and its Law Faculty, without whose co-operation this Congress could never have taken place; there has also been support from trading circles, who thus showed a great deal of interest in the subjects discussed at this Congress.

OFFICIAL CLOSING CEREMONY

I would also like to extend these sentiments of gratitude to the Belgian Government, and more especially his Excellency, the Minister of Justice, who has graced this conference by his presence, given it his full support, and also made a substantial personal contribution.

Last but not least, there is one vote of thanks which I particularly cherish, namely to my friend Professor Storme, who not only took the initiative in holding this Congress but also, in more than a year's time worked unceasingly and at an amazing pace in order to make this Congress into a big success.

He, as well as his team of assistants, has prepared this Congress with a skill and care to which it is difficult to pay sufficient tribute. He has just given us yet more evidence, if such evidence were necessary, of his tremendous energy as well as a remarkable summarizing ability by submitting a Report on the results of our endeavours, and this in such a short time that it is worthy of a mention in the famous Book of Records. This effort has enabled us to end this Congress by making up a detailed balance sheet of our deliberations. The name Marcel Storme will remain indelibly linked with the results achieved at this Congress. Accordingly, I would like to extend to him on your behalf my warmest thanks and heartiest congratulations.

I would also like to associate in this vote of thanks all those who have assisted Professor Storme, and especially Mrs. Storme, who, with a great deal of charm and simplicity which lacked nothing in efficiency, took good care of us all and of our relatives. It was she who saw to it that our stay in Ghent was held in the best possible circumstances. I would also like to thank Mr. Philippe Leroy, our Assistant Secretary-General and all his assistants, as well as the translators who have at all times assisted us in an invaluable and efficient manner.

Respected and Learned Rector,

I would like to say how much we appreciate your presence here, particularly as it is thanks to your co-operation that we have been able to enjoy the overwhelming hospitality of your University during this past week.

We are also grateful to you for having accepted with such alacrity to give us the benefit of your own opinion on the shortcomings of the administration of justice. Doubtless there is a good deal of common ground between economists and lawyers, as we all belong to the so-called social sciences category; in this way, you are in an excellent position to judge the gaps and faults in this neighbouring science. Perhaps one day you will give one of us the opportunity, at a Congress on Economics, to make known what is the opinion of a legal man on the shortcomings of the Economics science.

We will certainly take your reflexions to heart.

E. KRINGS

Excellency,

You have not only granted us the exceptional honour of your presence at this closing ceremony; you have also consented to address us. Please rest assured that all those associated in the running of our judicial institutions, have been greatly moved by the interest you have shown.

Our gratitude is all the more deeply felt when we consider what a heavy responsibility it is to govern this country.

Your own position of authority emphasises the importance of the subject you will be dealing with.

In your governmental policy you have always shown that quality of caution which is so important in the exercise of public authority. Rest assured that the members of the judiciary are following this example when exercising the small amount of power they possess. This ought to guarantee that our democratic institutions are in a healthy condition.

LIST OF PARTICIPANTS

ANDERSSON, A.

Judge at the Stockholm City Court
Graevelingsvägen 21
161.37 Bromma
SWEDEN

ANDREW, G.

Attorney Notary
47 Oak Avenue-Box 383
River Club, Sandton
SOUTH AFRICA

ANGEL, F.

Avocat
50, Rue Albert 1er
Luxembourg
LUXEMBOURG

ARAUJO PARRA, J. A.

Abogado
Av. Auyantepuy
Res. El Padrino Apto 61
Colinas Bello
Monte. Caracas
VENEZUELA

ARENS, P.

Professor Dr. Jur.
78 Freiburg
Wintererstr. 21
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

ARNOLD, H.

Ministerialdirigent
53 Bonn – Bad Godesberg, 1
Stresemannstrasse, 6 Postfach 650
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

BAERT, F.

Advocaat
Kon. Astridlaan 123
9000 Gent
BELGIE

BAETEMAN, G.

Hoogleraar – Staatsraad
Gobzackstraat 5
1570 Galmaarden
BELGIE

BAKER, B. H.

Solicitor
Michele Crescent Forster
Forster N.S.W.
AUSTRALIA

BARBI, C. A.

Professor
Rua do Ouro, 1702
Belo Horizonte
BRAZIL

BARBOSA MOREIRA, J. C.

Professeur à l'Université
Rua Anita Garibaldi 26/401
Rio de Janeiro
BRAZIL

LIST OF PARTICIPANTS

- BARCLAY, K.**
Solicitor
27 Royal Terrace
Edinburgh-Scotland
GREAT-BRITAIN
- BARSALLO JIMENEZ, P. A.**
Profesor de Derecho Procesal-
Abogado
Apartado 6388
Panama
5 PANAMA
- BATCHILLY, O.**
Master-Registrar
Cape Point
Cape St. Marie
GAMBIA
- BAUMGÄRTEL, G.**
Universitätsprofessor
5 Köln Lindenthal
Albertus-Magnus-Platz
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND
- BAUTHIER, F.**
Avocat
Avenue Montjoie 38
1180 Bruxelles
BELGIQUE
- BEIRENS, J.**
Rechter in de rechtbank van eerste
Aanleg te Brugge
P. Pourbusstraat 2
8000 Brugge
BELGIE
- BELJAARS, A. G. H.**
President arrondissementsrecht-
bank
Rietbroek 7
Stramproy
NEDERLAND
- BELLAART, J.**
Vice-president arrondissements-
rechtbank
Lochemseweg 48
7244 RS Barchem
NEDERLAND
- BELTRAN PELAYO, A.**
Secretario de Tribunales
Recogidas 64
6F Granada
ESPAÑA
- BERGGREN, N. O.**
Counsel to the Committee on Jus-
tice of the Swedish Parliament
Vikbyvägen 14
S-18143 Lidingö
SWEDEN
- BERNIER-BOVIJN, M.**
Juge au tribunal de première instan-
ce de Mons
3, Rue Haute Cambron
7443 Saint-Vincent
BELGIQUE
- BILLER, W.**
Richter
8480 Weiden
Schätzerstrasse 25
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

LIST OF PARTICIPANTS

- BINON, C.**
Juge au tribunal de première instance de Charleroi
Centre Europe
Place Buisset, 10e étage
6000 Charleroi
BELGIQUE
- BIRKS, M.**
County Court Registrar
The Pytel
Manor Lane
Gerrards Cross Bucks SLQ 7NH
GREAT BRITAIN
- BLECH, H.**
Köln 41
Nonnenwethstrasse 67
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND
- BLOMMAERT, A.**
Wetenschappelijk assistent R.U.G.
Posteernestraat 16c
9000 Gent
BELGIE
- BOCKEN, H.**
Eerstaanwezend assistent R.U.G.
Leenstraat 24
9210 Heusden
BELGIE
- BOEHLE, A.**
Navorsers F.K.F.O.
Henegouwenstraat 85
9000 Gent
BELGIE
- BOMAN, R.**
Professor
Östra Ågatan 53
S 753 22 Uppsala
SWEDEN
- BOS, G.**
Rechter in de rechtbank voor eerste aanleg te Gent
de Spoelberchdreef 7
9830 Sint-Martens-Latem
BELGIE
- BOSCH, A.**
Secretaris en lid van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie.
Marggraffstraat 32
Vught
NEDERLAND
- BOSLY, M.**
Premier Avocat général près la Cour Militaire
Emm. Mertensstraat 69
1150 Bruxelles
BELGIQUE
- BOUCKAERT B.**
Wetenschappelijk assistent R.U.G.
Baliestraat 93
9000 Gent
BELGIE
- BRICOUT, V.**
Procureur des Konings te Gent
Paviljoenweg 56
9110 Sint-Amandsberg
BELGIE
- BRIERS, M.**
Gerechtsdeurwaarder
Provinciestraat 44
2000 Antwerpen
BELGIE

LIST OF PARTICIPANTS

- BROGNIEZ, M.**
Juge au tribunal du travail de
Bruxelles
Rue Berckmans 134
1060 Bruxelles
BELGIQUE
- BRON, M.**
Conseiller à la Cour du Travail de
Mons
'Les Saxifrages'
Rue de Stambruges 56
7670 Quevaucamps
BELGIQUE
- BRONIEWICZ, W.**
Professeur
Ul. Rewolucji 1905r 46/10
90-213 Łódz
POLAND
- BROWN, P.**
Lawyer
Old Coach Rd.
Bow
N.H. U.S.A. 03301
- BROWNING, M.**
Solicitor
44 Rowbotham
St. Toowoomba
Queensland
AUSTRALIA
- BRUNS, R.**
Univ. Prof.
3554 Cappel bei Narburg Lahn
Auf der Heide 29
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND
- BRUZELIUS, A.**
Judge
Klostergatan 10
S 222 22 Lund
SWEDEN
- CABALLERO OSUNA, R.**
Abogado – Professor Universitario
Conge a Principal
Edificio Ambos Mundos
Piso 4
Ofic. 408
Caracas 101
VENEZUELA
- CAPPELLETTI, M.**
Professeur à l'Université (Firenze-
Stanford)
Via Laura 48
Firenze
ITALY
- CARPI, F.**
Docente
Via D'Azeglio 58
Bologna
ITALY
- CAUWE, P.**
Advocaat-Generaal bij het Hof van
Beroep te Gent
Koningin Fabiolalaan 10
9820 Sint-Denijs-Westrem
BELGIE
- CLAESSENS, G.**
Advocaat
Prinsenstraat 76
2300 Turnhout
BELGIE

LIST OF PARTICIPANTS

- CLARKE, M.
Advocate – Lecturer
6c Strathearn Place
Edinburgh-Scotland
GREAT BRITAIN
- CLARKSON, G.
Senior teaching fellow
54 Marine Parade
Mosman Park
WEST-AUSTRALIA
- CLIJMANS, E.
Advocaat
Tolstraat 48
2000 Antwerpen
BELGIE
- CONNEN, B.
Professeur à l'Université
de Bujumbura – Faculté de Droit
Bujumbura
BURUNDI
- CRAVANZOLA, A.
Abogada
Bulevar España 2926 Apt. 902
Montevideo
URUGUAY
- CREMERS, J.
Rechter
Walbreukergraaf 39
Roermond
NEDERLAND
- CRILLY, K. W.
Legal Profession
234, Maroondah Highway
Healesville 3777, Victoria
AUSTRALIA
- DE CORTE, R.
Hoogleraar
Schoolstraat 23
Beervelde
BELGIE
- DE LEVAL, G.
Assistant à la Faculté de Droit de
Liège
23, Rue A. Lecrenier
4240 St. Georges
BELGIQUE
- DELPLANCHE, R.
Premier Substitut du Procureur du
Roi
15 Rue Grande Triperic
7000 Mons
BELGIQUE
- DELVA, W.
Dekaan van de Rechtsfaculteit
R.U.G.
Nevelsestraat 32
9910 Mariakerke (Gent)
BELGIE
- DE MIGUEL Y ALONSO, C.
Catedratico Universidad
Paseo Isabel la Católica I
Valladolid
ESPAÑA
- DENTI, V.
Professeur à l'Université
Via Liutprando 3
Pavia
ITALY

LIST OF PARTICIPANTS

- DERMINE, M.
Juge au tribunal de travail de Char-
leroi
Rond point du Chéniat 8
6270 Loverval
BELGIQUE
- DE RIJP, H.
Directeur van Justitie en Politie
Phloxstraat 4
Paramaribo
SURINAME
- DESMEDT, H.
Rechter in de rechtbank van eerste
aanleg te Brussel
Dr. J. Appelmanslaan 5
1710 Dilbeek
BELGIE
- DE SMET, W.
Raadsheer in het Hof van Cassatie
Senator Bossuytstraat 18
8500 Kortrijk
BELGIE
- DE VILLIERS, A.
Law teacher
16 Riebeeckstreet
Stellenbosch 7.600
SOUTH-AFRICA
- DEVIS ECHANDIA, H.
Abogado y Profesor
Carrera 18 nr. 88-17
Bogota
COLOMBIA
- DE WACHTER, V.
Advocaat
Korte Maagdenstraat 7
2800 Mechelen
BELGIE
- DE WILDE, L.
Subst. Procureur-Generaal bij het
Hof van Beroep te Gent
Valkenbosdreef 7
8200 Brugge
BELGIE
- DE WILDT, M.
Kantonrechter
Dilgtweg 24
Haren – (Gr.)
NEDERLAND
- DIERICK, E.
Raadsheer in het Arbeidshof te Gent
A. Braeckmanlaan 109
9110 Sint-Amandsberg
BELGIE
- DOCKRAY, M.
Solicitor-Lecturer
6 Mayne Court
48, Crystal Palace Park Road
London S.E. 26
GREAT BRITAIN
- DOOMS, J.
Eerste substituut Procureur des
Konings te Gent
15, D. Tenierslaan
9820 Sint-Denijs-Westrem
BELGIE
- DUA, A.
Advocaat
Citadellaan 53
9000 Gent
BELGIE

LIST OF PARTICIPANTS

- DURANT, J.**
 Rechter in de rechtbank van eerste
 aanleg te Brussel
 Kloosterstraat 8
 1710 Dilbeek
 BELGIE
- FABREGA PONCE, J.**
 Abogado
 Las Cumbres-Apartado 1518
 Panama 1
 PANAMA
- EKELÖF, P. O.**
 Professor emeritus
 Nybrogatan 40
 11440 Stockholm
 SWEDEN
- FAIRÉN-GUILLÉN, V.**
 Catedrático de Derecho Procesal
 Facultad de Derecho de la Univer-
 sidad Autónoma de Madrid (Cam-
 poblanco)
 Madrid (34)
 ESPAÑA
- ELLIOT, W.**
 Senior Legal Adviser
 Lord Chancellor's Office
 House of Lords
 London SW 1 A OPW
 GREAT BRITAIN
- FASCHING, W.**
 Universitätsprofessor
 A 1010 Wien F.
 Dr. Karl Lueger-Ring 1
 ÖSTERREICH
- ENZENHOFER, V.**
 Richter
 A – 4020 Linz
 Lüfteneggerstrasse 7/65
 ÖSTERREICH
- FERREIRA DA SILVA, C.**
 Avocat – Professeur
 R. Republica Do Paraguailote
 10-5°-Dte
 Lisboa
 PORTUGAL
- EPSTEIN, J.**
 Professor of Law
 49, Monash Dr.
 Mulgrave, Vic.
 AUSTRALIA
- FETTWEIS, A.**
 Doyen de la Faculté de droit de
 l'université de Liège
 45 Kielenstraat
 3700 Tongeren
 BELGIQUE
- ERAUW, J.**
 Wetenschappelijk assistent R.U.G.
 Kalandenstraat 11c
 9000 Gent
 BELGIE
- FEY, W.**
 Richter
 4000 Düsseldorf
 Linienstrasse 45
 BUNDESREPUBLIK
 DEUTSCHLAND
- ESTRADA VELEZ, A.**
 Abogado
 Transversal 35 N° 72-43
 Medellin-Antioquia
 COLOMBIA S.A.

LIST OF PARTICIPANTS

FÍX ZAMUDIO, H.
Professeur à l'Université
Ciud Universitaria
Torre de Humanidades 3
El Piso
Mexico 20
MEXICO

FLAMÉE, M.
Adj. directeur Centrum Rechtsver-
gelijking
Vogelvangstlaan 13
1170 Brussel
BELGIE

FORRIER, E.
Rechter in de rechtbank van eerste
aanleg te Gent
Solvijdsdreef 44
9810 Drogenen
BELGIE

FRANCHI, G.
Professeur-Avocat
Via Battisti 11
Treviso
ITALY

FUJITA, Y.
Lawyer
1-3-10 Tamazutsumi
Setagaya - Ku
Tokyo
JAPAN

FUNKE, A. P.
Advocaat
Courbetstraat 7 Postbus 7361
Amsterdam
NEDERLAND

GANADO, J.
Advocate
171, Old Bakerystr.
Valletta
MALTA

GAYE, A.
Magistrate - Barrister at Law
Judicial Dept. - Court House
Banjul
GAMBIA

GELSI-BIDART, A.
Professeur à l'Université
Misiones 1475 Pl. Esc. 2
Montevideo
URUGUAY

GENTILE, G.
Avocat
Via Ugo De Carolis 84
Roma
ITALIA

GIESE, B.
Dr. Iur.
Hauserstrasse 60
74 Tübingen
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

GILLES, P.
Professor
6 Frankfurt/M.
Liebigstrasse 21a
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

GLENN, P.
Law Professor
8022 Grünwald bei München
Südliche Münchner Strasse 58
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

LIST OF PARTICIPANTS

GOTTWALD, P.

8 München 40
Türkenstrasse 44
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

GRANIZO FERNANDEZ

MARTIN, M.

Fiscal
Plaza de Madrid-L-6 D
Valladolid
ESPAÑA

GRATTON, F.

Juge
787 Rue Mc Laren
North Bay,
ONT.-CANADA

GRIVART DE KERSTRAT, F.

Maître – Assistent Droit Privé
Faculté de Droit d'Aix en Provence
4 Rue Lieutaud
13 Aix en Provence
FRANCE

GROENEN, M.

Juge au tribunal du travail de
Bruxelles
Maanstraat 15
2000 ANTWERPEN
BELGIE

GROOTAERS

Rechter
Beukenlaan 40
3030 Heverlee
BELGIE

GRUNSKY, W.

Universitätsprofessor
Universität Bielefeld
48, Bielefeld Postfach 8640
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

GRYPDONCK, Ann.

Advocaat – Wetenschappelijk As-
sistent
Frère Orbanlaan 442
9000 GENT
BELGIE

GUEVARA Y ARRIETA, J. A.

Abogado
Colegio de Abogados de Vizcaya 10
Bis 3a Planta
Ledesna Bilbao
ESPAÑA

GUEYE, I.

Magistrat
Palais de Justice de Tambacounda
SENEGAL

GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI,
F.

Prof. Agregado
Rep. Argentina nr. 17
Sevilla
ESPAÑA

GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO,
F.

Catedrático
Rep. Argentina
Sevilla
ESPAÑA

LIST OF PARTICIPANTS

HABSCHEID, W.
 Universitätsprofessor
 D-8700 Würzburg
 Franziskanerplatz 4
 BUNDESREPUBLIK
 DEUTSCHLAND

HARALDSEN, H.
 Attorney at Law
 Skogvollun 5
 Oslo 5
 NORWAY

HEEMSKERK, W.
 Hoogleraar
 Wilhelminapark 15
 Oegstgeest
 NEDERLAND

HEIMANS,
 Bestuurssecretaris Ministerie van
 Justitie
 Oostenstraat 38
 9600 Ronse
 BELGIE

HEMETSBERGER, B.
 Studienassistentin
 A-1160 Wien
 Anllachergasse 27/4
 ÖSTERREICH

HERMAN, M.
 Juge au tribunal de première instan-
 ce de Mons
 Avenue Maréchal Foch 723
 7310 Jemappes
 BELGIQUE

HONDIUS, E.
 Wetenschappelijk medewerker
 Schiefbaanstraat 24
 Den Haag
 NEDERLAND

HORSMANS, G.
 Professeur-Avocat
 Avenue P. Van den Thoren 3
 1160 Bruxelles
 BELGIQUE

HOUSTON, E.
 Solicitor
 Heriot Row 28
 Edinburgh-Scotland
 GREAT BRITAIN

HOUTAPPEL, J.
 Puccinidreef 10
 Voorschoten
 NEDERLAND

HUYS, M.
 Voorzitter Cepina
 bd. Prince de Liège 40 bte 6
 1070 Bruxelles
 BELGIQUE

IRELAND, R. D.
 Director, Scottish Courts Admin-
 istration
 28, North-Bridge
 Edinburgh
 GREAT-BRITAIN

ISHIKAWA, A.
 Professeur
 Yokohamashi
 Tsurumiku
 Teraya 1-7-58
 JAPAN

ISMAIL, A.
 Administration Officer Ministry of
 Justice
 P.O. Box 3676
 Kampala
 UGANDA

LIST OF PARTICIPANTS

- JACOB, J.
 Professor
 Royal Courts of Justice
 Strand
 London WC 2A 244
 GREAT-BRITAIN
- JACOBSSON, U.
 Professor
 Skogstorpsg. 14
 25240 Helsingborg
 SWEDEN
- JANSSENS, L.
 Raadsheer in het Hof van Beroep te
 Antwerpen
 Dageraadstraat 39
 2800 Mechelen
 BELGIE
- JANSSENS, R.
 Raadsheer in het Hof van Cassatie
 Prins Albertstraat 119
 9110 Sint Amandsberg
 BELGIE
- JARDI ABELLA, M.
 Abogado
 Juncal 1327 Ap. 1504
 Montevideo
 URUGUAY
- JASSOGNE, C.
 Juge au tribunal de première in-
 stance de Mons
 17, Rue du 28 juin 1919
 6180 Courcelles
 BELGIQUE
- JATON, M.
 Juge à la Cour de Cassation de
 l'Etat de Vaud
 5, Av. Victor-Ruffly
 1012 Lausanne
 SUISSE
- JODLOWSKI, J.
 Professeur à l'Université
 Warszawa
 Warszawa
 U1. I Armii 16
 POLAND
- JOLOWICZ, J.
 Professor
 West-Green-House
 Barrington
 Cambridge
 GREAT-BRITAIN
- KAKOOZA, J. M.
 Advocate
 Ministry of Justice
 P.O. Box 7183
 Kampala
 UGANDA
- KARWIESE, D.
 Vors. Richter am Verw. Gericht
 D-1 Berlin 45
 Walter-Linsestr. 12
 BUNDESREPUBLIK
 DEUTSCHLAND
- KEBERS, M.
 Conseiller à la Cour d'Appel de
 Bruxelles
 Avenue des Sept Donniers 302
 1190 Bruxelles
 BELGIQUE

LIST OF PARTICIPANTS

- KELLEHER, L.**
Solicitor
2 Mount Pleasant Road
Freston
GREAT-BRITAIN
- KELLNER, H.**
Jurist
1055 Berlin
Storkower Str. 13
DEUTSCHE DEMOKRATISCHE
REPUBLIK
- KENGO-WA-DONDO,**
Procureur-Général de la Rép. du
Zaire
Av. des Ambassadeurs-Zone de
Ngaliema
ZAIRE
- KERAMEUS, K.**
Professeur d'Université
Hippocratous 1
Thessalonique
GREECE
- KEUTGEN, G.**
Conseiller juridique
Avenue Parmentier 2
1150 Bruxelles
BELGIQUE
- KEYZER, E.**
Wetenschappelijk medewerker
Voorburgwal 241
Amsterdam
NEDERLAND
- KHEDDOUCI, B.**
Chef de division juridique
16, rue du Languedoc
Alger
ALGERIE
- KIENAPFEL, D.**
O. Univ.-Professor
4045 Linz-Auhof
Wolfauerstraße 92
ÖSTERREICH
- KOHL, A.**
Assistent à l'université de Liège
14, Quai sur Meuse Bte 061
400 Liège
BELGIQUE
- KOJIMA, T.**
Professor of Law
59-17 Nakamara - Cho
Itabashi - Ku
Tokyo
JAPAN
- KOM, E.**
Barrister at Law
6 Fourth Close
Sth. Odorkor
Accra
GHANA
- KOMURO, N.**
Professor of Law
Gakuen Daiwa - Cho 5-50
Nara
JAPAN
- KÖNIG,**
Universitätsprofessor Innsbruck
A 6020 Innsbruck
Innrain 52
ÖSTERREICH
- KOS, L.**
Professor
University of Ottawa
Ottawa K1 N6 N5
CANADA

LIST OF PARTICIPANTS

- KOYAMA, N.
Professor
Mitaka Mansion 401, Minami-11,
Nishi-22
064 Sapporo
JAPAN
- KRINGS, E
Advocaat-Generaal bij het Hof van
Cassatie
Copernicusstraat 17
1180 BRUSSEL
BELGIE
- KURU, B.
Universitätsprofessor
Abdullah Cevdet Sok. n° 23/12
Çankaya-Ankara
TURKEY
- LAENENS, J.
Advocaat-Assistent U.I.A.
Le Grellelei 36
2600 Berchem
BELGIE
- LAGER, I.
Acting Professor, Jur. Dr.
Toppelundint 5 G 39
02170 Espoo 17
FINLAND
- LAMBERTY, F.
Rechter in de Rechtbank van eerste
aanleg te Brussel
Gen. Jacqueslaan 34 (D.20)
1050 Brussel
BELGIE
- LAMY, E.
Conseiller à la Cour Suprême de la
République du Zaïre
20, Ave. du Moncau
4050 Mèry
BELGIQUE
- LAUWERS
Bestuurssecretaris Ministerie van
Justitie
Veydstraat 49
1050 Brussel
BELGIE
- LEROY, P.
Advocaat-Generaal bij het Hof van
Beroep te Gent
Vrijheidslaan 31
9000 Gent
BELGIE
- LEROY, Ph.
Advocaat – Wetenschappelijk As-
sistent R.U.G.
Coupure 5
9000 Gent
BELGIE
- LE FEVERE DE TEN HOVE, D.
Advocaat
Coupure 618
9000 Gent
BELGIE
- LEVIE, J.
Vice-président du Tribunal de pre-
mière instance de Mons
Avenue Rêve d'Or 14
7100 La Louvière
BELGIQUE

LIST OF PARTICIPANTS

- LIBIEZ, R.**
Avocat – Bâtonnier de l'Ordre des
Avocats du Barreau de Bruxelles
Palais de Justice
Place Poelaert
1000 Bruxelles
BELGIQUE
- LIMPENS, J.**
Hoogleraar
Lloyd Georgeslaan 16
1050 Brussel
BELGIE
- LINKE, H.**
Wissenschaftl. Assistent
D-5300 Bonn
Burbacherstr. 166
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND
- LONCIARI, F.**
Via Crispi 5
Trieste
ITALY
- LUTHER, G.**
Professor
2000 Hamburg 56
Wollerskamp 11
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND
- MACHTENS, O.**
Professeur aux Facultés Universi-
taires Saint Louis
Van Kerkhovenstraat 11
2800 Mechelen
BELGIE
- MALINVERNI, A.**
Ord. diritto penale Univers. Torino
Via Vallotti 22
Vercelli
ITALY
- MATISON, V.**
Chief Stipendiary Magistrate
9, Elmgade Road
Springfield,
S.A.-AUSTRALIA
- MATTHYS, J.**
Emeritus Procureur Generaal bij
het Hof van Beroep te Gent
'De Campagne' 41
9910 Mariakerke
BELGIE
- MAYRHOFER, U.**
Richter
2344 Ma. Enzersdorf
Wienerbruckstr. 91
ÖSTERREICH
- MC LENNAN, J.**
Attorney
50 A 15th Street Parkhurst
Johannesburg
SOUTH-AFRICA
- MENDONÇA LIMA, A.**
Avocat, Professeur à l'Université
Praça Cel-Pedro Osóron. 158/30
Pelotas-R.G. Sul.
BRAZIL
- MENNE, H.**
Richter, Direktor des Amtsgerichts
465 Gelsenkirchen
Im Lindacker 9
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

LIST OF PARTICIPANTS

- MEYER, L.
 Rechter in de rechtbank van eerste
 aanleg te Gent
 Vaderlandstraat 51
 9000 Gent
 BELGIE
- MOTTE, C.
 Juge au tribunal de première in-
 stance de Bruxelles
 Palais de Justice
 Place Poelaert
 1000 Bruxelles
 BELGIQUE
- MEZUAGHI, A.-S.
 Doyen de la faculté de droit de
 Benghazi
 Faculté de droit
 Benghazi
 LIBIE
- MORALES, H.
 Abogado
 Calle 86 10-16 Apto 101
 Bogota
 COLOMBIA
- MICHEL, G.
 Professeur à l'Université
 Via Scipione Gaetano 13
 Roma
 ITALY
- MORALES, H.
 Abogado
 Calle 86 10-16 Apto 101
 Bogota
 COLOMBIA
- MICHELMANN, G.
 Vorsitzender Richter am Land-
 gericht
 28 Bremen 1
 Otto-Gildemeisterstr. 31
 BUNDESREPUBLIK
 DEUTSCHLAND
- MUÑOZ SABATE, L.
 Abogado
 c/Gerona 34
 Barcelona
 ESPAÑA
- MITONGA, K.
 Substitut du Procureur général de la
 République du Zaïre
 Avenue des Ambassadeurs-Zone de
 Nagliema
 Kinshasa
 ZAIRE
- NAGEL, H.
 Vizepräsident des OLG
 D 2800 Bremen 1
 Ottilie Hoffmanstrasse 67
 BUNDESREPUBLIK
 DEUTSCHLAND
- MITSOPOULOS, G.
 Professeur à l'Université d'Athènes
 Rue Pasteur 13
 Athènes
 GREECE
- NAKAMURA, H.
 Professor of Law
 Nankanoku Kamitakata 2-6-6
 Tokyo 164
 JAPAN

LIST OF PARTICIPANTS

- NÉMETH, J.
Universitátsdozent
H-1112 Budapest
Brassó Köz, 8
HUNGARY
- NÉVAI, L.
Universitátsprofessor
H-1061 Budapest
Népköztársaság utja 38
HUNGARY
- NEWMAN, E.
Barrister – Senior Lecturer Queen’s
Counsel
501 B Essenwood Road
Durban
SOUTH-AFRICA
- NUYTINCK, G.
Raadsheer bij het Hof van Beroep
te Gent
Sint-Denijslaan 453
9000 Gent
BELGIE
- OÑATE LABORDE, S.
Profesor Universitario
Corregidora 103
Sn. Jerónimo Lidice
MEXICO 20 DF
- OLABARRIETA SUAREZ, P.
Abogado
Colegio de Abogados de Vizcaya 10
Bis, 3a planta
Ledesma Bilbao Vizcaya
ESPAÑA
- ORMISTON, W. F.
Barrister-2.C.
7 Clendon Court
Toorak
Victoria
AUSTRALIA 3142
- ORSELLO, G. P.
Professeur à l’Université de Roma
Piazza Ss. Apostoli 80
Roma
ITALIE
- OTERO, M.
Profesor de derecho procesal
Universidad de Chili
Santiago
CHILI
- OVALLE, J.
Professeur à l’Université
MEXICO
- PARMENTIER, C.
Juge au tribunal de Commerce de
Bruxelles
13 Avenue Max Duret
7161 Haine-Saint-Paul
BELGIQUE
- PEE, H.
Advocaat
Labbélaan 46
1900 Overijse
BELGIE
- PELAEZ DEL ROSAL, M.
Catedrático
C/ María Auxiliadora 23
Salamanca
ESPAÑA

LIST OF PARTICIPANTS

- PEREZ-GORDO, A.**
 Profesor numerario de derecho
 Procesal
 Paseo de San Gervasio nr. 52,1º, 1a
 Barcelona
 ESPAÑA
- RAMOS MÉNDEZ, F.**
 Profesor Universidad – Abogado
 Laforja, 62 ático 1a
 Barcelona-6
 ESPAÑA
- PESÓOA VAZ, A. M.**
 Professeur de droit judiciaire civil
 Rue Teixeira de Pascoais 8
 Coimbra
 PORTUGAL
- RAS, H. E.**
 Vice President van de Hoge Raad
 Prinses Marielaan 34a
 Wassenaar
 NEDERLAND
- PIASECKI, K.**
 Juge à la Cour Suprême
 00-143 Varsovie Or/a 6a/ 18
 POLAND
- RATWATTE, C.**
 Attorney – Law Lecturer
 16 Pawattr Rd.
 Colombo 5
 SRI LANKA
- PIEPER, H.**
 o. Prof. Dr. Jur.
 3005 Hemmingen 4 (Arnum)
 Hohes Feld 3
 BUNDESREPUBLIK
 DEUTSCHLAND
- RECHBERGER W.**
 Univ.-Dozent
 A 1190 Wien
 Leopold Steiner-Gasse 38
 ÖSTERREICH
- PUZA, R.**
 Universitätsdozent
 A 8020 Graz
 Zeillergasse 69
 ÖSTERREICH
- REYNTJENS, F.**
 Docent Rechtsfaculteit U.N.R.
 B.P. 628-Butare
 RWANDA
- QUINTENS, M.**
 Juge au tribunal du travail de
 Bruxelles
 Steenweg Beigem 26
 1850 Grimbergen
 BELGIE
- RIEPL, O.**
 Richter
 8411 Zeitlarn
 Ahornstrasse 11
 BUNDESREPUBLIK
 DEUTSCHLAND
- QUINTERO TIRADO, M.**
 Abogada-Profesora Procesal Civil
 Oficina 816-Centro Villasmil
 Esquina Pte Victoria
 Caracas
 VENEZUELA
- ROBERTSON, D.**
 Advocate-Queens' Counsel
 Member of the Royal Commission
 on Legal services in Scotland
 27 Royal Terrace
 Edinburgh
 GREAT BRITAIN

LIST OF PARTICIPANTS

- RODGER Z.C.**
Senior Master, Supreme Court of
Ontario
145 Queen street, West Toronto
Ontario
CANADA
- RUTGERS, G. R.**
Advocaat-Wetenschappelijk mede-
werker
Lobo Braakensiekstraat 70
Amsterdam
NEDERLAND
- RODRIGUEZ, J.**
Profesor
Ave. 105 N° 141-92
Urbanizacion El Vinedo
Valencia
VENEZUELA
- SALAH-BEY, M.**
Avocat-maître de Conférences
Agrégé
26, Rue Abane Ramdane
Alger
ALGERIE
- RODRIGUEZ DE CEPEDA, R.**
Abogado
García de Paredes, 76, Dpdo
Madrid 3
ESPAÑA
- SANDOZ, H. S.**
Juge à la Cour de Cassation de l'Etat
de Vaud
Ch. des Plateires, 1
1009 Pully
SUISSE
- ROLLIER, E.**
Vrederechter
Koningin Fabiolalaan 12
9820 Sint-Denijs-Westrem
BELGIE
- SARDAR ALLAH NAWAZ KHAN**
Advocate
923-B Mumtazabad
Multan
PAKISTAN
- RUBBENS, A.**
Professor
Vrijwilligerslaan 243 (B13)
1150 Brussel
BELGIE
- SCHLUNGS, M.**
Juge de paix à Luxembourg
LUXEMBOURG
- RUÍZ PÉREZ, J.**
Magistrado
Presidente Audiencia
Palacio Justicia
Granada
ESPAÑA
- SCHREINER, O.**
Research Student
4, Trinity Cottages
Madingley CB3 8AJ
GREAT BRITAIN
- SCHUSTER, P.**
Ministerialrat
53 Bonn-Bad Godesberg
Ubierstr. 107
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

LIST OF PARTICIPANTS

SCHWAB, K. H.

Universitätsprofessor
852 Erlangen
Atzelsberger Steige 16
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

SERRA DOMINGUEZ, M.

Catedrático derecho procesal
Pje Mulet 16
Barcelona
ESPAÑA

SHEPHERD, F. C.

Solicitor-Notary
27 Valley Drive
Handforth Wilmslow
SKG 3 DN
GREAT BRITAIN

SINANIDES, G.

Wissenschaftlich Ass. Bielefeld
Bielefeld
Am Gottesberg 29
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

SMEETS, S.

Advocaat
Wilhelminasingel 47
Weert
NEDERLAND

SNOECK, R.

Rechter in de rechtbank van eerste
aanleg te Gent
Jemappesstraat 1
9000 Gent
BELGIE

SÔ, A.

Magistrat
78, Rue A. Fan Casier
Dakar
SENEGAL

SONDERGELD, N.

Solicitor
38 Prince Henry
Drive Toowoomba
Queensland
AUSTRALIA

SPRUNG

A 6020 Innsbruck
Innrain 52
ÖSTERREICH

STENING, A.

Dr. Jur.
Isgrenavägen 10 D
740 22 Balinge
SWEDEN

STEVIGNY, G.

Advocaat-Generaal bij het Hof van
Beroep te Gent
Fortlaan 38
9000 Gent
BELGIE

STORME, M.

Hoogleraar-Advocaat
Coupure 3
9000 Gent
BELGIE

STRUYE DE SWIELANDE, P.

Raadsheer bij het Hof van Beroep
te Gent
Kortrijkse Steenweg 584
9000 GENT
BELGIE

LIST OF PARTICIPANTS

- TAMBERLIN, B.**
Barrister
174 Phillipstreet
Sydney
AUSTRALIA
- TANIGUCHI, Y.**
Professeur à l'université
Faculty of Law
Koyoto University
Koyoto
JAPAN
- TARUFFO, M.**
Professeur à l'université
Via S. Cristoforo 4
27029 Vigevano (Pv.)
ITALY
- TAUBER, S.**
Oude Vaartplaats 30
2000 Antwerpen
BELGIE
- TAYLOR, G.**
University Lecturer
Monash University
Clayton Vic. 3168
AUSTRALIA
- TEN BERG-KOOLEN, J.**
Wetenschappelijk medewerker
Grunoplantsoen 18
Bunnik
NEDERLAND
- THOMAS, F.**
Wetenschappelijk assistent
Charles de Kerckhovelaan 7
9000 Gent
BELGIE
- TIREZ, P.**
Rechter in de rechtbank van eerste
aanleg te Gent
Nekkervijverstraat 114
9110 Sint Armandsberg
BELGIE
- TOM, R.**
Advocaat
8 Pl. J. Jacobs
1000 Brussel
BELGIE
- TROCKER, N.**
Professeur à l'université
Via Laura 48
Firenze
ITALY
- TROUSSE, M.**
Président du Tribunal de première
instance de Liège
Rue Waides 76
4200 Liège
BELGIQUE
- VAN BRUYSTEGEM-CLAESSENS**
Rechter in de rechtbank van eerste
aanleg te Leuven
Waversebaan 90
3030 Heverlee
BELGIE
- VAN CAENEGHEM, R.**
Hoogleraar
Veurestraat 18
9821 Afsnee
BELGIE
- VAN COMPERNOLLE, J.**
Avocat
Av. F. Roosevelt 110
1050 Brussel
BELGIQUE

LIST OF PARTICIPANTS

VAN COPPENOLLE, M.

Eerste Voorzitter in het Arbeidshof
te Antwerpen
Melkvoetstraat 46
3500 Hasselt
BELGIE

VAN GELDER, A.

Raadsheer in het Hof van Beroep te
Antwerpen
Jachthoornlaan 23
2232 's Gravenwezel
BELGIE

VAN DE MOORTELE, W.

Vrederechter van het 1e kanton te
Gent
Groot Britanniëlaan 8
9000 Gent
BELGIE

VAN GERVEN, G.

Krijgsauditeur
Antwerpsesteenweg 41
9040 Oostakker
BELGIE

VANDENBERGHE, H.

Hoogleraar-Advocaat
Walenstraat 12
3110 Rotselaar
BELGIE

VAN HERREWEGHE, V.

Advocaat
Meersstraat 121
9000 Gent
BELGIE

VAN DEN BOSSCHE, J.

Conseiller d'Etat
38 Avenue du Micli
4050 Esneux
BELGIQUE

VAN HEYST, B.

Advocaat
Maliesingel 16b
Utrecht
NEDERLAND

VAN DE VIJVER, M.

Raadsheer in het Arbeidshof te
Gent
Muinklaan 23
9000 Gent
BELGIE

VAN HOECKE, M.

Wetenschappelijk Assistent
U.F.S.I.A.
Nassastraat 2
9000 Gent
BELGIE

VAN DIJK, V. J. A.

President Arrondissements-
rechtbank
Albrecht Thaelaen 45
Utrecht
NEDERLAND

VAN HOUTTE, J.

Hoogleraar
Burg. Woutersstraat 37
2600 Berchem
BELGIE

LIST OF PARTICIPANTS

- VAN LANGENDONCK, J.
Hoogleraar
Instituut voor Sociaal Zekerheids-
recht
Tiensestraat 41
3000 Leuven
BELGIE
- VAN MALLEGEHEM, P.
Advocaat
Coupure 7
9000 Gent
BELGIE
- VAN PARIJS, F.
Eerste Voorzitter in het Hof van
Beroep te Gent
Kerkstraat 43
9030 Wondelgem
BELGIE
- VARANO, V.
Ass. Professor of Law
Viale A. Volta n° 15
50131 Firenze
ITALY
- VELASQUEZ GOMEZ, J.
Juez civil de circuito
Juzgado civil des circuito
Turbo – Antioquia
COLOMBIA
- VERHEGGE, G.
Procureur-Generaal bij het Hof van
Beroep te Gent
Diksmuidestraat 11
9000 Gent
BELGIE
- VERHEYDEN, M.
Conseiller à la Cour du Travail de
Mons
Rue A. Allard 40
7500 Tournai
BELGIQUE
- VEROUGSTRAETE, J.
Rechter
Narcissenlaan 2
1640 Rode
BELGIE
- VERPAALEN, O. A. C.
Hoogleraar
Overaseweg 9
Breda
NEDERLAND
- VESCOVI, E.
Professeur à l'université
Juan Maria Perez n° 2680
Montevideo
URUGUAY
- VIGORITI, V.
Professeur à l'université
Via Guasti 15
Firenze
ITALY
- VILHJALMSSON, T.
Judge
Stigahlid 73
Reykjavik
ICELAND
- WATANABE, S.
Assistant Professor
5 Köln 41
St. Vither Str. 4
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

LIST OF PARTICIPANTS

WATSON, G. D.

Professor
Osgoode Hall Law School
York University
4700 Keele Street
Downsview, Ontario
CANADA

WAUTERS, R.

Raadshcer in het Hof van Beroep te
Brussel
Landgoed Ter Bronnen 47
3082 Nederokkerzeel
BELGIE

WEDEKIND, W.

Docent aan Juridische Faculteit te
Amsterdam
Wethouder Königlgaan 6
Naarden
NEDERLAND

WEINBERG, M.

Senior Lecturer in Law
98 Balaclana Road
Caulfield-Melbourne
AUSTRALIA

WENGEREK, E.

Universitätsprofessor
Poznan
Czerwonej Armii 90
POLAND

WHELAN, C.

Research officer in Law
17 Downs Woods
Epson
GREAT BRITAIN

WOLF, A.

Ministerialrat
533 Königswinter 1
Lommerwiese 22
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

WURTH, H.

Avocat
5 Avenue Pescatore
Luxembourg
GRAND DUCHE
LUXEMBOURG

YAPOBI, L. A.

Vice-Président de la Cour Suprême
Président de la Chambre Judiciaire
Cour Suprême
Abidjan
COTE D'IVOIRE

YESSIOY-FALTSI, P.

Assistant Professor
Kennedy Ave. 59(73)
Thessaloniki
GREECE

ZEFFERTT, D.

Professor-Advocate
30A. Oaklands Road
2192 Johannesburg
SOUTH-AFRICA

ZEMANS, F.

Law Professor
31, Shelborne Ave.
Toronto-Ontario
CANADA

ZONDERLAND, P.

Hoogleraar
Zonnebloemlaan 3
Aerdenhout
NEDERLAND

LIST OF PARTICIPANTS

ZWINGENBERGER, K.
Regierungsdirektor – Dozent
4400 Münster – Westfalen
Bonhoefferstr. 20
BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND

SUPPORTING INSTITUTIONS

de Rijksuniversiteit Gent – l'Université d'Etat de Gand
de Rijksuniversiteit Luik – l'Université d'Etat de Liège
de Katholieke Universiteit Leuven – l'Université Catholique de Louvain
de Vrije Universiteit Brussel – l'Université Libre de Bruxelles
de Universitaire Faculteiten St. Ignatius Antwerpen – les Facultés Universitaires
St. Ignace d'Anvers
het Ministerie van Justitie – le Ministère de la Justice
het Ministerie van Nederlandse Cultuur – le Ministère de la Culture néerlandaise
de Provincie Oost-Vlaanderen – la Province de Flandre Orientale
de Stad Gent – la Ville de Gand
de Vlaamse Conferentie van de Balie van Gent – la Conférence Flamande du
Barreau de Gand

Siemens N.V.
Kluwer Uitgeverij Antwerpen,
Deventer
IBM N.V.
Sabena
Bekaert N.V.
Société Générale de Banque – Generale
Bankmaatschappij
Kredietbank N.V.
Brussel-Lambert
Philips N.V.
M.B.L.E. S.A.
Banque nationale de Belgique –
Nationale Bank van België
D'Ieteren N.V.
A.S.L.K. – C.G.E.R.
N.M.K.N. – S.N.C.I.
A.B.B.
An-Hyp
Artois N.V.
Assubel Vie – Leven
Blaton Armand
Belgian Shell S.A.
Belgolaise
B.P. Belgium

Esso N.V.
Franz Colruyt N.V.
Handelsbank N.V.
Ippa N.V.
Prévoyance Sociale Soc. Coop.
Lambert Fin. Ind.
Noordstarfonds v.z.w.
U.C.B. S.A.
Solvay & Cie S.A.
A.C.E.C. S.A.
A.L.Z. N.V.
Cepani a.s.b.l.
Distrigaz S.A.
G.B. – Inno – B.M. S.A.
Paribas S.A.
Pittsburgh Corn. Ltd. Europe N.V.
Sarma-Penney-Ltd.
Tiense suikerraffinaderij N.V.
Triconorma N.V.
U.C.O. N.V.
Union Minière S.A.
Ind. Belge des Pétroles S.A.
P.R.B. S.A.
Royale belge S.A.
Société Carbochimique S.A.

SUPPORTING INSTITUTIONS

Vanderborcht Frères S.A.
Constructions et Entreprises
Industrielles S.A.
S.A.B.C.A.
Intermills
Soc. de Transports Intercommunaux
de la Région Liégeoise

Brouwerij van Alken N.V.
Desseaux – België N.V.
Dr. Jur. Sabbe
F. N. Herstal S.A.
Manuf. de Câbles
Electricques et de Caoutchouc S.A.
Scheerders & Van Kerchove's N.V.