



UNIVERSITÀ DI CATANIA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Nuova Serie

157/1

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW
X° WORLD CONGRESS ON PROCEDURAL LAW

TRANS-NATIONAL ASPECTS OF PROCEDURAL LAW

Taormina 17-23 Settembre 1995

GENERAL REPORTS

a cura di
ITALO ANDOLINA

I



GIUFFRÈ EDITORE - 1998

Gli scritti contenuti nei tre volumi raccolgono le relazioni generali ed i discorsi introduttivi e di chiusura tenuti, da eminenti studiosi del processo (civile, penale ed amministrativo) provenienti dalle principali aree geografiche del mondo, al X World Congress della International Association of Procedural Law, svoltosi a Taormina, sotto la presidenza del curatore dei presenti Atti, Prof. Italo Andolina, dal 17 al 23 settembre 1995 sul tema Trans-national aspects of Procedural Law.





UNIVERSITÀ DI CATANIA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Nuova Serie

157/1

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW
X° WORLD CONGRESS ON PROCEDURAL LAW

TRANS-NATIONAL ASPECTS OF PROCEDURAL LAW

Taormina 17-23 Settembre 1995

GENERAL REPORTS

a cura di
ITALO ANDOLINA

I

ISBN 88-14-07185-3

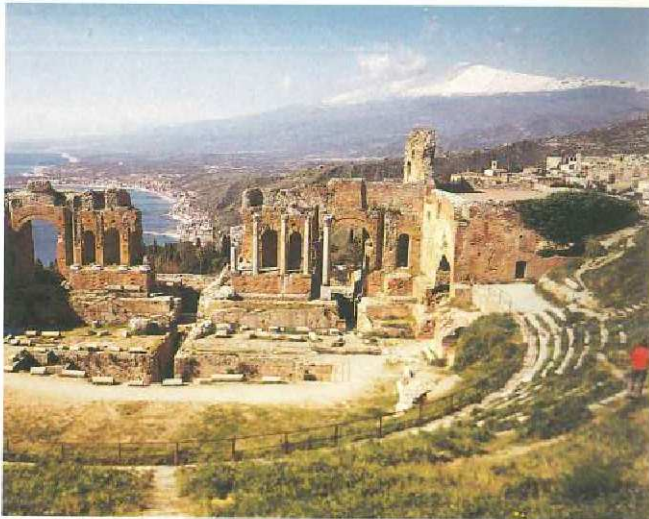
© Copyright 1998 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

La Sicilgrafica Editrice - Viale Jonio 10 - Acireale (CT)

International Association
of Procedural Law

**Trans-national aspects of
procedural law**



X° WORLD CONGRESS IN TAORMINA (Italy)

September, 17-23 1995

INDICE SOMMARIO

TABLE OF CONTENTS

VOLUME I

	pag.
PREFAZIONE DEL CURATORE	
<i>Preface of the Editor</i>	IX
DISCORSI DI APERTURA OPENING SPEECHES	
Italo ANDOLINA (<i>Catania, Italia</i>) Presidente del Congresso	3
Gerhard WALTER (<i>Bern, Suisse</i>) <i>Aspetti internazionali del diritto processuale</i>	15
RELAZIONI GENERALI GENERAL REPORTS	
Peter GOTTWALD (<i>Regensburg, Deutschland</i>) <i>Internationale Schiedsgerichtsbarkeit</i>	43
Héctor FIX-ZAMUDIO (<i>México, México</i>) <i>Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales</i> ...	181
Italo ANDOLINA (<i>Catania, Italia</i>) <i>La cooperazione internazionale nel processo civile</i>	313
Francisco GONZALES NAVARRO (<i>Madrid, España</i>) <i>Aspectos transnacionales del derecho procesal. Cooperacion judicial internacional en el proceso administrativo</i>	367

VOLUME II

	pag.
Ada PELLEGRINI GRINOVER (<i>São Paulo, Brasil</i>) <i>Cooperación internacional en el proceso penal: líneas evolutivas y garantías procesales</i>	485
Takeshi KOJIMA (<i>Tokyo, Japan</i>) <i>Legal families in procedural law revisited</i>	567
Azmy A. ATEIA (<i>Cairo, Egypt</i>) <i>Le regroupement des familles juridiques en droit judiciaire</i>	627
Wouter DE VOS (<i>Johannesburg, South Africa</i>) Walter H. RECHBERGER (<i>Wien, Österreich</i>) <i>Transnational litigation and the evolution of the law of evidence</i>	685
Georges DE LEVAL (<i>Liège, Belgique</i>) <i>Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union Européenne est-elle concevable?</i>	729
Kurt SIEHR (<i>Zürich, Schweiz</i>) <i>International aspects of bankruptcy</i>	783

VOLUME III

Peter E. HERZOG (<i>Syracuse, N.Y., U.S.A.</i>) <i>The effects of foreign judgements and arbitral awards</i>	845
Juan Carlos HITTERS (<i>La Plata, Argentina</i>) <i>Efectos de las sentencias y los laudos arbitrales extranjeros</i>	911
Peter GILLES (<i>Frankfurt A.M., Deutschland</i>) <i>Eigenheiten der Prozessrechtsvergleichung</i>	967
Kazimierz LUBINSKI (<i>Torun, Polska</i>) <i>Eigenheiten der Prozessrechtsvergleichung</i>	1091
Jacques NORMAND (<i>Reims, France</i>) <i>La nécessité des procédures provisoires dans les litiges transnationaux</i>	1139
Konstantinos KERAMEUS (<i>Athens, Greece</i>) <i>Provisional remedies in transnational litigation</i>	1167

RELAZIONE DI SINTESI

FINAL REPORT

	pag.
Italo ANDOLINA (<i>Catania, Italia</i>) Presidente del Congresso	1209

DISCORSO DI CHIUSURA

CLOSING SPEECH

Marcel STORME (<i>Gent, Belgique</i>) Presidente della International Association of Procedural Law	1227
--	------

PREFAZIONE DEL CURATORE
PREFACE OF THE EDITOR

A distanza di tre anni dalla celebrazione del Congresso di Taormina, vedono - finalmente - la luce questi *Atti*. La gestazione è stata lunga e difficile (gli addetti ai lavori sanno - a tacer d'altro - quali estenuanti lotte occorra ingaggiare con gli Autori per vincere la loro viscerale riluttanza a licenziare il testo definitivo delle relazioni). Tuttavia, ora che il parto è avvenuto, la sofferenza del travaglio cede il passo alla gioia ed alla soddisfazione dell'evento. Ed invero, il congresso taorminese - di cui questi *Atti* documentano i momenti più significativi - può, a giusto titolo, essere considerato un *evento* felice della comunità scientifica mondiale: per aver esso segnato una tappa fondamentale - destinata a durare nel tempo e nella memoria - nel lungo cammino della edificazione dei nuovi impianti di cooperazione internazionale (in materia giudiziaria), al più alto livello appunto della organizzazione trans-nazionale.

Come notavo già nel mio discorso di apertura, il X Congresso mondiale della Associazione internazionale di diritto processuale non si è limitato - per così dire - a censire l'esistente, ma ha altresì prefigurato il futuro, gettando le basi e disegnando il progetto di nuovi modelli di "cooperazione-integrazione" trans-nazionale: che è quanto dire, di una vera e propria *casa comune* in campo giudiziario.

Spetta ora ai giovani, studiosi ed operatori del diritto (e del processo, in particolare), - ai quali soprattutto si indirizzano questo *Atti* - raccogliere il testimone e proseguire nel cammino intrapreso: memori della esperienza del passato, attenti alle esigenze del presente, sensibili alle aspettative del futuro e, soprattutto, consapevoli del fatto che la dimensione *globale* - nella quale sono chiamati a vivere - impone a tutti l'imperativo ineludibile di soli-

darietà (tra gli uomini, ancor prima che tra le nazioni), al più ampio raggio.

Chiudo queste poche righe, rivolgendo un duplice ringraziamento:

- alla Facoltà Giuridica catanese (alla quale mi onoro di appartenere), ed al suo Preside prof. Enzo Zappalà, per la sensibilità dimostrata (e l'aiuto offertomi), accogliendo questi *Atti* nella propria collana di pubblicazioni;

- ai miei collaboratori (dei quali mi piace qui menzionare segnatamente Giovanni Raiti, Leda Saitta, Giovanna Laudani, Dario Pettinato, Fabio Santangeli, Cettina Marino, Anna Puleo e mia figlia Elena), senza il cui appassionato impegno la mia fatica sarebbe stata vana.

Catania - Villa Cerami, agosto 1998

Italo Andolina

DISCORSI DI APERTURA
OPENING SPEECHES

ITALO ANDOLINA

Gentili Signore, Signori, Autorità, Amici e Colleghi,
è per me un altissimo privilegio ed un grande onore prendere oggi la parola, in questa splendida sala, per dare inizio ai lavori del X° Congresso mondiale di diritto processuale.

Assolvo a questo compito rivolgendo anzitutto un deferente e cordiale saluto a tutti Voi.

Un particolare, grato saluto rivolgo a quanti hanno affrontato non pochi disagi per raggiungere questa Sicilia – per qualcuno di Voi davvero molto lontana – ed a coloro che, in vario modo, si sono adoperati per la riuscita di questa grande manifestazione. Il mio ringraziamento va quindi alle università siciliane ed, in primo luogo, alla Università degli studi di Catania, così come all'Università di Reggio Calabria, alla Presidenza della Regione siciliana, al Consiglio Nazionale delle Ricerche che ci ha offerto un congruo contributo per fronteggiare le non poche spese che l'organizzazione di un congresso comporta. Il mio ringraziamento va ancora alla Amministrazione provinciale di Catania, all'Azienda provinciale per l'incremento turistico di Catania, all'Amministrazione provinciale di Siracusa che ospiterà i congressisti sabato prossimo dedicando loro una giornata (spero) memorabile, alla Sovrintendenza ai beni culturali di Siracusa, ai Comuni di Catania, di Siracusa, di Acireale e di Taormina, al sindaco di Letojanni, la cui amministrazione comunale ci ospiterà questa sera, offrendoci una cena a mare, che spero gradirete. Avrebbe dovuto esser presente qui, stamattina, anche il Sig. Ministro di Grazia e Giustizia, dott. Filippo Mancuso, ma sopraggiunti, inderogabili, impegni glielo hanno impedito. Egli mi ha promesso che potrà onorarci della sua visita venerdì mattina. Permettetemi che io rivolga, anche se in modo collettivo, un ringraziamento particolare anche a tutti i miei giovani collaboratori

che mi sono stati vicini e si sono sacrificati non poco per la riuscita di questa manifestazione, che segue a distanza di quattro anni a quella di Coimbra e Lisbona.

Molti di Voi ricorderanno che a conclusione di quei lavori fu Mauro Cappelletti a volere che fosse siciliana la sede del successivo convegno; e fu ancora lui che volle abbinare alla sede siciliana il tema degli aspetti trans-nazionali del diritto processuale.

Oggi, Cappelletti è purtroppo assente, impegnato in una lotta impari contro un male infido. La sua poltrona, qui, rimane vuota e questo vuoto, oltre che nella sala, lo percepiamo dentro le nostre stesse anime, perché la presenza di Mauro avrebbe significato molto per noi e, consentitemi di dirlo, per me in particolare.

Io voglio, però, far prevalere su ogni sentimento di mestizia l'ottimismo della volontà e voglio perciò rivolgere a Mauro Cappelletti – ritenendo di farlo anche a nome vostro – l'augurio più affettuoso e più fraterno affinché egli vinca, come tante altre battaglie già vinte, anche questa, forse più impegnativa, battaglia e torni tra noi a dare quell'apporto intelligente ed appassionato che ha sempre contrassegnato la sua attività. È cifra costante dell'esperienza di Mauro Cappelletti, infatti, la capacità di sommare in se l'acutezza e la cultura dello scienziato con la passione e – consentitemi di dire – l'antiveggenza di un autentico profeta.

Non dimentichiamo che Cappelletti ha capito, prima di tanti altri – e quando forse non era facile capirlo – come i grandi temi della giustizia non possano essere né studiati né risolti entro gli angusti recinti nazionali, ma che tali problemi vanno invece pensati, ancor prima che risolti, in chiave internazionale e sovranazionale.

Ho detto prima che all'iniziativa di Cappelletti si deve – quattro anni or sono – la scelta della sede siciliana di questo convegno.

Mi piace però pensare che tale scelta, e l'abbinamento ad essa del tema che ci occuperà per tutta la durata dei lavori, siano

pure il segno di un superiore e razionale disegno.

La terra di Sicilia, che Vi ospita, è stata da sempre, infatti, punto di incontro e confronto di civiltà e culture diverse. Questa stessa città di Taormina, che oggi ci accoglie, reca innumerevoli testimonianze di un'antica storia le cui vestigia sono sotto i nostri occhi.

Avrete probabilmente già individuato, passeggiando per le vie del centro, Palazzo Corvaja, la Torre normanna, il Teatro antico. Tutte testimonianze di una storia antica ed illustre e tutte testimonianze evocatrici di civiltà diverse: da quella greca a quella romana, a quella bizantina – Taormina fu capitale della Sicilia bizantina – a quella musulmana e poi normanna e poi sveva e poi angioina ed aragonese...

Palazzo Corvaja, quel gioiello di architettura che avrete ammirato nella principale piazza della città, fu sede del Parlamento siciliano che elesse proprio il re d'Aragona; quello stesso – che poi soprannominato il Magnanimo – fondò, nell'anno 1434, l'Università degli Studi di Catania.

Come vedete siamo avvolti dalle evocazioni e dalle testimonianze di un passato ricco di civiltà e culture differenti.

Vorrei citare ancora un esempio: quello offertoci dal Teatro Antico, riprodotto sul frontespizio del nostro programma e che molti di Voi hanno già visitato o visiteranno – ne son certo – nei prossimi giorni.

Ebbene, questo teatro è unico al mondo poiché, a differenza del teatro greco tipico, che non conosce la scena e si esaurisce nel concavo della sua cavea, esso presenta una cavea che si salda ed accoglie dentro di sé la scena romana. In questo abbraccio simbolico tra cavea e scena, c'è l'incontro di due culture, l'intrecciarsi di due civiltà – la greca e la romana – che hanno offerto agli uomini del mondo occidentale, se non all'intero genere umano, gli strumenti fondamentali del pensare e del vivere civile. Storicamente, oltre che geograficamente, la Sicilia è, insomma, il luogo naturalmente deputato ad ospitare questa assise ed a dibattere il tema del nostro convegno.

Il travagliato ed oramai morente secolo ventesimo, consegna infatti alla storia del terzo millennio un progetto ipotetico – non più fatto di mere fantasie, ma concreto e praticabile – che riguarda la costruzione di un impianto giurisdizionale sovranazionale. Molto, per il vero, è stato fatto già nel corso di questo secolo e – soprattutto – dopo il secondo conflitto mondiale.

Sono oramai lontani – e direi quasi remoti – i tempi in cui le fonti internazionali pattizie si limitavano timidamente, centellinando quasi le norme, a dirimere conflitti tra leggi e giurisdizioni entro ambiti oggettivi e soggettivi assai ridotti. Quei tempi sono stati superati da un nuovo modello di cooperazione internazionale che, anche in materia giudiziaria, vuole sempre più impegnati fianco a fianco gli ordinamenti nazionali sul piano della collaborazione: vuoi all'interno del processo di formazione del prodotto giurisdizionale, vuoi – successivamente – sul terreno della circolazione del prodotto già acquisito. E tutto questo ha avuto, via via, una benefica ricaduta sugli ordinamenti nazionali, che si sono progressivamente omogeneizzati ed armonizzati tra loro ispirandosi tutti alle medesime regole comuni ed ai fondamentali principi già prospettati dalla normativa internazionale.

Di tale fenomeno raccogliamo già i frutti sia nel continente latino-americano che in questa “vecchia Europa”, ove comincia ad emergere già, sulla scia dell'avviato processo di integrazione economica, la formazione di quello che potremmo dire una sorta di *ius commune*, frutto non più (e non solo) delle tradizionali fonti pattizie internazionali, ma di veri e propri nuovi organismi sovranazionali la cui giurisprudenza, giorno dopo giorno, va sedimentando una nuova piattaforma normativa, sostanziale e processuale. Ma di tutto ciò ci parlerà a momenti, con la consueta competenza, l'amico prof. Walter.

Pur da questi brevissimi cenni è peraltro facile desumere quanto lo scenario dei nostri lavori sia stimolante.

Mi pare altrettanto evidente anche che, dentro tale scenario, l'Associazione Internazionale di Diritto Processuale è chiamata – oggi più che mai – a fornire il suo contributo essenziale ed in-

sostituibile: per dare un impulso determinante all'accennato processo in atto verso il traguardo della integrazione giurisdizionale a livello sovranazionale.

Sono certo, infatti, che questo congresso non si limiterà ad una ricognizione, per così dire "notarile", dei temi e dei problemi che andremo a trattare, ma darà o prospetterà soluzioni intelligenti e capaci di far ulteriormente avanzare la frontiera della cooperazione giudiziaria trans-nazionale.

Mi avvio alla conclusione e devo ancora un particolare ringraziamento ai componenti il Praesidium dell'Associazione: (oltre a Mauro Cappelletti) a Vittorio Denti, ed a Walter Habscheid. Un "doppio" particolare ringraziamento devo a Marcel Storme, senza i cui consigli, le cui sollecitazioni ed indicazioni io non sarei stato in grado di organizzare questo convegno.

Le pecche e le lacune – certo – saranno, malgrado tutto, tante. Ma Vi prego di essere indulgenti nel rilevarle: conclusi i lavori e spente le luci di questa bella sala, mi auguro che tutti Voi, ritornati a casa, serbiare solo un dolce ricordo di questa terra ed una duratura memoria della nostra amicizia. Grazie.

Dear Sirs, Authorities, Friends and Colleagues,
it is for me a great privilege and honour to open the Xth World Congress of Procedural Law today.

First of all, I would like to greet all of you cordially and respectfully.

In particular, I gratefully greet both those people who came over here, in Sicily, in spite of the distance, and those who have been greatly involved in getting this successful meeting.

I thank all Sicilian universities and, especially, the University of Catania, as well as the University of Reggio Calabria and the Presidency of the Region Sicilia, the National Council of the Researches who offered a great contribution to face all the expenses that any congress involves.

I also thank the provincial Administration of Catania, the provincial Administration for Tourism of Catania, the provincial Administration of Siracusa which will be so kind as to guest our congress members for the next saturday. Many thanks also to the Direction of Cultural Properties of Siracusa, to the Cities of Catania, Siracusa, Acireale and Taormina and, last but not least, all of us are very grateful to the Mayor of Letojanni, thanks to whom we will enjoy a dinner by the seaside tonight.

Unexpectedly, the Lord Chancellor Doctor Filippo Mancuso, who was supposed to be here, could not turn up, although he will probably join us next friday morning.

I also have to thank all my young collaborators who were deeply engaged organizing the present Congress which comes four years after those of Coimbra and Lisbona.

I am sure it is not necessary to remind you it was in that occasion that Professor Mauro Cappelletti suggested Sicily as the location for the following congress, dealing with the subject of

transnational aspects of procedural law.

I also have to underline that someone very important for all of us, and particularly for me, Professor Cappelletti, could not make it to come because of very serious health problems. We all feel this emptiness and we cannot help to note his empty chair.

With this in mind, I will not let sadness defeat our optimism and, from deeply inside, we wish him to win his challenge so as to have him back to support us.

It is in fact a steady aspect of Mauro Cappelletti's experience his ability of combining acuteness and culture of a scientist together with passion and, let me conclude by saying this, a prophetic attitude.

Let us point out that Mauro Cappelletti was among the first to realize that the great subjects of justice cannot be dealt with or handled inside narrow national areas, in fact it has to be thought, before being worked out, within an international and supernational context.

As I have already mentioned, it is thank to Professor Cappelletti that this congress is held in Sicily. I like to think that the above choice mirrors a superior will beyond us.

The country of Sicily, which is giving You hospitality, has always been, in fact, a meeting point of different cultures and civilizations. Taormina itself, which is welcoming us today, represents a reliable evidence of an ancient history whose traces are in front of our eyes.

Probably you have already admired, walking along the historical centre, the Corvaja Palace, the Norman Tower, the Greek Theatre. All this witnesses an ancient and famous history and different civilizations as well: from the Greek one to the Roman civilization, from the Byzantine to the Mussulman civilization - Taormina was the capital of the Byzantine Sicily - and then the Norman, the Swabian, the Angevin, the Aragonese.

The Corvaja Palace, architectural masterpiece located in the main square of the city, was seat of the Sicilian Parliament who elected the king of Aragona; that same king - later nicknamed

the Magnanimous - who founded the University of Catania in 1434.

As you can see, we are surrounded by evocations and evidences of a glorious past.

For example, most of you has already visited or certainly is going to visit soon the Greek Theatre, reproduced on the title-page of our programme.

This theatre is unique in the world because, differently from a typical Greek theatre which doesn't have the scene ending by a concave of its cavea, it shows a cavea containing inside the Roman scene. Such embrace between cavea and scene symbolize the meeting point between Greek and Roman civilizations, which offered to the western world, and to the whole mankind, the fundamental instruments for thinking and living.

Historically, as well as geographically, Sicily is the place naturally elected to guest this assizes and to discuss the subject of our congress.

The troubled and nearly dying twentieth century gives, in fact, to the third millennium a project which is opening up a real and practicable path over the realization of a jurisdictional trans-national system.

To be truth, a lot has been done throughout this century and especially after the Second World War.

We are far from the way of interpreting and unfolding laws and jurisdictions within narrow objective and subjective contexts, as the international agreed sources tried timidly to do.

Nowadays, the newborn international cooperation gives way, in judiciary field too, to a cross approach between national laws, in terms of laws making and their diffusion.

The above stated process has already given positive results in both South-America and in "old Europe", where is about to appear a sort of "ius commune", in the wake of the prosperous process of economical integration; this being not only the result of some international traditional sources of agreement, but also of the new trans-national organizations, whose jurisprudence,

day after day, is progressively creating a new normative platform in terms of forms and contents.

But later our friend, the Professor Walter will talk about it.

We can deduct from these short notes how interesting is the scenery of our works.

It seems also evident that, in this context, the International Association of Procedural Law is called, today more than ever, to give its essential and irreplaceable contribution: to support this process towards the jurisdictional integration at trans-national level.

In fact, I am sure this congress will not narrow the problems and the subjects we are going to discuss to a "notarial" recognition; but, it will suggest other clever solutions in order to give further impulse to the trans-national judicial co-operation.

Before ending, I thank in particular the Praesidium of the Association: besides Mauro Cappelletti, Vittorio Denti and Walter Habscheid. A "double" particular thank to Marcel Storme, whose suggestions and solicitations made me able to organize this congress.

Certainly, there will be many faults and gaps. But I ask You to be indulgent about it: as soon as the works are over and the light of this beautiful hall are out, I wish all of You, once at home, could remember this country and our lasting friendship. Thank You.



GERHARD WALTER

ASPETTI INTERNAZIONALI
DEL DIRITTO PROCESSUALE



Sommario: A. INTRODUZIONE.— B. SINGOLI SVILUPPI: 1. Il ruolo della Corte Europea.— 2. Il progetto di un codice di procedura civile europeo.— 3. Il codice di procedura civile mondiale.— 4. Il conflitto giuridico Stati Uniti—Europa.— 5. Assistenza giudiziaria internazionale.— 6. Una convenzione di riconoscimento e di esecuzione mondiale.— 7. La Revisione della Convenzione per la protezione dei minori.— 8. I lavori della *International Law Association* (ILA).— 9. Diritti umani e processo civile.— 10. Arbitrato internazionale.— C. CONCLUSIONE.

A. *Introduzione.*— Mi è toccato il compito e il grande onore di tenere il discorso d'apertura dei lavori di questo congresso. Come quelli passati anche questo congresso ha un titolo molto ampio che permette così di coprire praticamente tutte le differenti parti del processo internazionale: dall'“arbitrato internazionale” alla “cooperazione internazionale nella procedura civile, penale e amministrativa” fino al “riconoscimento e l'esecuzione forzata di decisioni”. L'arco del lavoro dei singoli gruppi comprende anche la “necessità di misure provvisorie nelle controversie internazionali”, “l'evoluzione del diritto della prova nelle controversie internazionali” e “i rapporti tra le corti nazionali e internazionali”; i “raggruppamenti di famiglie giuridiche nel diritto processuale” e “la specificità del diritto processuale comparato” sono pure tema dei nostri lavori.

Non può essere mio compito introdurre tutti questi temi: questo sarà il lavoro dei *general reporters* nei singoli gruppi di lavoro. È mia intenzione invece fare cenno agli sviluppi e alle tendenze che si sono manifestati nelle varie parti del mondo dopo il nostro ultimo congresso a Coimbra/Lisbona. Debbo chiedere però scusa ai colleghi non europei del fatto che il mio discorso soffrirà inevitabilmente di un certo eurocentrismo. Questo non

per sciovinismo, ma per il semplice fatto che non sono ugualmente ben informato sugli sviluppi in tutte le aree del mondo. Magari si accetterà come ulteriore scusa anche il fatto che il pensiero tedesco/austriaco e europeo in generale abbia avuto enorme diffusione, come ha confermato in modo impressionante un congresso dell'associazione scientifica per il diritto processuale internazionale tenuto a Passau nel 1989 (1).

L'ordine dei temi che toccheremo nei prossimi trenta minuti sarà quindi il seguente:

- Gli sviluppi del diritto processuale in Europa, con riferimento al ruolo della Corte Europea e allo sviluppo di un codice di procedura civile europeo.
- Novità nel conflitto giuridico Europa-Stati Uniti.
- Lavori per lo sviluppo di una convenzione di riconoscimento a livello mondiale.
- I lavori della *International Law Association*, eccetera.

B. SINGOLI SVILUPPI

1. *Il ruolo della Corte Europea.*— Questo argomento potrebbe essere formulato anche così: "Unità giuridica in Europa mediante la giurisprudenza della Corte Europea". Che cosa vuol dire questo?

Nell'anno 1991 aveva luogo un simposio a Tubinga, in onore dell'ottantesimo compleanno del nostro nel frattempo defunto collega *Fritz Baur*, sul tema "Verso un diritto processuale civile europeo"(2). In quell'occasione il collega *Stürner* esponeva

(1) Vgl. dazu den Tagungsband "Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen", Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V. (Bd. 5), Gieseking Verlag, Bielefeld, 1991.

(2) Tagungsband "Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht", J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992.

cinque modelli possibili di uno sviluppo processuale europeo, cioè:

- la soluzione unitaria (un codice di procedura civile europeo per tutte le corti degli stati membri);
- la molteplicità nazionale (libera concorrenza tra i diversi codici nazionali con un'armonizzazione limitata e graduale);
- la "via a doppio binario" (il modello degli Stati Uniti o anche della Svizzera, cioè il diritto processuale dei singoli stati accanto a quello della federazione);
- cornice giuridica comune che viene poi riempita dai singoli stati (in un certo senso realizzata in Svizzera);
- model laws (da pensare per esempio all'UNCITRAL Model Law concernente l'arbitrato internazionale).

A questo simposio, nel 1991, *Stürner* poteva sintetizzare che l'armonizzazione del diritto processuale civile e del diritto dell'esecuzione seguiva all'interno della Comunità Europea, senza dubbio, il modello di molteplicità nazionale con un diritto comune quanto alla competenza ed all'esecuzione internazionale (3). Da allora in poi però la tendenza ad una soluzione unitaria ha ricevuto parecchio alimento, da un lato tramite il progetto di un c.p.c. europeo (v. *infra* 2.), dall'altro tramite la giurisprudenza della Corte Europea.

Mentre finora la Corte Europea (naturalmente al di fuori dell'interpretazione della Convenzione di Bruxelles) nell'interpretare il trattato della CE rispettava le differenze nazionali in maniera talvolta generosa, essa ha ritenuto da ultimo – in pochi mesi – discriminatorie e dunque inapplicabili nella CE due norme molto importanti del diritto processuale tedesco, soprattutto nella pratica. Si tratta dei casi seguenti:

a) *Hubbard / Hamburger* (4).— Un solicitor inglese era esecutore testamentario ed ha proposto l'azione davanti ad una

(3) *Stürner* aaO s. 5; s. dazu auch L.P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva europea*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Tomo II, Giuffrè, (Milano), 1995, s. 1025 ff. (s. 1029 f.).

(4) *EuZW* 1993, s. 514 = *IPRax* 1994, s. 203 = *RIW* 1993, s. 855.

corte tedesca. Su richiesta del convenuto fu obbligato dalla corte a prestare una cauzione. L'art. 110 c.p.c. tedesco (ZPO) la richiede infatti per "cittadini di stati stranieri che agiscono come attori". Un esecutore testamentario tedesco non deve invece prestare una tale cauzione. Basandosi su tale comparazione la CE decideva che l'art. 110 ZPO è contrario alle norme sulla libera prestazione di servizio (artt. 59, 60 Trattato sulla Comunità Europea) (5).

b) Mund & Fester ./. *Hatrex* (6).— Hatrex, uno spedizioniere internazionale con sede nei Paesi Bassi, aveva trasportato delle nocciole dalla Turchia ad Amburgo. Il carico era stato danneggiato durante il tragitto perché il camion lasciava passare l'acqua. Mund & Fester richiedeva il risarcimento e presentava istanza di sequestro del camion a garanzia di questa rivendicazione; il camion si trovava ancora in Germania. Secondo l'articolo 917 comma 1 ZPO, il sequestro ha luogo quando è da temere che senza la sua pronuncia l'esecuzione della sentenza sarebbe frustrata o resa molto più difficile. Come motivo sufficiente per il sequestro è da ritenersi, secondo il comma secondo, il fatto che "la decisione dovrebbe essere eseguita all'estero".

La CE ha ritenuto l'articolo 917 secondo comma ZPO come una discriminazione occulta – col risultato pratico che un richiedente non può più fondarsi sull'articolo 917 comma secondo quando una sentenza dovrebbe essere eseguita in un altro Stato parte della Convenzione di Bruxelles (7).

Io non voglio qui valutare o criticare queste decisioni – particolarmente la seconda è stata molto criticata nella letteratura

(5) *Zutreffender Auffassung nach erstreckt sich die Unvereinbarkeit von § 110 ZPO mit Gemeinschaftsrecht über natürliche Personen hinaus auch auf juristische* (bei Sitz im EU-Ausland), s. dazu ROHLFS, *NJW* 1995, s. 2211 m.w.N.

(6) *IPRax* 1994, s. 439 = *JZ* 1994, s. 1165 = *RIW* 1994, s. 329 = *ZZP* 108 [1995], s. 109.

(7) So bejaht denn auch das OLG Frankfurt /M. in einer neueren Entscheidung vom 3. Januar 1995 (*FamRZ* 1995, s. 823) in einem Fall mit Wohnsitz des Schuldners in Griechenland einen Arrestgrund nach § 917 Abs 1.

tedesca e straniera (8) – però non è da trascurare il fatto che se la CE prosegue su questa linea – e cioè di vedere una discriminazione occulta persino lì dove delle norme processuali fanno delle distinzioni, ma non secondo la nazionalità o il domicilio delle parti – essa, mi sembra, favorisce una uniformazione dei diritti processuali degli stati membri della Comunità Europea e favorisce così ultimamente una soluzione unitaria (9).

c) *Continental Bank ./. Aeakos Compania Naviera*.— Uno sviluppo contrario è da vedersi nel caso – questo non deciso dalla CE. – *Continental Bank N.A. ./. Aeakos Compania Naviera S.A.* (10). Una banca statunitense aveva concesso un prestito ad armatori greci, stabilendo nel contratto la competenza delle corti inglesi. Gli armatori greci presentavano in seguito domanda di risarcimento del danno per lesione del contratto davanti ad una corte greca. In seguito a quest'azione la banca presentava istanza alla High Court per vietare agli armatori greci la continuazione del processo in Grecia. L'istanza venne accolta portando all'emissione di una *antisuit injunction*. Il ricorso alla Court of Appeal rimase senza successo.

Le corti inglesi non hanno osservato gli artt 21 ss. della Convenzione di Bruxelles, perché – secondo loro – c'era una competenza esclusiva secondo l'articolo 17 della Convenzione. Emettendo una tale *antisuit injunction* in una relazione tra corti

(8) Besonders kritisch: SCHACK (ZZP 108 [1995], s. 47) sowie JAYME/KOHLER (IPRax 1994, s. 414), MANKOWSKI (NJW 1995, s. 306), THÜMMEL (EuZW 1994, s. 242) und WOLF (JZ 1994, s. 1151).

(9) Zum Verfahrensrecht des EuGH selbst, das nach zahlreichen Modifikationen in der Fassung vom 19. Mai 1991 gilt, s. das grundlegende Handbuch von PAOLO BIAVATI – FEDERICO CARPI "Diritto Processuale Comunitario", Giuffrè, Milano, 1994. Die neuesten Änderungen des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft sowie der Verfahrensordnungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften finden sich im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 379/1 vom 31. Dezember 1994, Nr. L 44/61 und 64 vom 28. Februar 1995 sowie Nr. L 131/33 vom 15. Juni 1995 und Nr. L 172/3 vom 22. Juli 1995.

(10) [1994] 1 W.L.R. 588.

di diversi Stati membri della Convenzione di Bruxelles hanno però messo in dubbio – come hanno formulato molto espressivamente *Jayme/Kobler* (11) – la base negoziale della Convenzione. Si sta installando un “conflitto giuridico” intra-europeo?

2. *Il progetto di un codice di procedura civile europeo.*— Il modello sopra (1.) definito come “soluzione unitaria” prende un altro spunto dal progetto di un codice di procedura civile europeo (CPC-EU), risultante dalla “Draft Directive Approximation Judiciary Law”. Ho presentato questo progetto in altra occasione più in dettaglio (12); qui mi limito a questo:

a) Su iniziativa del collega *Storme* un gruppo di esperti di tutti gli Stati membri della CE ha elaborato una proposta per un codice di procedura civile europeo. Il gruppo di esperti ha sottoposto la sua relazione con una proposta per una direttiva europea concernente un CPC europeo alla commissione europea (la “Draft Directive”). La commissione ha deciso di rendere pubblica la relazione e la proposta per il 1° gennaio 1994. Stranamente però – secondo la mia impressione – non ha iniziato finora una discussione allargata, pubblica, sebbene il progetto abbia degli effetti incisivi per gli attualmente 15 (fra pochi anni più di 20) Paesi europei. Se un giorno veramente tale accordo si realizzasse – gli auspici sono credo buoni – il consiglio dovrebbe lanciare una tale direttiva. Tuttavia l’associazione tedesca dei professori del diritto processuale civile ha stabilito di dedicare il suo prossimo convegno dell’aprile 1996 a Münster (Germania) alla discussione di queste proposte per un CPC-EU.

b) Quanto al suo *contenuto*, la proposta armonizzazione del diritto processuale civile europeo dovrebbe uniformare il corso di un processo civile ordinario negli Stati membri, ivi inclusa qualche regola sull’esecuzione forzata. *Non* sono comprese le

(11) S. *IPRax* 1994, s. 412 linke Spalte.

(12) *Gerhard WALTER, Tu felix Europa ... – Zum Entwurf einer Europäischen Zivilprozessordnung, AJP/PJA* 1994, s. 425.

questioni circa l'organizzazione giudiziaria e la competenza per materia, la competenza *internazionale* essendo già da tanti anni regolata in via uniforme dalla Convenzione di Bruxelles. Basandosi sulle materie escluse dal campo d'applicazione della Convenzione di Bruxelles, anche la CPC-EU dovrebbe solo valere per quei processi che entrano nel campo d'applicazione della Convenzione di Bruxelles.

Con questi limiti il CPC-EU contiene complessivamente 17 punti da regolare: dalla conciliazione alla introduzione della causa, fino alle impugnazioni; tra è altro dovrebbero essere armonizzati o – se del caso – introdotti (in qualche Paese membro) anche il procedimento ingiuntivo e le misure cautelari.

c) È vero che con la "Draft Directive" non siamo ancora di fronte a un disegno di direttiva ufficiale della CE; magari ci vorrà ancora molto tempo, prima che un giorno un CPC europeo entri in vigore sotto forma di direttiva. Dato però che la commissione europea si è schierata (mediante il suo mandato) a favore di questo progetto di CPC-EU, pare che la volontà politica vi sia.

In ogni caso si è formato sotto la presidenza del collega *Storme* un nuovo gruppo di esperti che intende pubblicare una serie di studi sui diversi aspetti del diritto processuale in Europa. A questo scopo si è creato un "network" di esperti di tutti i paesi partecipanti che, mediante l'aiuto di general e national reporters, dovrebbe prendere posizione su una lista di, finora 19, argomenti da trattare (13).

3. *Il codice di procedura civile mondiale.*— Un passo ancora più avanti è compiuto dal progetto *Hazard/Taruffo*, che vorrei

(13) Mit der Herausbildung eines europäischen Zivilprozessrechts hat sich auch in Heidelberg 1991 ein Symposium unter der Leitung von ERIK JAYME beschäftigt. Die Referate und Diskussionsbeiträge sind unter dem Titel "*Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa*" im Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 1992, erschienen (dazu *meine* Rezension, in ZZZ 107 [1994], s. 395).

denominare "Codice di procedura civile mondiale". Prendendo le mosse dal fatto che anche in processi con un aspetto internazionale ogni corte applica il proprio diritto processuale, cioè la *lex fori*, i due colleghi ritengono queste regole non adeguate, in quanto pregiudicherebbero sistematicamente una delle parti che deve agire o difendersi in un sistema giuridico straniero. Questo sistema produrrebbe inoltre delle diseguaglianze a causa delle differenze di effettività, di velocità e di struttura dei diversi sistemi.

Il progetto mira dunque a formulare un "set" di regole da applicarsi in un caso internazionale da ogni corte nazionale. Tali regole dovrebbero essere applicate anche tramite l'accordo delle parti e come base di arbitrato. In ultima analisi si tratta dunque di cancellare, in casi civili con un aspetto internazionale, le differenze delle rispettive *leges fori* e di creare un diritto processuale relativamente uniforme per casi internazionali.

Importante e interessante, circa questo progetto, mi sembra il fatto che l'American Law Institute ne faccia parte, dando con ciò espressione dell'interesse nello spazio giuridico anglo-americano verso il procedimento di tipo continentale europeo.

4. *Il conflitto giuridico Stati Uniti-Europa.*— Ecco che la parola d'ordine è pronunciata: i diversi concetti del processo civile (14), come sono venuti fuori con il fragoroso crollo dei due blocchi, in uno scontro che ha ricevuto la denominazione magari un po' troppo marziale di "guerra delle giurisdizioni". Pure "il conflitto giuridico con gli Stati Uniti di America" è stato il tema di un Convegno a Monaco della associazione scientifica per il

(14) S. zu den unterschiedlichen Rechtskulturen u.a. NAKAMURA, *Die zwei Typen des Zivilprozesses – Der Zivilprozess im kontinentalen und im anglo-amerikanischen Rechtskreis*, in: *Law in East and West*, Tokyo, 1988, s. 299; STÜRNER, *U.S. – amerikanisches und kontinentaleuropäisches Verfahrensverständnis – zweierlei Gerechtigkeit in verschiedenen Rechtskulturen?*, in ooo; CARRINGTON, *Der Einfluss kontinentalen Rechts auf Juristen und Rechtskultur der USA 1776–1933*, JZ, 1995, s. 529.

diritto processuale internazionale nel 1985. Anche ad un "Simposio su questioni attuali del diritto di procedura civile internazionale nelle relazioni con gli Stati Uniti", che ha avuto luogo nell'ottobre 1993 a Fukuoka (Giappone) con la partecipazione di giuristi giapponesi, tedeschi e svizzeri (15), il conflitto giuridico è stato al centro delle discussioni. E allora: qual è la situazione attuale del confronto?

a) – I punti nevralgici nel conflitto giuridico possono essere indicati con le parole "competenza internazionale", "assistenza giudiziaria", nonché "riconoscimento di sentenze straniere" (con particolare riferimento ai "punitive damages") (16). Il punto della competenza verrà trattato sub 6., l'assistenza giudiziaria verrà accennato sub 5. A questo punto allora vorrei solo riferire brevemente di uno dei motivi del conflitto e cioè il riconoscimento di sentenze di corti americane che condannano al pagamento di punitive damages.

Finora era prevalente in Germania, come anche in Svizzera (17) e in Giappone (18), l'opinione che ad una tale sentenza americana sia da negare il riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico. Nel frattempo è stata emessa una decisione della Corte Federale Tedesca (Bundesgerichtshof) del 4 giugno 1992, da tempo attesa con attenzione, con cui la corte ha confermato questa prevalente opinione (19). L'importante massima 8 della decisione dichiara dunque: "Una sentenza statunitense che condanna al pagamento di punitive damages di ammontare non irrilevante e, che sia concesso addizionalmente alla condanna per

(15) Tagungsbericht unter dem Titel "Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts" erschienen bei J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994.

(16) So auch HELDRICH, in: *Herausforderungen*, aaO (Fn. 14) s. 2.

(17) S. GERHARD WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, UTB (Haupt) Nr. 1851, Bern, 1995, s. 333 (mit weit. Hinw.).

(18) S. dazu TOSHIOKI KONO, *Die Anerkennung von US-amerikanischen Urteilen über punitive damages in Japan*, in: *Herausforderungen* aaO (Fn. 14) s. 35.

(19) Urteil des BGH vom 4. Juni, 1992, in: ZZZP 106 [1993] s. 79 = NJW 1992, s. 3096.

danni materiali e immateriali in via globale, non può – in tanto – essere dichiarato esecutivo in Germania”.

Questa sentenza sembra a prima vista rinfocolare il conflitto giuridico; però solo a prima vista. Vale a dire che infatti si tratta di una “pietra miliare nel campo del riconoscimento”, abbastanza favorevole alle sentenze straniere (20). Perché giungo ad una tale valutazione?

aa) Secondo il BGH il riconoscimento è negato solo ad *una parte* della sentenza, e cioè quanto ai punitive damages. Non vale dunque un principio del tutto o niente, ma esiste la possibilità di un riconoscimento parziale della sentenza.

bb) Sebbene la condanna al pagamento del *pretium doloris* (“for pain and suffering”) sia per un ammontare molto più alto di quello che secondo le consuetudini tedesche sarebbe stato versato per fatti come quelli verificatisi negli Stati Uniti, il BGH ha riconosciuto questa parte della sentenza.

cc) Il fatto che la sentenza americana sia stata preceduta da una *pre-trial-discovery* non costituisce di per sé una contrarietà all’ordine pubblico processuale, “anche se la *discovery* non raramente ha dei risultati che dal punto di vista tedesco comportano un’indagine illecita” (21) (22).

b) Mentre, quindi, il BGH si adopera dal canto suo per disinnescare il più possibile il conflitto, si trovano, anche dall’altra parte dell’oceano atlantico, dei tentativi di ridurre il potenziale del conflitto: è vero che la Corte Suprema Americana non ha accolto finora scrupoli costituzionali quanto ai punitive damages; ha respinto tali scrupoli da ultimo nella decisione del caso TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp. et al. del 25 giugno 1993 (23). Ma nel frattempo il problema ha – a causa di non

(20) So SCHACK in seiner *Anmerkung zu dem Urteil des BGH*, in ZZZ 106 [1993], s. 104.

(21) So SCHACK, aaO, s. 107.

(22) Zur *discovery* siehe neustens REIMANN, *Beyond Fishing – Weitreichende Neuerungen im amerikanischen Discovery-Verfahren*, IPRax, 1994, s. 152.

(23) S. dazu D. COESTER-WALTJEN, *Deutsches internationales Zivilverfahrensrecht und die punitive damages nach US-amerikanischem Recht*, in: *Herausforderungen*,

più sostenibili premi d'assicurazione, eccetera – raggiunto delle proporzioni pericolose per l'economia del Paese ed ha dunque raggiunto la sfera della politica. Nel parlamento americano pendente un disegno di legge (24), con cui l'ammontare massimo per punitive damages dovrebbe essere limitato, e cioè a 250.000.– USD o a tre volte il danno patrimoniale a secondo di quale importo sia più alto.

Ci si può chiedere se anche i mutamenti nel settore della *discovery*, che è un altro motivo di scandalo per gli "europei" (25), contribuiranno da parte loro a disinnescare il conflitto. Questo è da dubitare almeno per il momento (26). Si tratta anzitutto degli "Amendments to Federal Rules of Civil Procedure of 1993" nonché del "Civil Justice Reform Act of 1990" e della "Agenda for Civil Justice Reform in America of 1991".

5. *Assistenza giudiziaria internazionale.*— Anche nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale si può constatare una distensione nel conflitto giuridico. Il motivo è di nuovo fornito dai punitive damages trattandosi in questo caso del rifiuto di notificare la domanda con cui viene richiesta una condanna al pagamento di punitive damages (27). Secondo l'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 sulla notificazione e sulla comunicazione all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari (come già secondo l'articolo 4 della Convenzione dell'Aja del 1°

aaO, (Fn. 14), s. 21.

(24) 104th Congress H. R. 956: "Common Sense Product Liability and Legal Reform Act of 1995".

(25) S. dazu ABBO JUNKER, *US-amerikanische "Discovery" als Herausforderung des Internationalen Zivilprozessrechts*, in: *Herausforderungen*, aaO, (Fn. 14), s. 103.

(26) Dazu RÖHM, *Neuere Entwicklungen im US-amerikanischen Zivilprozessrecht*, RIW, 1995, s. 465.

(27) S. dazu neustens: HANNO MERKT, *Abwehr der Zustellung von "punitive damages" Klagen: Das Haager Zustellungsübereinkommen und US-amerikanische Klagen auf "punitive damages", "treble damages" und "RICO treble damages"*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1995.

marzo 1954 sulla procedura civile) la notifica deve essere rifiutata solo nei casi in cui sarebbe contraria all'ordine pubblico dello stato richiesto. Citando questa norma l'uno o l'altro organo dell'amministrazione giudiziaria in Germania ha negato la notifica di una tale domanda. Fino a poco tempo fa l'opinione prevalente in Germania aveva però respinto tale argomento affermando che la possibilità di notificare un atto di citazione in via di assistenza giudiziaria non doveva collegarsi al fatto che una possibile condanna sia contraria all'ordine pubblico. Con una decisione del 3 agosto 1994 (28) però la *Corte Costituzionale Tedesca* aveva acceso di nuovo la discussione, vietando mediante una *misura provvisoria* all'amministrazione giudiziaria di Berlino di notificare una tale domanda fino a che non si fosse giunti alla decisione nel merito circa la costituzionalità della notifica. È da chiarire cioè – questo l'argomento della Corte Costituzionale – se lo Stato sia obbligato a *rifiutare una collaborazione* – tramite notifica di una domanda – in un procedimento straniero che potrebbe concludersi con una sentenza la cui esecuzione nel proprio Paese sia possibilmente incompatibile col “Rechtsstaatsprinzip” (Stato di Diritto) della costituzione.

Nella decisione però del 7 dicembre 1994 (29) la Corte Costituzionale ha deciso che la prestazione di assistenza giudiziaria per il tramite di notificazione di tale domanda non sia incostituzionale.

Un'altra distensione nel conflitto giuridico è da aspettarsi da una novella delle norme dei Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) concernente il “service of documents” per casi internazionali (30). La nuova Rule 4 (f) – contraria all'antica Rule 4 (i) – prescrive che da un “Service upon Individuals in a Foreign Country” siano da esaurire anzitutto “any internationally agreed means”, in specie la Convenzione del 1965, prima di tener con-

(28) *RfW*, 1994, s. 769 = *ZIP*, 1994, s. 1353.

(29) *EuGRZ*, 1995, s. 37 = *NJW*, 1995, s. 649 = *RfW*, 1995, s. 320 = *JZ*, 1995, s. 716 m. Anm. *Stadler*.

(30) Amendments to Federal Rules of Civil Procedure 1993 vom 1.12.1993.

to di un'altra forma di notifica. Sembra che la concezione – finora abbastanza diffusa nell'ottica americana – di una libera scelta tra notifica secondo le regole autonome (FRCP) e secondo le norme della Convenzione del 1965 (31) sia in ritirata.

6. *Una convenzione di riconoscimento e di esecuzione mondiale.*— Il grande successo della Convenzione di Bruxelles ha portato a che anche Stati non membri della CE vi volessero partecipare. Ciò è stato ottenuto con la cosiddetta *Convenzione Parallela di Lugano* del 16 Settembre 1988 di cui fanno parte tutti gli Stati allora membri della CE e dell'Associazione europea di libero scambio (AELS), tutto sommato allora 19 Paesi europei. Convenzione parallela perché il testo della Convenzione di Bruxelles venne assunto quasi al 100% come testo della Convenzione di Lugano. Praticamente si è avuta così l'adesione indiretta dei paesi membri dell'AELS alla Convenzione di Bruxelles.

Il successo durevole della Convenzione di Bruxelles ha condotto a due altri progetti di allargamento della Convenzione:

a) Sinora sono escluse dal *campo d'applicazione* della Convenzione di Bruxelles secondo l'art. 1 comma 2° Nr. 1 – sommariamente – le controversie di tipo familiare e ereditario. Questo fatto è sentito come negativo da un crescente numero di commentatori. Si è preparato dunque ad una conferenza a Heidelberg nel 1993 dal "Groupe Européen de Droit International Privé" il progetto di una "Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale" (32). Evidentemente questo progetto è stato bene accolto in seno alla Commissione Europea, quando l'8 febbraio 1995 essa ha deciso il suo programma di lavoro per il 1995, riempiendo così il vasto programma politico che il presidente

(31) Höhepunkt dieser Auffassung sind die beiden Entscheidungen des U.S. Supreme Court in den Fällen *Aérospatiale* (482 US 522 [1987]) bzw. *Volkswagen vs. Schlunk* (486 US 694 [1988]).

(32) *Abgedruckt in IPRAx* 1994, s. 67.

Santer aveva presentato al Parlamento Europeo il 17 gennaio 1995. Sotto il tema "improving cooperation on interior and justice matters" si trova infatti il progetto "extension of the Brussels Convention on the enforcement of Court judgments to family cases". È da aspettarsi dunque in un futuro non troppo lontano un allargamento della Convenzione di Bruxelles in questa direzione (33).

b) La direzione dell'altro allargamento della Convenzione di Bruxelles è *geografica*. Nell'anno 1992 gli Stati Uniti hanno presentato una proposta alla Conferenza di Diritto Internazionale Privato all'Aja per riprendere i lavori per una convenzione mondiale sul riconoscimento e l'esecuzione in materia civile e commerciale (34) (35). La commissione speciale preparatoria ha passato questa proposta americana – sempre nell'anno 1992 – ad un gruppo ristretto di esperti incaricati di esaminarne le possibilità di effettiva realizzazione. Alla fine del 1992 il gruppo di esperti ha presentato il suo risultato con una conclusione positiva. Malgrado questo voto positivo la 17^a sessione della Conferenza dell'Aja del 1993 non riusciva a decidersi a porre quest'argomento definitivamente sull'agenda della 18^a sessione 1996: troppi delegati hanno infatti espresso scetticismo verso l'idea di una "convention mixte" o – persino – di una nuova Convenzione di esecuzione. Nel 1993 è stata quindi istituita una nuova commissione speciale col compito di occuparsi del possibile contenuto

(33) Auf eine schriftliche Anfrage (Nr. E-1989/94 vom 19. September 1994) nach dem Grund für den Ausschluss der "sozialen Sicherheit" vom Anwendungsbereich des EuGVÜ (Art. 1 Abs. 2 Nr. 3) hat die Europäische Kommission am 8. Dezember 1994 geantwortet (Abl. Nr. C 75/13 vom 27. März 1995).

(34) Zu den "Perspektiven eines weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens" (inklusive der bisherigen Bilanz) s. *Schack*, ZEuP 1993, s. 306; zu dem Problem der USA mit dem Brüsseler Übereinkommen s. neben *Schack* auch ARTHUR TAYLOR VAN MEHREN, *Recognition of United States Judgments Abroad and Foreign Judgments in the United States: Would an International Convention Be Useful?* In: *RebelsZ*, 57 [1993], s. 449.

(35) *Zum Gang der Arbeiten in Den Haag* s. M. JAMETTI GREINER, *Bericht über die 17. Session der Haager Konferenz für internationales Privatrecht*, AJP/PJA, 1993, s. 1211 (1217).

di una nuova Convenzione, che dovrebbe presentare delle proposte per una realizzazione concreta, incluso un piano cronologico.

La commissione speciale si è riunita all'Aja nel 1994 e ha eletto il collega *Gustaf Möller* come presidente; sono rappresentati 32 Stati, tra di loro anche Stati Uniti, Canada, Giappone e Cina. Sarà deciso nella 18ª sessione nel 1996 se una nuova "Convenzione doppia" sarà preparata – abbandonando però la proposta – allora discussa – di una "grey list" (cioè delle competenze né accettate né vietate dalla Convenzione)

7. *La Revisione della Convenzione per la protezione dei minori.*— All'Aja c'è in questi mesi un altro progetto importante in agenda: la Convenzione dell'Aja sulla competenza delle autorità e il diritto applicabile per la protezione dei minori del 5 ottobre 1961 dovrebbe essere novellata alla conferenza del 1996. Questa convenzione ha un'importanza nella vita quotidiana delle corti e delle autorità per i minori nei Paesi membri che si può difficilmente sopravvalutare.

Dopo un riesame e un supplemento di un progetto preliminare ha avuto luogo un'ultima sessione preparatoria della commissione competente nel settembre 1995; la finalizzazione e l'approvazione del testo è prevista per la 18ª sessione che è fissata per l'ottobre 1996.

Malgrado la sua importanza il valore della Convenzione è limitato a dieci Stati europei, nessuno Stato dell'area di Common Law e nessuno Stato nordico essendone parte. È stata istituita dunque una commissione speciale col mandato di compiere una valutazione della Convenzione sulla protezione dei minori e di considerare una sua revisione nel 1992. Oltre una serie di problemi d'interpretazione – particolarmente dell'articolo 3, i rapporti "ex lege" – si è avvertito soprattutto il forte accento sulla competenza dello Stato d'origine come un ostacolo ad una ratifica da parte degli Stati di diritto anglo-

americano (36). Inoltre dovrebbe essere esaminato un allargamento materiale di questa Convenzione alle misure protettive per *maggiorenni* (37).

I punti cruciali nella discussione di riforma erano i seguenti (38):

- la competenza primaria delle autorità del luogo di dimora abituale è sì incontestata; non chiariti sono però ancora il ruolo e la misura della competenza nello stato d'origine;
- i rapporti di potestà dei genitori *ex lege* sono riconosciuti come necessitanti una riforma, le loro particolarità però sono ancora molto incerte (per esempio gli Stati nordici non accettano un indebolimento della posizione dei padri naturali nei confronti di quelli legittimi);
- la semplice regola di equiparazione di *ius* e di *forum* dovrebbe ammorbidirsi;
- la relazione tra la competenza primaria e le competenze sussidiarie è ancora critica;
- sono da limare ancora le regole per la collaborazione degli Stati che dovrebbero facilitare una coordinazione senza giri a vuoto burocratici.

8. *I lavori della International Law Association (ILA).*— In seguito alla 64. Queensland Conference 1990 della ILA è stato deciso di creare un "Committee on International Civil and Commercial Litigation" della ILA. Sotto la presidenza del giudi-

(36) S. dazu KROPHOLLER, *Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens*, *RebelsZ* 58 [1994], s. 1; s.a. M. JAMETTI GREINER, *aaO* (Fn. 32), s. 1216 sowie M. JAMETTI GREINER/A. BUCHER, *La Dix-septième session de la Conférence de La Hague de Droit international privé*, *SZIER*, 1994, s. 56.

(37) "Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961" lautet auch die Dissertation von STEFANIE BOELCK, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1994.

(38) Diese Hinweise verdanke ich der freundlichen Auskunft von Frau MONIQUE JAMETTI GREINER, *Sektionschefin für Internationales Privatrecht im Bundesamt für Justiz*, Bern.

ce australiano *Peter Nygh* il comitato è stato formalmente costituito nel 1992.

Il primo tema di cui il comitato si occupa è stato "Jurisdiction in Transnational Torts". La responsabilità civile è stata scelta perché si collega particolarmente a molte questioni discusse in materia di competenza internazionale. In contrasto per esempio alle domande a base contrattuale dove la competenza si fonda spesso sul consenso delle parti, il convenuto in un procedimento basato su un presunto illecito "internazionale" è spesso convenuto contro la sua volontà davanti ad una corte straniera. La legittimità dell'esercizio della giurisdizione può allora essere provata particolarmente bene. Proprio la competenza internazionale in controversie relative a questioni di responsabilità civile è stato un campo molto discusso negli ultimi anni ed ha condotto a conflitti di competenza tra corti di diversi Stati ed ad intense discussioni.

I singoli membri hanno elaborato dei rapporti a diversi tipi di illeciti, cioè danno da prodotto, concorrenza sleale, violazione del diritto di proprietà intellettuale. In aggiunta vennero prodotti rapporti sull'atteggiamento generale dei grandi sistemi giuridici nei confronti di affermazioni della propria competenza internazionale, relativi all'area di Civil Law, all'Anglo-Commonwealth e agli Stati Uniti.

I risultati del lavoro sono pubblicati in un libro che uscirà nel 1995 per i tipi di Oxford University Press.

La 66^a Conferenza del ILA del 1994 in Argentina ha preso nota dei risultati del comitato e l'ha invitato a continuare il suo lavoro e a presentare alla 67^a Conferenza 1996 a Helsinki un rapporto sul tema "International Cooperation in respect of Provisional Measures".

9. *Diritti umani e processo civile.*— Nel maggio 1993 la Società Tedesca di Diritto Internazionale ha tenuto il suo 23^o convegno a Vienna. A questo convegno il collega *Geimer* ha pre-

sentato un voluminoso rapporto su "Diritti umani nel processo civile internazionale" (39). Questo convegno ha seguito dunque in un certo senso il congresso della nostra associazione (IAPL) del settembre 1988 a Bologna sul tema "Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level" (40).

Qualche interessante conclusione della relazione di Geimer va qui menzionata (41):

- È da ritenersi inconciliabile con il principio d'uguaglianza di cui all'art. 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) l'addossare la *cautio judicatum solvi* solamente a stranieri e apolidi;
- È da affermare come principio il diritto per il convenuto a comparire personalmente in ogni caso di fronte alla corte;
- Va ammesso un foro anche per controversie tra stranieri solo se l'oggetto della lite ha una relazione sufficiente con il foro;
- Il diritto alla prova è tutelato anche nel processo civile dall' art. 6 comma 1° CEDU;
- etc.

Mentre così si rafforza in tutto il mondo la coscienza dell'importanza dei diritti umani nel processo civile – coscienza a cui contribuisce particolarmente, in ogni caso in Europa, la giurisprudenza sempre più estesa ed importante degli organi della Convenzione Europea sui diritti umani (42) – c'è da constatare

(39) Der Tagungsband ist unter dem Titel "*Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes*" als Band 33 der Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht erschienen (C.F. Müller, Heidelberg 1994); Bericht VON GEIMER auf s. 213.

(40) Band 1 (*General Reports*) und Band 2 (*Papers and Discussion*) herausgegeben von F. CARPI und CHIARA GIOVANUCCI ORLANDI und erschienen bei, Giuffrè, Milano, 1991.

(41) GEIMER, *aaO*, s. 266–270.

(42) Siehe dazu die Übersicht VON KLEY-STRULLER, *Materialien und Unterlagen zur Rechtsprechung durch die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention, recht*, 1995, s. 40. – Durch das 11. Protokoll zur EMRK vom 11. Mai, 1994 soll die Effizienz der Kontrollmechanismen der Konvention noch verstärkt werden; es sieht die Einrichtung eines neuen, vollamtlichen Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vor sowie die generelle Anerkennung der Individualbeschwerde.

che un altro aspetto molto rilevante per questo tema non è stato osservato sempre e dappertutto con il rispetto dovuto, e cioè *la tutela dell'indipendenza* della magistratura.

Il comitato ministeriale degli Stati membri del Consiglio d'Europa per questo motivo ha prodotto nell'ottobre 1994 una raccomandazione N° R (94)12 "sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges". Debbo qui limitarmi a riferirne brevemente il contenuto:

– Sotto il principio I ("Principes généraux concernant l'indépendance des juges") si trova per esempio la raccomandazione:

"Toute décision concernant la carrière professionnelle des juges devrait reposer sur des critères objectifs. et la sélection et la carrière des juges devraient se fonder sur le mérite, eu égard à leurs qualifications, leur intégrité, leur compétence et leur efficacité. L'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante du gouvernement et de l'administration. Pour garantir son indépendance, des dispositions devraient être prévues pour veiller, par exemple, à ce que ses membres soient désignés par le pouvoir judiciaire et que l'autorité décide elle-même de ses propres règles de procédure".

o la raccomandazione:

"La distribution des affaires ne devrait pas être influencée par les souhaits d'une partie à une affaire ni d'aucune personne concernée par la décision à cet égard. Cette distribution peut, par exemple, être faite par tirage au sort ou selon une répartition automatique suivant l'ordre alphabétique ou un système analogue".

– Principio 3 ("Conditions de travail adéquates") richiede tra altro:

"mettre à la disposition des juges un personnel d'appui et des équipements adéquats, en particulier du

matériel de bureautique et d'informatique, afin qu'ils puissent agir efficacement et sans retard injustifié".

- Principio 5 ("Responsabilités judiciaires") tratta tra altro l'obbligo di astenersi:

"stabsstenir de juger une affaire ou renoncer à agir lorsqu'il existe des justes motifs et uniquement dans ce cas. De tels motifs devraient être définis par la loi et peuvent concerner, par exemple, de graves problèmes de santé, l'existence d'un intérêt personnel en la matière ou l'intérêt de la justice".

- Principio 6 infine ("Exercice défailant des responsabilités et fautes disciplinaires") tratta i procedimenti disciplinari contro magistrati e richiede:

"Lorsque les mesures prévues aux paragraphes 1 et 2 du présent article doivent être prises, les Etats devraient étudier la possibilité de constituer, conformément à une loi, un organe compétent spécial chargé d'appliquer les sanctions et mesures disciplinaires, lorsqu'elles ne sont pas examinées par un tribunal, et dont les décisions devraient être contrôlées par un organe judiciaire supérieur, ou qui serait lui-même un organe judiciaire supérieur. La loi devrait prévoir des procédures appropriées pour que le juge mis en cause bénéficie au moins de toutes les garanties d'une procédure équitable prévues par la Convention, par exemple de la possibilité de faire entendre ses arguments dans un délai raisonnable et d'avoir le droit de répondre à toute accusation portée contre lui".

10. *Arbitrato internazionale.*— Più sopra (1. e 2.) ho parlato dello sviluppo di un "diritto processuale civile europeo". Dato che l'arbitrato è giurisdizione — pur se privatizzata — esso non

deve mancare in una ricapitolazione dei nuovi sviluppi nel diritto del processo internazionale. Al contrario: andando verso un diritto processuale civile europeo i diversi legislatori nazionali hanno fatto proprio nel campo dell'arbitrato i progressi più rilevanti verso un diritto comune. In questo campo esiste – vale a dire – una vera concorrenza dei sistemi giuridici per avere l'ordinamento più attraente – l'arbitrato è un mercato con cui si può fare soldi; in Svizzera per esempio l'arbitrato è un vero prodotto d'esportazione di gran successo! Per questo motivo gli Stati sono interessati ad attrarre quanto più possibile arbitrato internazionale nel proprio Paese. A questo punto ha accennato giustamente *Schlosser* nella sua relazione al simposio della IAPL nel 1993 a Lublin (43).

Al simposio di Tubinga 1991 – già summenzionato – ho presentato un rapporto generale su questo sviluppo – anche fuori dell'Europa occidentale. Perciò posso far rinvio a quella relazione (44) e limitarmi qui ad indicare tre nuovi leggi o disegni di legge emanati dopo quel simposio del 1991:

a) Il 17 aprile 1994 è entrata in vigore in *Italia* la legge N. 25 del 5 gennaio 1994. Questa legge ha completamente cambiato la normativa dell'arbitrato in Italia, e non solo dell'arbitrato nazionale ma anche – e particolarmente – di quello internazionale. Come in occasione della riforma dell'arbitrato del 1983 (legge Nr. 28 del 9 febbraio 1983), che aveva già portato delle importanti novità, la tecnica seguita è stata anche ora la “novella”, con cui praticamente tutte le norme del titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile Italiano (Artt. 806–831: “Dell'arbitrato”) sono stati riformulati di nuovo; inoltre il titolo VIII è stato ampliato per far spazio a norme nuove (Artt. 832–840),

(43) S. SCHLOSSER, *Die Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit? Erfahrungen aus den Arbeiten an einem neuen deutschen Schiedsgerichtsgesetz*, in: *Unity of Civil Procedural Law and its National Divergencies*, Lublin, 1994, s. 144.

(44) *Neuere Probleme der privaten Schiedsgerichtsbarkeit in Europa*, in: *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, (oben Fn. 2), s. 111.

che trattano sotto i titoli "Arbitrato internazionale" resp. "Dei lodi stranieri" specificamente dell'arbitrato internazionale (incluso riconoscimento ed esecuzione forzata di lodi stranieri) (45).

Quanto al *contenuto* della novella l'Italia si è significativamente riferita – sulla base delle proposte dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato (AIA) – fortemente all'UNCITRAL Model Law e alla Convenzione di New York dal 10 gennaio 1958 e si è dato in tal modo uno strumento molto moderno e molto utile. L'attrattiva dell'Italia come sede per tribunali arbitrali è certamente stata promossa in notevole grado per via di questa novella

b) La *Germania* vuole percorrere la stessa via. Dopo che l'Istituto Tedesco per l'Arbitrato si è impegnato molto per una recezione dell'UNCITRAL Model Law nel diritto tedesco, il governo ha istituito una commissione d'esperti che ha ormai terminato il suo lavoro. La "commissione per il nuovo ordinamento dell'arbitrato" ha presentato il suo "rapporto includente un disegno di legge per la riforma del decimo libro della ZPO". Tale rapporto è stato pubblicato nel febbraio 1994 dal governo e messo a disposizione dei circoli interessati per eventuali prese di posizione. Il disegno di legge copre – andando al di là della Model Law – tutti gli arbitrati, dunque anche quelli di carattere puramente nazionale.

c) L'*Inghilterra* aveva introdotto l'Arbitration Act nel 1979 e così cambiato parzialmente la legge del 1950. Ma anche qui lo sviluppo tempestoso dell'arbitrato ha reso necessaria una riforma ulteriore. Ecco che il Department of Trade and Industry – nel febbraio 1994 – ha pubblicato un "Draft Arbitration Bill" e l'ha sottoposto alla pubblica discussione. Tale progetto si discosta coscientemente dal Model Law. Questo fatto gli ha però procurato diffidenza da parte degli specialisti, che gli hanno mosso il rimprovero della carente "user-friendliness" e "accessibility".

(45) S. dazu ausführlich GERHARD WALTER, *Neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Italien*, RIW, 1995, s. 445.

Vedremo con grande interesse come le cose andranno sviluppandosi nella storica sede d'arbitrato di Londra.

Il *bill* dovrebbe essere sottoposto al parlamento nel settembre 1995; assumendo un *iter* normale potrebbe essere varato durante la prossima sessione.

d) Alcuni altri Stati hanno preso l'UNCITRAL Model Law, con modifiche di variabile entità, come modello per il proprio ordinamento; oltre gli ordinamenti già menzionati da me al "Symposium" (46) si tratta di Bermuda, Messico, Perù, Finlandia, Russia, Ucraina e Tunisia

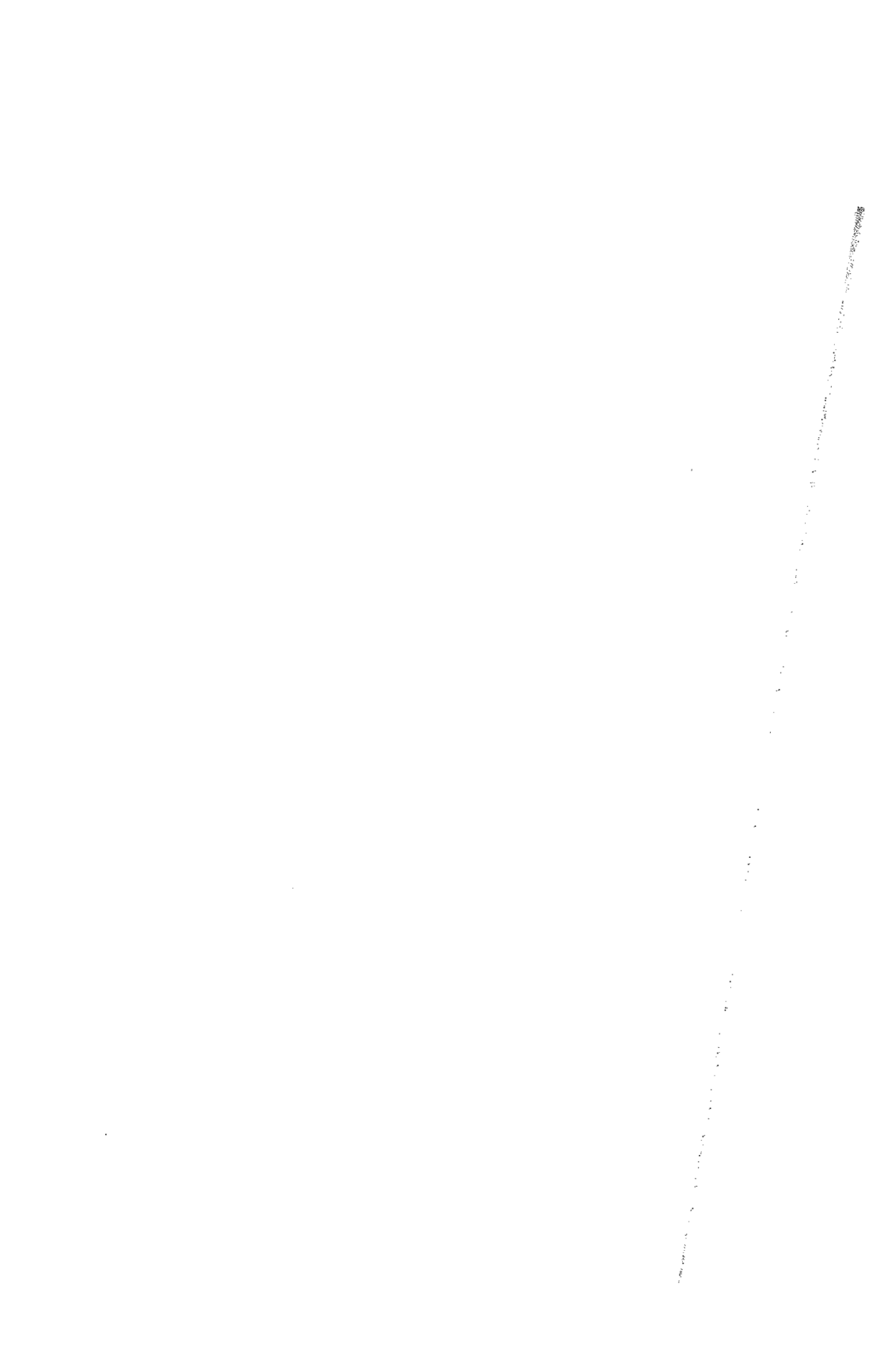
e) - Da riferire c'è finalmente di una nuova istituzione dell'arbitrato internazionale, cioè dal WIPO (World Intellectual Property Organisation) Arbitration Center con sede a Ginevra. Al mazzo già molto colorato dell'arbitrato istituzionalizzato (47) si è così aggiunto un nuovo fiore. Per controversie internazionali tra privati riguardanti la proprietà intellettuale il centro mette a disposizione i suoi servizi, regolati dalle WIPO Mediation Rules e WIPO Arbitration Rules.

C. CONCLUSIONE.— È affascinante constatare come sia in Europa sia in altre regioni del mondo o persino a livello globale, si manifestino tendenze all'unificazione o almeno all'armonizzazione del diritto processuale. In tal modo non si tratta più di comparare differenze fra le diverse culture giuridiche; si tratta piuttosto di costruire le fondamenta di un processo che sia espressione di un ordinamento giuridico transnazionale.

(46) S. Fn. 2, *aaO*, s. 114.

(47) S. dazu SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Verlag C.H. Beck, 5. Aufl., München 1995, Kap. 1, III, (s. 6) sowie Kap. 41, III, (s. 374).

RELAZIONI GENERALI
GENERAL REPORTS



PETER GOTTWALD

INTERNATIONALE
SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

Gliederung: Seite

I

RECHT UND PRAXIS DER INTERNATIONALEN SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

1. Bedeutung internationaler Schiedsgerichte
2. Der Bereich internationaler Schiedsgerichte
3. Allgemeine Haltung gegenüber Schiedsgerichten
4. Pro und Contra
5. Entwicklungen des Schiedsrechts
6. Internationalisierung des Schiedsrechts

II

VERTRAGLICHE UND INSTITUTIONELLE GRUNDLAGEN

7. Internationale Schiedsvereinbarungen und anwendbares Recht
8. Parteiautonomie
9. Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag
10. Objektive Schiedsfähigkeit
11. Subjektive Schiedsfähigkeit
12. Bestandteile der Schiedsvereinbarung
13. Form der Schiedsvereinbarung
14. Die Reichweite der Schiedsvereinbarung
15. Der Sitz des Schiedsgerichts
16. Folgen der Schiedsvereinbarung

17. Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen
18. Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit
19. Einwendungen gegen die Verfahrenseinleitung
20. Schiedsorganisationen
21. Beziehungen Parteien - Schiedsorganisation
22. Dienstleistungsangebot der Schiedsorganisationen
23. Neue Schiedsgerichtsordnungen
24. Verhältnis institutioneller zu ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit
25. Auswahl und Zahl der Schiedsrichter
26. Beziehungen zwischen Partei und Schiedsrichter
27. Auf den Schiedsrichtervertrag anwendbares Recht
28. Rechte und Pflichten der Schiedsrichter
29. Haftung oder Immunität der Schiedsrichter
30. Pflicht zur Verschwiegenheit
31. Verhaltensstandards für Schiedsrichter

III

DAS SCHIEDSVERFAHREN

32. Die Konstituierung des Schiedsgerichts
33. Schiedsverfahrensrecht
34. Terms of Reference
35. Ablehnung der Schiedsrichter
36. Verfahrensarten
37. Vorläufiger Rechtsschutz
38. Befugnisse der Schiedsrichter
39. Kompetenz-Kompetenz
40. Sachaufklärung und Beweiserhebung durch das Schiedsgericht
41. Rechtshilfe des Gerichts bei der Beweisaufnahme
42. Rechtshilfe bei der Zustellung
43. Erlaß des Schiedsspruchs
44. In der Sache anwendbares Recht
45. Beachtung ausländischer Eingriffsnormen

46. Anwendung transnationalen Rechts
47. Billigkeitsschiedsspruch
49. Kosten der Schiedsrichter und der Schiedsorganisation
50. Kostenvorschüsse
51. Abschließende Kostenfestsetzung
52. Bestätigung des Schiedsspruchs durch die Schiedsorganisation

IV

VERFAHREN NACH ERLAß DES SCHIEDSSPRUCHS

53. Registrierung des Schiedsspruchs
54. Berichtigung, Auslegung und Ergänzung des Schiedsspruchs
55. Rechtsbehelfe innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit
56. Berufung an das staatliche Gericht
57. Aufhebungsklage bzw. Nichtigkeitsbeschwerde
58. Wiedereröffnung des Schiedsverfahrens oder Verbrauch der Schiedsvereinbarung
59. Nationale und a-nationale Schiedssprüche
60. Aufhebung des Schiedsspruchs durch das staatliche Gericht
92
61. Einfluß internationaler Übereinkommen
62. Verzicht auf die Anfechtung des Schiedsspruches oder Ausschluß der Anfechtung
63. Überschreitung des Schiedsauftrags
64. Verstoß gegen das Schiedsverfahrensrecht
65. Verstoß gegen den internationalen ordre public
66. Anerkennung und Vollstreckung
67. Vollstreckungsverfahren
68. Schiedsvergleiche

V

KÜNFTIGE ENTWICKLUNGEN DES RECHTS
DER INTERNATIONALEN
HANDELSCHIEDSGERICHTSBARKEIT

69. Bedarf für weitere Regelung und Modernisierung
70. Anpassung der Schiedsregeln an die Bedürfnisse der internationalen Wirtschaft
71. Informationen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit
72. Erreichtes und offene Ziele

I

RECHT UND PRAXIS DER INTERNATIONALEN SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

1. *Bedeutung internationaler Schiedsgerichte.*— *a)* Internationale Handelsschiedsgerichte entscheiden über Streitigkeiten aus internationalen Handels und Wirtschaftsgeschäften jeder Art. Da 90% aller internationalen Verträge Schiedsklauseln enthalten, bilden sie daher in der Praxis das wichtigste Instrument der Streitbeilegung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr. Viele meinen gar, mangels einer internationalen Handelsggerichtsbarkeit seien Schiedsgerichte die einzige befriedigende Möglichkeit der Streitentscheidung.

Internationale Schiedsgerichte entscheiden heute über alle Streitsachen, die nicht ausschließlich vom Völkerrecht oder Verwaltungsrecht erfaßt sind. Schiedsgerichte wie nach dem Weltbankübereinkommen (ICSID oder nach der Regelung der multilateralen Investitionsgarantieagentur (MIGA), die Iran US Tribunals oder die UN Compensation Commission, die über Ersatzansprüche gegen den Irak wegen des Golfkriegs entscheidet, gehören deshalb ebenfalls zum Thema. Ihre Existenz und Ausgestaltung hat Auswirkungen auf den internationalen Wirtschaftsverkehr und gehört deshalb zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

b) Was für den internen Rechtsverkehr die staatlichen (ordentlichen Gerichte) sind, sind im internationalen Wirtschaftsverkehr die Schiedsgerichte. Sie sind die eigentlichen neutralen Mechanismen der Streiterörterung, - schlichtung und -entscheidung für internationale Wirtschaftsstreitigkeiten, weil

keine Seite ihr Recht vor den "Gerichten des Gegners" suchen will Klagen vor staatlichen Gerichten sind allenfalls die Folge unwirksamer, lückenhafter oder vergessener Schiedsvereinbarungen, oder die Folge mißglückter Schiedsverfahren und im allgemeinen von allen Beteiligten nicht gewünscht.

Die Tendenz zur Liberalisierung internationaler Schiedsverfahren nach dem Prinzip der Privatautonomie ist ungebrochen.

Dennoch wird das UNCITRAL Model Law bereits als Minimalkompromiß diskreditiert und das Ergebnis aller Reformen sarkastisch als "Delaware-Effekt" charakterisiert.

ç) Dieser Bericht will den Status quo der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in wichtigen Schiedsstaaten erfassen, soweit möglich Probleme verdeutlichen und Vorschläge zur Verbesserung der Rechtslage aufzeigen.

Dieser Rechtsvergleich beruht auf folgenden Landesberichten:

- Reinhard Bork, Hamburg (Deutschland)
- Antonio Briguglio, Rom (Italien)
- Thomas E. Carbonneau, New Orleans (U.S.A.)
- Carlos Alberto Carmona, Sao Paulo (Brasilien)
- Edward C. Chiasson, Vancouver (Kanada)
- Jacques El-Hakim, Damascus (Syrien)
- Hans W. Fasching, Wien (Österreich)
- Philippe Fouchard, Paris (Frankreich)
- Hans van Houtte, Antwerpen (Belgien)
- Stelios Koussoulis, Athen (Griechenland)
- Bengt Lindell, Uppsala (Schweden)
- Filip de Ly, Utrecht/Rotterdam (Niederlande)
- Robert Morgan, Hong kong (Hong kong)
- Allan Philip, Kopenhagen (Dänemark)
- Sang Hyun Song, Seoul (Korea)
- Yasuo Ueno, Osaka (Japan)
- Alexander Verschinin, St.Petersburg (Rußland)
- Gerhard Walter, Bern (Schweiz)

Für ihre wertvollen Informationen danke ich ihnen allen

sehr herzlich; ohne ihre Hilfe wäre dieser Bericht nicht möglich gewesen.

Die nachfolgende Darstellung folgt dem Fragebogen, der an die Berichterstatter versandt wurde.

2. *Der Bereich internationaler Schiedsgerichtsbarkeit.*— Internationale Schiedsgerichtsbarkeit wird höchst unterschiedlich abgegrenzt.

a) Manche Staaten grenzen *sachlich* ab. In Frankreich ist eine Arbitrage internationale, wenn sie die Interessen des internationalen Handels berührt (Art. 1492 NCPC) (1). Abgestellt wird damit weder auf das anwendbare materielle oder Verfahrensrecht, den Willen oder die Nationalität der Parteien, sondern auf ein (objektives) wirtschaftliches Kriterium, eine grenzüberschreitende Warenlieferung, Dienstleistung oder einen Kapitaltransfer.

b) Andere Länder, wie die Schweiz, stellen darauf ab, ob eine *Partei* ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Inland hat (Art. 176 I schweizIPRG) (2). Ebenso entscheidet Schweden (3). Belgien verlangt, daß beide Parteien keinen Bezug zum Inland haben (Art. 1717 IV belgCJ) (4).

c) Man kann beide Ansätze einengen, indem man sie wie Art. 1 I (a) EuÜ miteinander *kombiniert*. Anwendbar ist das Übereinkommen nur auf internationale Handelsgeschäfte bei zusätzlicher Wohnsitzverschiedenheit der Parteien. Ähnlich kombiniert man in Griechenland internationalen Handel mit einem ausländischen Sitz des Schiedsgerichts (5).

d) Ziemlich liberal ist dagegen Art. 1 III UNCITRAL-ML. Die Bestimmung stellt *alternativ* auf die bisherigen Kriterien

(1) FOUCHARD, LB Nr. 1.

(2) Vgl. WALTER, LB Nr. 2.

(3) LINDELL, LB Nr. 1.

(4) Vgl. VAN HOUTTE, LB Nr. 2.

(5) KOUSSOULIS, LB Nr. 1, 2.

oder auf den Sitz des Schiedsgerichts ab. Dieser alternativen, sehr liberalen Anknüpfung folgt auch das italienische Reformgesetz in Art. 832 I CPC (vom 5.1.1994) (6).

e) Andere Staaten halten eine Abgrenzung für zu schwierig und auch eine unterschiedliche Regelung *internationaler und nationaler Verfahren* nicht für sachgerecht. *Einheitliche Regeln* besitzen oder streben doch an die Niederlande (7), Deutschland (8), Brasilien (9), England (10), Griechenland (11), Japan (12), Österreich (13) und Syrien (14). Für sie hat die Unterscheidung ohnehin keine Bedeutung. Voraussetzung für eine befriedigende einheitliche Regelung ist aber, daß das Land für interne Verfahren eine ebenso liberale Regelung akzeptiert wie für internationale Fälle. Eine solch liberale Haltung gewinnt international zwar an Einfluß; sie hat sich aber beileibe noch nicht in allen Ländern durchgesetzt.

Um die Untersuchung nicht vorzeitig einzuengen, empfiehlt es sich, alle Fälle einzubeziehen, in denen eine Schiedssache einen nationalen Rahmen übersteigendes internationales Element aufweist, so daß alle Streitsachen hier einbezogen werden sollen, die nach einer der in der Praxis gängigen Definitionen zum Kreis der internationalen Schiedssachen gehören.

3. *Allgemeine Haltung gegenüber Schiedsgerichten.*— Die Ausweitung des internationalen Handels hat überall dazu

(6) BRIGUGLIO, LB Nr. 2.1 et seq.

(7) DELY, LB Nr. 2.

(8) BORK, LB Nr. 2; *Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts*, 1994, s. 11 sowie Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts (12.7.1996), BT-Drucks. 13/5274, s. 25.

(9) CARMONA, LB Nr. 4.

(10) *Arbitration Act* 1996 (vom 17.6.1996), c. 23.

(11) KOUSSOULIS, LB s. 1.

(12) UENO, LB I 1.

(13) FASCHING, LB Nr. 1.

(14) EL-HAKIM, LB Nr. 2 (Staatsunternehmen könnten allerdings "internationale Verträge" schließen und die Literatur neige zur französischen Lösung).

geführt, daß auch die wirtschaftliche Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit erkannt wurde. Bei vielen Reformen der letzten Jahre wurde nicht nur versucht, technische Regeln zu erneuern oder aufzustellen, sondern eine staatliche Rahmenordnung zu schaffen, von der eine "schiedsfreundliche" Atmosphäre ausgeht, in der staatliche Gerichte die privaten Schiedsgerichte nicht als feindliche Konkurrenten, sondern als sinnvolle Partner ansehen, denen soweit nötig Hilfe zu gewähren und die nicht primär zu kontrollieren oder in deren Tätigkeit sich einzumischen gilt.

In Japan und Korea spielt die bloße Schlichtung (mediation) eine weitaus größere Rolle als die Schiedsgerichtsbarkeit.

4. *Pro und Contra.*— a) Als generelle *Vorteile* internationaler Schiedsgerichte werden die Möglichkeit der Wahl qualifizierter Richter mit speziellen Rechtskenntnissen und Erfahrungen im internationalen Wirtschaftsverkehr (15) und der daraus resultierende stärkere Befriedigungseffekt, die internationale Neutralität des Gerichts, Schnelligkeit, Kostenersparnis, Vertraulichkeit, die freie Wahl des anwendbaren Rechts, der Verfahrenssprache (16), von Verfahrensort, -zeit und Verfahrensrecht einschließlich der Möglichkeit, sich vertrauter Anwälte zu bedienen und die leichtere Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs genannt (17). Durch internationale Schiedsverfahren sollen sogar Probleme der internationalen Rechtshängigkeit vermieden werden (18). In Ländern mit common law-Prozeß wird weiter betont, daß vor dem Schiedsgericht eine bessere Prozeßleitung (case management) stattfindet (19).

(15) FASCHING, LB Nr. 4.

(16) BORK, LB Nr. 4.

(17) Vgl. DE LY, LB Nr. 4; MORGAN, LB Nr. 4.1.

(18) UENO, LB Nr. 4.

(19) MORGAN, LB Nr. 4.1.4.

b) Manche dieser klassischen Vorteile haben für internationale Fälle aber allenfalls *relative Gültigkeit*. Von der schnellsten, billigsten und einer der Wirtschaft angemessensten Art der Streitentscheidung ist man vielfach weit entfernt. Mit etwa zwei Jahren Verfahrensdauer im Durchschnitt sind die Verfahren in der Regel kaum schneller als staatliche Gerichtsverfahren in modernen Industriestaaten. Die Verfahren seien eine Kopie des „trial in court“, ohne daß die Schiedsrichter die Macht eines staatlichen Gerichts besäßen, Verzögerungstaktiken zu unterbinden und insbesondere die Anwälte der Beklagten zu einer sachgerechten Mitwirkung anzuhalten. Auch hängt es von der Kompetenz und Seriosität der gewählten Schiedsrichter ab, ob die Parteien ein solides Urteil oder gleichsam nur eine Kadi-Entscheidung erhalten.

Die Kosten für drei Schiedsrichter, für die beteiligten Anwälte, für Schiedsinstitutionen sowie Nebenkosten für Reisen, Übernachtungen usf. sind häufig so hoch, daß sie kaum geringer sind als die Kosten eines mehrinstanzlichen staatlichen Verfahrens (20). Verfahren nach „kontinentalem“ Stil sind konzentrierter als das stärker mündliche common law-Verfahren und damit möglicherweise billiger.

c) Als *Nachteile* werden gesehen: Der Ausschluß der Obersten Gerichte von der Rechtsfortbildung in wichtigen Bereichen, die fehlende Transparenz über die durch Schiedsgerichte praktizierte oder geschaffene Rechtslage, (21) auch die Möglichkeit, das Verfahren bei lückenhafter Regelung zu „torpedieren“ (22). Weitere Nachteile seien die Abhängigkeit des Verfahrens und der Macht des Schiedsgerichts von der Parteivereinbarung, die Freiheit, volle „adversarial procedures“ zu wählen und das Fehlen eines „summary judgment“ in Fällen ohne vernünftige Verteidigung (23). Vielfach wird schließlich

(20) Österreich, FASCHING, LB Nr. 4; Korea, SONG, LB s. 23f.

(21) LINDELL, LB s. 2; MORGAN, LB Nr. 4.2.6.

(22) BORK, LB Nr. 4.

(23) MORGAN, LB Nr. 4.2.4 und 5.

beklagt, daß sich Schiedsrichter als Interessenvertreter ihrer Partei verstehen.

Internationale Schiedsgerichte haben ihre Vorteile, aber u.U. auch Nachteile. Die Parteien müssen pro und contra selbst abwägen und sich frei für ein staatliches Gericht oder ein Schiedsgericht entscheiden. Für Privatverträge sollte daher kein gesetzlicher Zwang zum Schiedsverfahren bestehen.

5. *Entwicklungen des Schiedsrechts.*— a) Die Liberalisierung des internationalen Wirtschaftsverkehrs hat zu einer immensen *Erweiterung* des internationalen Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs geführt. Als Folge haben auch internationale Schiedsverfahren an Zahl und wirtschaftlicher Bedeutung zugenommen. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist zur *Wachstumsindustrie*, zum eigenen Markt mit einem klassischen Anbieterwettbewerb geworden. Um dabei bestehen zu können, haben sehr viele Staaten ihr Schiedsrecht ganz oder doch für internationale Streitigkeiten reformiert. Für Europa sind England (1979 und 1996), Irland (1980), Frankreich (1981), Österreich (1983), Belgien (1985), die Niederlande (1986), Deutschland (1986), Portugal (1986), Spanien (1988), die Schweiz (1989), Finnland (1990), Slowenien, Italien (1994), Moldavien und Tschechien zu nennen.

b) Seit 1985 bildet das *UNCITRAL Model Law* nicht nur für Europa, sondern weltweit zunehmend das Vorbild für die einzelstaatlichen Neuordnungen oder doch das Leitbild, mit dem sich diese positiv oder negativ auseinandersetzen müssen. Übernommen wurde das *UNCITRAL Model Law* in Australien (1989), Bahrain (1994), Bermuda (1993), Bulgarien (1988/93), in Kanada (Bund und Einzelprovinzen) (1986), China, Zypern (1987), Ägypten (1994), Finnland (1992), Hongkong (1990), Mexiko (1993), Nigeria (1988), Peru (1992), Rumänien, in Rußland (1993), Schottland (1990), Singapur (1995), Tunesien (1993), Ukraine (1994), Ungarn sowie in den USA von

Kalifornien, Connecticut, North Carolina, Oregon und Texas, in der Sache auch von Florida, Georgia und Hawaii.

In diesem Sinne stehen Reformen des Schiedsrechts an oder werden diskutiert in Brasilien, Deutschland, Indien, Japan, Kenia, Neuseeland, Polen, Schweden und Zimbabwe. England lehnte das Modellgesetz ursprünglich ab, hat das bisherige Recht aber 1996 weitgehend nach dem Modellgesetz reformiert, jedoch in einigen Punkten am "common law" festgehalten (24).

Auch wenn das UNCITRAL Model Law teilweise Kompromisse enthält: Auf jeden Fall hat es dazu geführt, daß die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als besonderer Rechtsbereich anerkannt worden ist, der von nationalen Besonderheiten weitgehend befreit sein sollte.

c) Auch die *Entwicklungs- und Schwellenländer*, die aus historischen, politischen oder religiösen Gründen der Schiedsgerichtsbarkeit ablehnend gegenüberstanden, beginnen sich neu zu orientieren.

Neuregelungen werden aus den *arabischen Staaten* gemeldet: aus Algerien, dem Libanon, Saudi Arabien, den Vereinigten Arabischen Emiraten, Qatar, Syrien und dem Yemen. Selbst in das Schiedsrecht der *mittel- und südamerikanischen Länder* ist Bewegung geraten, Neuordnungen gibt es u.a. in Kolumbien. Gleiches gilt für Mittel-/Ost-Europa, Südostasien, Indonesien, Thailand und Vietnam.

Das Neue an der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist danach, daß sie wirklich weltweit und "multikulturell" geworden ist. Sie dreht sich nicht länger einfach um die Achse London-Paris-Zürich, vielmehr behaupten sich neue Schiedszentren, etwa in Hongkong, Kairo und Kuala Lumpur. ICC-Schiedsgerichtsbarkeit, UNCITRAL-Regeln, London Court of Arbitration, American Arbitration Association und

(24) Vgl. R. MORGAN, *The English Arbitration Act 1996 and Reform of Arbitration Law in Hongkong and Singapore*, *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 11 (12) (1996), 1ff.

Schiedsgerichtsbarkeit des Asian-African Legal Consultative Committee konkurrieren u.a. miteinander.

d) Mit dieser Internationalisierung einher geht eine ungeheure Ausweitung des *Schrifttums* zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Allein folgende Zeitschriften befassen sich ausschließlich mit Fragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit:

- Arbitration International
- The Arbitration Journal
- The American Review of International Arbitration
- The ICC International Court of Arbitration Bulletin
- Inter-American Arbitration
- International Arbitration Gazette
- International Arbitration Report
- Journal of International Arbitration
- World Arbitration and Mediation Report
- Yearbook Commercial Arbitration

Hinzu kommen in vielen Ländern nationale oder regional verbreitete Zeitschriften zur Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere die über Frankreich hinaus bedeutende

- Revue de l'Arbitrage

Das Schrifttum (in Monographien, Textsammlungen und Aufsätzen) ist in den letzten Jahren explodiert und nicht mehr zu überblicken. Kaum ein Rechtsgebiet ist derart intensiv und exzessiv bis ins Detail bearbeitet worden.

e) Lediglich bei den *internationalen Übereinkommen* herrscht trotz mancher Vorschläge zur Ergänzung oder Verbesserung Ruhe.

Das klassische New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 setzt seinen Siegeszug fort und wird jährlich von weiteren Staaten ratifiziert.

In Europa konnte sich seit dem Genfer Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961 kein weiteres Übereinkommen behaupten. Das

Straßburger Europäische Übereinkommen über ein einheitliches Recht für die Schiedsgerichtsbarkeit von 1966 ist nur von Belgien und Österreich ratifiziert worden und hat sich damit nicht durchgesetzt.

Das Moskauer Übereinkommen über die schiedsgerichtliche Entscheidung von Zivilrechtsstreitigkeiten aus Beziehungen der wirtschaftlichen und wissenschaftlich-technischen Zusammenarbeit vom 26.5.1972 ist seit dem Zusammenbruch des COMECON praktisch überholt.

Dagegen wurden in Amerika 1975 in Panama die Inter-American Convention on International Commercial Arbitration und 1979 die Inter-American Convention on the Extraterritorial Effects of Foreign Judgements and Awards von Montevideo ein neues Vertragswerk verabschiedet. 1987 haben schließlich die arabischen Staaten in Amman ein Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit geschlossen, das das Übereinkommen der Arabischen Liga vom 14.9.1952 ergänzen soll.

Seit Beginn der achtziger Jahre geht der Impuls für Reformen vom Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law aus, das die Vollversammlung der Vereinten Nationen den Mitgliedstaaten am 11.12.1985 zur angemessenen Berücksichtigung bei der Erneuerung ihres Schiedsrechts empfohlen hat. Dieses Model Law wird als eine Art Standard eines modernen Schiedsrechts angesehen. Es hat seither einen gewissen Siegeszug angetreten, nachdem es selbst relativ liberal abgefaßt ist, Leitlinien für die Ausfüllung lückenhafter Vereinbarungen enthält und den Staaten bei der Umsetzung größere Freiheit als ein Staatsvertrag gewährt.

6. *Internationalisierung des Schiedsrechts.*— Internationalisierung oder Denationalisierung des Schiedsrechts hat man als eine der wichtigsten Elemente für Entwicklung und Akzeptanz eines geeigneten und effektiven Schiedssystems bezeichnet.

Der bedeutendste Schritt in diese Richtung war die Verabschiedung des UNCITRAL-Modellgesetzes 1985. Es räumt den Parteien zwar Freiheit in der Wahl von Verfahrensrecht und in der Sache anwendbarem Recht ein, erkennt aber denationalisierte Schiedsverfahren nicht an.



II

VERTRAGLICHE UND INSTITUTIONELLE GRUNDLAGEN

7. *Internationale Schiedsvereinbarungen und anwendbares Recht.*
Ordnet man Schiedsvereinbarungen als Prozeßverträge ein, so könnte man ihren Abschluß und ihre Gültigkeit wie generell im Prozeßrecht nach der jeweiligen *lex fori* beurteilen. Diese rein prozessuale Lösung hat aber den entscheidenden Nachteil, daß man in Grenzfällen bis zuletzt nicht weiß, nach welcher Rechtsordnung die Vereinbarung geschlossen werden kann und ob sie wirksam ist oder nicht. International wird die Schiedsvereinbarung daher meist dem Vertragsrecht unterstellt.

a) Deshalb ist anerkannt, daß die Parteien Schiedsvereinbarungen aufgrund ihrer *Parteiautonomie* einer bestimmten Rechtsordnung unterstellen können (1). In Deutschland schränkt man freilich ein, daß die Anerkennungshindernisse nach Art. V (1) (a) UNÜ sowie Art. VI (2) (c) EuÜ bereits die Rechtswahl der Parteien einschränken (2).

b) Fehlt eine Parteivereinbarung, so ist im einzelnen streitig, von welcher Rechtsordnung auszugehen ist. Manche wenden das "*proper law of the contract*" wie bei anderen Verträgen an (3). Damit entsteht sogleich die Frage, wo sich denn nun (in der Regel) der Vertragsschwerpunkt befindet, am Sitz der Par-

(1) So in Schweden, LINDELL, LB II A; in Japan, UENO, LB Nr. 8; in den Niederlanden, DE LY, LB Nr. 9; in Deutschland, BORK, LB Nr. 8; in der Schweiz, WALTER, LB Nr. 7b; in Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 8-10.

(2) BORK, LB Nr. 8.

(3) So Hongkong, MORGAN, LB Nr. 8.2.

teien oder am Ort des Vertragsschlusses (4), am Wohnsitz der Schiedsrichter, am Ort des Schiedsverfahrens (5) oder dem Ort der Ausfertigung des Schiedsspruchs (6).

In *Frankreich* geht man von der Autonomie der Schiedsvereinbarung gegenüber dem Hauptvertrag (s.u. 9.) aus und verwirft in "fortschrittlicher Weise" jede kollisionsrechtliche Beurteilung. Bestand und Wirkung der Schiedsklausel richten sich danach vorbehaltlich zwingender Regeln des französischen Rechts und des *ordre public international* nur nach dem gemeinsamen Willen der Parteien, ohne daß das Recht eines bestimmten Staates anzuwenden wäre (7). In der Tat stellt der NCPC für internationale Schiedsvereinbarungen keine Regeln auf.

In *Belgien* stellt man für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung auf das auf den Hauptvertrag anzuwendende Recht ab, sofern sich die Parteien nicht ausdrücklich einer anderen Rechtsordnung unterstellt haben (8) Dies ist auch die Haltung in den *Niederlanden*. Hilfsweise stellt man hier auf die *lex loci arbitri* ab, falls sonst ein untragbares Ergebnis entstünde (9).

In *Österreich* stellt man mangels Rechtswahl auf das Recht ab, nach dem der Schiedsspruch ergangen ist. Vor seinem Erlaß wird auf das Kollisionsrecht des angerufenen staatlichen Gerichts abgestellt (10). In der *Schweiz* wird stets alternativ auf das gewählte Recht, das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht oder auf das Schweizer Recht abgestellt (Art. 178 II IPRG). In *Japan* stellt die h.M. auf das Recht am Ort des Schiedsverfahrens

(4) So in Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 8-10.

(5) So in Deutschland, BORK, LB Nr. 8 (der Regierungsentwurf enthält keine Regelung); im common law, z.B. in Hongkong, MORGAN, LB Nr. 8.3.

(6) In Griechenland gibt es Vertreter aller Meinungen; vgl. KOUSSOULIS, LB II.2.

(7) *L'arrêt "Dalicó"*, *Cour de Cassation* (1re Ch. civ.), *Rev. arb.* 1994, 116; FOUCHARD, LB Nr. 8.

(8) VAN HOUTTE, LB Nr. 8.

(9) DE LY, LB Nr. 9.

(10) FASCHING, LB Nr. 8.

ab (11). Am liberalsten sind wohl die USA, die sämtliche Rechtswahlfragen dem Ermessen der Schiedsrichter überlassen (12).

c) Das *Modellgesetz* (Art. 34 II (a) (i), 36 I (a) (i) UNCITRAL-ML), aber auch das UNÜ (Art. V (1) (d), (e)) stellen primär auf das vereinbarte Recht, hilfsweise auf das Recht am Sitz des Schiedsgerichts ab. Dieser "Sitz" ist allerdings mehr ein Ort rechtlicher Zuordnung und nicht notwendig der Ort tatsächlicher Verhandlung und Beratung.

Das danach anwendbare Recht entscheidet, ob die betreffende Partei überhaupt einer Schiedsklausel zugestimmt hat und ob diese Erklärung gültig ist.

8. *Parteiautonomie*.— a) Die *Parteiautonomie* wird nahezu überall in den Grenzen des *ordre public* anerkannt (13).

Im Schiedsvertrag legen die Parteien fest, wer Schiedsrichter sein soll, welches Verfahren die Schiedsrichter befolgen sollen und unterstellen Schiedsvertrag sowie Schiedsverfahren einer vereinbarten Rechtsordnung (14).

Nach französischem Recht ist die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung "autonom", d.h. unabhängig von einer bestimmten nationalen Rechtsordnung zu beurteilen. Vorschriften, die für nationale Schiedsgerichte zwingend sind, gelten für internationale Schiedsgerichte nur bei Fehlen einer abweichenden Vereinbarung (Art. 1495 NCPC).

Die Fähigkeit, Verträge zu schließen, umfaßt nach Art. 808 al. 3 ital. c.p.c. ausdrücklich die Macht, Schiedsvereinbarungen zu treffen.

(11) UENO, LB Nr. 8.

(12) CARBONNEAU, LB II Nr. 8.

(13) Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 9; Schweden, LINDELL, LB s. 2; Japan, UENO, LB Nr. 9; Deutschland, BORK, LB Nr. 9; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 9.1; Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 8-10.

(14) Dänemark, PHILIP, LB Nr. II A.

In den meisten Staaten kann man inzwischen Schiedsverträge über Streitigkeiten aus konkreten Rechtsverhältnissen auch schon vor Beginn von Streitigkeiten abschließen. Schwierigkeiten bestehen weiterhin in Lateinamerika, insbesondere in Brasilien, wo die Schiedsvereinbarung lediglich das unklagbare Versprechen zum Abschluß eines Schiedsvertrages begründet.

b) *Ordre public-Grenzen* werden in Handelssachen zwar als möglich angesehen, spielen aber nach fast allgemeiner Ansicht kaum eine Rolle (15). Dies ist sicherlich so, wenn man die Schiedsfähigkeit auf alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten ausdehnt (16). Anders ist es dagegen, wenn man List, Zwang und wirtschaftliche Übermacht beim Abschluß der Schiedsvereinbarung als Teil des *ordre public* begreift (17). Anders verhält es sich auch, wenn man über Handelsstreitigkeiten hinausgeht und den zwingenden Schutz von Verbrauchern, Mietern und Arbeitnehmern im nationalen Recht berücksichtigt (18).

9. *Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag.*— Außer in England ist heute allgemein anerkannt, daß die Schiedsvereinbarung oder Schiedsklausel als selbständiger Vertrag anzusehen ist und ihre Wirksamkeit unabhängig von der des Hauptvertrages zu beurteilen ist. Teilweise ist diese Regel wie in Art. 16 I 2, 3 UNCITRAL Model Law ausdrücklich anerkannt (19), teilweise beruht sie auf Rechts-

(15) USA, CARBONNEAU, LB Nr. II 9; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 9.2 (illegale Verträge, illegale Handlungen, Vorbehalt für staatliche Gerichte).

(16) So Schweiz, Art. 177 IPRG, WALTER, LB Nr. 9; s. sogleich Nr. 10.

(17) So in Österreich, FASCHING, LB Nr. 9.

(18) Vgl. FASCHING, LB Nr. 9; VERSCHININ, LB Nr. 9-10.

(19) So in Art. 8 IV ICC-Rules; in Italien Art. 808 III c.p.c. (BRIGUGLIO, LB Nr. 4.3); in Schweden sec. 3 (1) Draft Arb. Act (LINDELL, LB s. 3); in Belgien Art. 1697 II C.J.; in den Niederlanden Art. 1053 R.V. (DE LY, LB Nr. 11); in der Schweiz Art. 178, III, IPRG; in Hongkong, MORGAN, LB Nr. 11; in England Arbitration Act 1996, s. 7

prechung (20). Im Ergebnis fällt deshalb stets in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts die Prüfung, ob der Hauptvertrag wirksam ist, oder etwa welche Wirkung die Zahlung von Bestechungsgeldern auf den Hauptvertrag hat.

10. *Objektive Schiedsfähigkeit.*— a) Die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung.

Nach welcher Rechtsordnung die objektive Schiedsfähigkeit zu beurteilen ist, ist international leider unklar. Art. II (1) UNÜ sowie Art. 7 UNCITRAL-ML lassen die Anknüpfung offen. Für das Anerkennungsstadium stellt Art. V (1) (a) UNÜ (auch Art. 34 (2) (a) (i) ML) auf das von den Parteien vereinbarte Recht, hilfsweise das Recht am Sitz des Schiedsgerichts ab. Art. V (2) (a) UNÜ (sowie Art. 36 (1) (b) (i) ML) läßt zu, daß der Anerkennungsstaat die objektive Schiedsfähigkeit nach seinem eigenen Recht beurteilt. Wendet man diese Regeln analog bereits als Kollisionsregeln an, so ergäbe sich eine kumulative Anknüpfung an das Schiedsvertragsstatut und das Recht des Vollstreckungsstaates. Da diese Doppelanknüpfung zu Schwierigkeiten führt, wollen viele heute nur nach Art. V (2) (a) UNÜ an die *lex fori* des Vollstreckungsstaates bzw. im Einredevorverfahren für Art. II UNÜ ebenfalls auf das Recht des Gerichtsstaates abstellen. Die einheitliche Interpretation der Art. II und Art. V UNÜ soll die internationale Schiedsgerichtsbarkeit erleichtern (21).

Aber diese Ansicht vereinfacht und löst die Probleme nur scheinbar, weil nicht sicher ist, daß die Entscheidung zu beiden

(20) So in Griechenland, KOUSSOULIS, LB s. 6; in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 11; *Municipalité de Khoms El Mergheb c/ Société Dalico*, Cour de Cass. (1re Ch.civ.), *Rev. arb.* 1994, 116; Cour d'appel de Paris, *Rev. arb.* 1995, 275; in Korea, SONG, LB s. 8; in Japan, UENO, LB Nr. 11; in USA, CARBONNEAU, LB Nr. II 11; in Österreich, FASCHING, LB Nr. 11; in Deutschland, BORK, LB Nr. 11; in Brasilien, CARMONA, LB Nr. 12.

(21) DE LY, LB Nr. 10.

Zeitpunkten von den Gerichten desselben Staates gefällt wird. Deshalb wollen manche die objektive Schiedsfähigkeit von vornherein nach dem Recht des künftigen Vollstreckungsstaates beurteilen. Auch diese Ansicht ist aber letztlich nicht praktikabel, weil der Vollstreckungsort vielfach nicht bekannt ist. Außerdem ist es ja gerade der Sinn des UNÜ, eine Freizügigkeit von Schiedssprüchen zu erreichen. Es kann daher nicht das Recht jedes möglichen Vollstreckungsstaates bereits über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. Sicherlich kann auch nicht einfach das Heimatrecht einer jeden Partei maßgebend sein. Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Schiedsklausel (vor Erlass eines Schiedsspruchs bzw. vor Beginn eines Schiedsverfahrens) kann man daher nur auf Bekanntes und damit gemäß Art. II und Art. V (1) (a) UNÜ auf das Schiedsvertragsstatut abstellen. Ist der Streitgegenstand danach schiedsfähig, nicht aber nach dem Recht aller möglichen Vollstreckungsstaaten, so wäre der Spruch in der Tat nichts wert. In diesem Ausnahmefall müßten Schiedsgericht wie staatliche Gerichte wohl doch (entsprechend Art. 7 EVÜ) die Schiedsunfähigkeit nach dem Recht der Vollstreckungsstaaten mit beachten. Aber diese Situation dürfte nur im Ausnahmefall eintreten. Im Regelfall sollte die Zulässigkeit eines Erkenntnisverfahrens nicht von den Chancen der Zwangsvollstreckung abhängen. Eine klare, eindeutige Lösung für alle Fälle ist danach nicht in Sicht und kann es wohl auch nicht geben, wenn man den inneren Zusammenhang zwischen objektiver Schiedsfähigkeit und nationalem *ordre public* bedenkt.

b) Die traditionelle Haltung der meisten Staaten zur objektiven Schiedsfähigkeit ist, daß Ansprüche schiedsfähig sind, über die die *Parteien objektiv verfügen* können (22). Ausgeschlossen sind Schiedsverfahren danach aber nicht nur in Statussa-

(22) So § 1025 I dt. ZPO; § 577 I ZPO; Art. 867 s. 1 griech. ZPO; Art. 1676 I belg. C.J.; § 1020 III niederl. R.V.; § 786 jap. ZPO; Art. 1072 Brasil. ZPO; sec. 1 (1) schwed. Entwurf Arb. Act; ebenso in Korea, SONG, LB s. 7.

chen (23), sondern auch in vielen Bereichen des Gesellschaftsrechts (24). Nach § 91 I GWB sind Kartellsachen in *Deutschland* zwar schiedsfähig; der ordentliche Rechtsweg kann aber (anders als sonst) nicht ausgeschlossen werden. Zweifelhaft ist ferner, ob Streitigkeiten über den Bestand gewerblicher Schutzrechte (Patente, Warenzeichen) oder des Urheberrechts schiedsfähig sind. Auch Börsentermingeschäfte sind inzwischen schiedsfähig. Problematisch, aber überwiegend bejaht wird schließlich die Schiedsfähigkeit von internationalen Währungsverträgen und internationalen Anleihen.

In *Frankreich* verlangt man ebenfalls grundsätzlich Verfügungsbefugnis der Parteien (Art. 2059, 2060 Code Civil). Diese Befugnis wird aber liberal ausgelegt: Schiedsfähig sind danach Fragen des Wettbewerbs- und Kartellrechts (einschließlich des europäischen Kartellrechts), Fragen des geistigen Eigentums und Fragen aus internationalen Arbeitsverträgen. Eine Sache bleibt schiedsfähig, auch wenn das Schiedsgericht zwingendes Recht anzuwenden hat (25). In *Belgien* sind dagegen Fragen des Wettbewerbs- und Kartellrechts, des geistigen Eigentums, internationale Arbeitsverträge und Streitigkeiten aus ausschließlichen Vertriebsverträgen, die belgischem Recht unterliegen, nicht schiedsfähig (26).

Zu restriktiv ist es sicherlich, wenn dem Schiedsgericht die Befugnis abgesprochen wird, eine Regierungsverordnung auszulegen.

In *Südamerika* und vielen Ländern der "Dritten Welt" sind meist nicht schiedsfähig Verträge über Technologietransfer und industrielle Entwicklung, Warenzeichen, Fragen des Kartellrechts, Gesellschaftsrechts, Konkursrechts, der Bodenschätze

(23) Vgl. für Hongkong MORGAN, LB Nr. 10.5.

(24) Vgl. für Deutschland BGH NJW-RR 1987, 1319; für Österreich, FASCHING, LB Nr. 10.

(25) Dalico, Cass.civ. (1ère) (20.12.1993), *Rev. arb.* 1994, 116; Société Aplix c/ Société Velco, Cour d'appel de Paris, *Rev. arb.* 1994, 164; FOUCHARD, LB Nr. 10.

(26) Vgl. VAN HOUTTE, LB Nr. 10.

und der strategischen Aktivitäten. Investitionsverträge sind nur insoweit schiedsfähig, als der Schiedsspruch nicht Fragen der Souveränität des Gastlandes berührt, was freilich zu Schwierigkeiten führen muß (s.u. Nr. 11).

In *Italien* sind alle Streitigkeiten schiedsfähig, die Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein können und nicht durch Sondergesetz ausgeschlossen sind (Art. 806 c.p.c.). Die Kompetenz des Schiedsgerichts entfällt auch nicht, wenn mit einer vor dem staatlichen Gericht anhängigen Streitsache ein Sachzusammenhang besteht (Art. 819 bis c.p.c., eingefügt 1994).

In den *USA* haben die Gerichte den Kreis schiedsfähiger Streitsachen weit gezogen. Schiedsfähig sind danach internationale Börsen- und Wertpapierstreitigkeiten (27), sowie Kartellrechtsstreitigkeiten. Danach kann jeder Anspruch aus einem internationalen Handels- oder Wirtschaftsgeschäft vor ein Schiedsgericht gebracht werden (28). In der Literatur ist zwar streitig, ob auch Ansprüche wegen punitive oder treble damages schiedsfähig sind; die Gerichte lassen aber auch dies (unabhängig vom anwendbaren Recht) zu.

In *Hongkong* wird die Schiedsfähigkeit in Kartellstreitigkeiten und Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes nur bejaht, soweit der Schiedsspruch keine Drittwirkung hat. Außerdem sind hier Fragen des Kulturgüterschutzes, des Umweltschutzes und der Landesentwicklung nicht schiedsfähig (29).

c) Versucht man, die Entwicklung auf einen Nenner zu bringen, so sollte die Schiedsfähigkeit nicht an die materielle rechtliche Vergleichsbefugnis, sondern an eine mit dem staatlichen Rechtsprechungsmonopol bzw. dem *ordre public* verknüpfte prozessuale Verfügungsbefugnis gebunden sein.

(27) Scherk v. Albert-Culver, 417 U.S. 506, 419 U.S. 885 (1974); ebenso für Deutschland BORK/STÖVE, *Schiedsgerichtsbarkeit bei Börsentermingeschäften*, 1992; anders für die Schweiz WALTER, LB Nr. 10.

(28) CARBONNEAU, LB Nr. I 10.

(29) Vgl. MORGAN, LB Nr. 10.

Zweckmäßigerweise sollten Prorogationsverbote und Schranken der Schiedsfähigkeit einander entsprechen.

Der Umfang des Rechtsprechungsmonopols des Staates in Fragen des öffentlichen Wohls divergiert sicherlich von Land zu Land. Im Bereich des internationalen Handels- und Wirtschaftsrechts lassen sich aber zwingende Vorbehalte bestimmter Bereiche für die staatlichen Gerichte oder ein präventives Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit kaum rechtfertigen, solange eine nachträgliche wirksame (*ordre public*-) Kontrolle stattfindet. Nach dem Vorbild von Art. 177 schweiz. IPRG will der deutsche Regierungsentwurf vom 12.7.1996 dementsprechend Schiedsvereinbarungen über "jeden vermögensrechtlichen Anspruch" zulassen (§ 1030 I 1 E-ZPO); nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten sollen schiedsfähig sein, soweit sich die Parteien vergleichen können. Besondere Beschränkungen der Schiedsfähigkeit sollen aber unberührt bleiben (§ 1030 III E-ZPO).

In der Tat kann es im Rahmen einer auf Kooperation bedachten Weltwirtschaftsordnung und eines liberalen Welthandels kaum Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit geben. Schiedsfähig müssen deshalb auch Handels-, Konzessions- und Investitionsschutzverträge sein, an denen der Staat (hoheitlich) beteiligt ist. Öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse können nicht *per se* schiedsunfähig sein, da manche Länder eine Unterscheidung zum Privatrecht nicht kennen und die Grenzziehung im Detail ohnehin divergiert. In diesem Rahmen sind auch wirtschaftsrechtliche Eingriffsgesetze, auch von Drittstaaten, zu beachten (s.u. Nr. 45). Grenzen im Sinne der Verfügbarkeit ergeben sich aber daraus, daß Dritte ohne ihre Zustimmung nicht an einen Schiedsspruch gebunden sein können.

Festzuhalten ist außerdem, daß Schiedsgerichten innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit meist auch die Befugnis zur *Vertragsgestaltung* durch einen Dritten (z.B. nach § 317 dt.BGB) übertragen werden kann, auch soweit eine solche Gestaltung

nicht vom staatlichen Richter verlangt werden könnte.

11. *Subjektive Schiedsfähigkeit.*— Ein Großteil des internationalen Wirtschaftsverkehrs wird von ausländischen Staaten, staatlichen Sonderorganisationen (mit oder ohne eigene Rechtsfähigkeit) und staatseigenen Unternehmen ausgeführt. Schiedsverfahren setzen in diesem Bereich voraus, daß der "Staat" an die Schiedsvereinbarung gebunden ist und sich nicht unter Berufung auf eigenes Recht aus einer Bindung lösen kann. Vertraglich gesichert ist dies nur im Rahmen des ICSID-Übereinkommens.

a) Es ist weitgehend anerkannt, daß sich ein Staat insbesondere bei Streitigkeiten mit einem ausländischen Unternehmen vor einem Schiedsgericht *nicht* auf seine *Immunität* berufen kann, da diese Freiheit von der Hoheit eines anderen Staates bedeutet. Erst recht kann der Staat keine Immunität für Handelsgeschäfte seiner Staatsunternehmen beanspruchen. Gleiches gilt für Gerichtsverfahren zur Unterstützung von Schiedsverfahren sowie für Verfahren zur Aufhebung von Schiedssprüchen. Manche wollen aus Art. V (2) (b) UNÜ ableiten, daß im Abschluß einer Schiedsvereinbarung auch ein genereller (nicht objektbezogener) Verzicht auf die Vollstreckungsimmunität und Arrestimmunität zu finden sei. Teilweise wird auch eine Vollstreckung in nichthoheitliches Vermögen ohne weiteres zugelassen.

b) In vielen Ländern gibt es freilich *Normen*, die juristischen Personen *des öffentlichen Rechts* den Abschluß von Schiedsvereinbarungen untersagen. In Belgien können der Staat und andere Personen des öffentlichen Rechts Schiedsverträge nur mit besonderer gesetzlicher Ermächtigung abschließen (Art. 1676 II, III B.W.) (30). In Syrien bedarf eine Verwaltungseinheit des Staates, nicht aber eine staatliche Handelsstelle einer

(30) VAN HOUTTE, LB Nr. 4a.

Ermächtigung durch den Staatsrat (31). In Südamerika wird heute dagegen eine Unterwerfung des Staates oder staatlicher Institutionen unter eine Schiedsklausel für privatrechtliche Ansprüche zugelassen, auch soweit für die Klage vor Gericht ein ausschließlicher nationaler Gerichtsstand bestünde (32). International ist die Rechtslage unbefriedigend. Denn es kann nicht sachgerecht sein, daß der betroffene Staat den eigentlichen Zweck des Schiedsverfahrens vereiteln kann (33), indem das öffentlichrechtliche Unternehmen erst einen Schiedsvertrag abschließt und sich später auf seine Unwirksamkeit berufen könnte. Die Schweiz schließt das weitgehend aus: Nach Art. 177 II schweiz. IPRG kann ein Staat, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder eine sonstige staatlich kontrollierte Organisation nicht unter Berufung auf ihr eigenes Recht ihre Parteifähigkeit oder Schiedsfähigkeit im Schiedsverfahren in Frage stellen. Die Schweiz beurteilt die Schiedsfähigkeit somit selbständig nach eigenem Recht, ohne Berücksichtigung zwingender Verbots- oder Eingriffsnormen des Auslands. Diese Normen sind erst bei der Rechtsanwendung zu beachten (s.u. Nr. 45). Eine Klarstellung bzw. Ergänzung des New Yorker UNÜ in diesem Punkt erschiene daher sinnvoll.

Mehr eine praktische, aber eminent wichtige Frage ist, ob ein Staatsunternehmen oder eine sonstige staatliche Institution als selbständige *Schiedspartei* auftritt oder in Vertretung des dahinter stehenden Staates handelt.

12. *Bestandteile der Schiedsvereinbarung.*— a) In internationalen Schiedssachen ist im allgemeinen die *bloße* auf einen konkreten Vertrag bezogene *Schiedsabrede* ohne jede Kon-

(31) EL-HAKIM, LB Nr. 12.

(32) Brasilien, CARMONA, LB Nr. 13.

(33) Vgl. EL-HAKIM, LB Nr. 17 (2).

cretisierung gültig (34). In Frankreich schreibt Art. 1443 II NCPC die Benennung der Schiedsrichter oder die Vereinbarung eines Benennungsverfahrens nur für nationale Verfahren vor. Art. 1493 NCPC sieht für internationale Verfahren lediglich vor, daß solche Regelungen in der Schiedsvereinbarung getroffen werden können. Die Parteien haben sich somit über die Schiedsrichter oder ein Verfahren zur Bestellung sowie über den Ort des Schiedsverfahrens zu einigen, müssen dies aber noch nicht in der Schiedsvereinbarung tun.

b) Können sich die Parteien nicht über das weitere Vorgehen einigen, so können sie den *staatlichen Richter* um Hilfe bitten. Jedoch müssen sich die Parteien meist zumindest darauf verständigen, in welchem Land das Verfahren stattfinden soll (so Art. 1493 II NCPC) (35). Lediglich der deutsche Referentenentwurf hilft auch dann, und bietet gerichtliche Hilfe an, wenn eine der Parteien Sitz oder Wohnsitz in Deutschland hat (§ 1025 III E-ZPO).

c) Manche *Musterverträge* enthalten die Vereinbarung über die Institution, die das Verfahren durchführen soll, das Verfahren zur Bestellung, Ersatzbestellung sowie Zahl und Qualifikation der Schiedsrichter, den Ort und die Sprache des Schiedsverfahrens, das anwendbare Verfahren einschließlich etwaiger Fristen, das in der Sache anwendbare Recht (36) sowie Näheres über die Art des Schiedsspruchs (Beschlußfassung, Begründung, Währung, Zinsen, Sicherheitsleistung). Auch Regelungen über Verfahrenskosten und Vorschußzahlungen werden empfohlen (37). Zweckmäßig ist es, wenn die Parteien ihre Vorstellungen von der Art der Streiterledigung präzisieren (38) und unerwünschte Rechtsbehelfe

(34) FOUCHARD, LB Nr. 13; FASCHING, LB Nr. 13; BORK, LB Nr. 13; WALTER, LB Nr. 13; PHILIP, *International Handbook Denmark*, s. 5.

(35) In Frankreich Art. 1493 II NCPC; in der Schweiz Art. 176 IPRG.

(36) UENO, LB Nr. 13.

(37) BORK, LB Nr. 13; vgl. *The Freshfields Guide to arbitration and ADR*, 1993.

(38) CARBONNEAU, LB Nr. II 13.

ausschließen (39). Das Abfassen einer vollständigen und klaren Vereinbarung ist somit von größter Bedeutung für den reibungslosen Ablauf des Schiedsverfahrens (40).

13. *Form der Schiedsvereinbarung.*— a) Art. 7 I ML läßt die Schiedsklausel in einem Vertrag mit anderem Hauptinhalt oder die selbständige Schiedsvereinbarung zu. Art. 7 II ML ordnet *Schriftform* an, stellt aber keine hohen Anforderungen an diese Form. Denn die Form ist erfüllt, wenn ein Schriftwechsel, auch in Formen moderner Nachrichtenübermittlung den Nachweis der Vereinbarung erlaubt. Geregelt sind auch die Anforderungen an die Einbeziehung einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Schiedsabrede (Art. 7 II 3 ML).

b) Bei internationalen Handelsgeschäften bedarf es keines Übereilungsschutzes, so daß an sich auch *formlose Schiedsvereinbarungen* zulässig (41) und über die Meistbegünstigungsklausel des Art. VII UNÜ auch im Anwendungsbereich des UNÜ anzuerkennen sind.

Nachdem einige Länder formlose Schiedsvereinbarungen zulassen, trägt das UNCITRAL Model Law auch Sorge dafür, daß auf dieser Grundlage beruhende Schiedsverfahren nicht stets vergeblich durchgeführt werden. Denn als Vereinbarung gilt auch, wenn die Schiedsvereinbarung in der Klage behauptet und in der Klageerwiderung nicht bestritten wird (Art. 7 II 2 ML). Indem eine solche rügelose Einlassung als nachträgliche Vereinbarung zugelassen wird, wird die Zahl möglicher Aufhebungsklagen bzw. der Versagung der Vollstreckbarerklärung deutlich vermindert.

(39) EL-HAKIM, LB Nr. 13 (3).

(40) DE LY, LB Nr. 13; MORGAN, LB Nr. 13.3.

(41) So in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 14; in Schweden, LINDELL, LB s. 3; in Japan, UENO, LB Nr. 14 (anders der Reformentwurf: Schriftform); in Deutschland § 1025 I ZPO; in Dänemark, PHILIP, in: Sanders, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Denmark, s. 4.

c) Bestreitet freilich eine Partei die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, so ist ein Minimum an Nachweis sinnvoll und zweckmäßig. Deshalb verlangen andere Rechtsordnungen entsprechend *Art. II (1), (2) UNÜ*, der als Einheitsrecht Anforderungen an die Schiedsvereinbarung festlegt, von vornherein die Schriftform (42), wobei jede Art von Schriftwechsel (auch per Telegramm, Fernschreiben oder Telefax) genügt (43). Eine Unterschrift ist danach nicht erforderlich, aber wünschenswert (44). Eine Vereinbarung per Bezugnahme auf die in AGBs enthaltene Schiedsklausel ist zulässig. Eine in AGBs enthaltene Schiedsklausel muß von der Gegenseite schriftlich bestätigt werden (45). Dabei stellen sich ähnliche Anforderungen wie an die Schriftlichkeit der Vereinbarung in *Art. 17 EuGVÜ* (46). Wie dort wird eine formlose Verlängerung einer befristeten schriftlichen Vereinbarung zugelassen. In manchen Staaten finden sich freilich auch heute noch strengere Anforderungen an die Schriftform (47).

14. *Die Reichweite der Schiedsvereinbarung.*— Innerhalb der Grenzen der Schiedsfähigkeit kann ein konkreter Fall erfaßt werden. Genauer: Sämtliche oder ein Teil der gegenwärtigen oder künftigen Streitigkeiten aus einem konkreten (vertraglichen oder außervertraglichen) Rechtsverhältnis (48).

(42) So die Niederlande, DE LY, LB Nr. 14.

(43) So *Art. 7 II UNCITRAL-ML*; in Italien, *Art. 807 II c.p.c.*; BRIGUGLIO, LB Nr. 4.1; in Korea, SONG, LB II C 3; in Belgien, Bruxelles, J.T. 1992, 60; VAN HOUTTE, LB Nr. 14; in den USA, CARBONNEAU, LB Nr. II 14; in Österreich, FASCHING, LB Nr. 14; der deutsche Regierungsentwurf in § 1031 I-IV E-ZPO; in der Schweiz, *Art. 178 IPRG*; WALTER, LB Nr. 13; in Rußland, Verschinin, LB s. 6.

(44) Für Hongkong, MORGAN, LB Nr. 14.2; für England, *Arbitration Act 1996*, s. 5 (2) (a).

(45) BRIGUGLIO, LB Nr. 4.2; ähnlich für die Niederlande, DE LY, LB Nr. 14.

(46) So ausdrücklich DE LY, LB Nr. 14.

(47) So in Brasilien, *Art. 1073 ZPO 1973*.

(48) So *Art. 7 I ML*; bereits *Art. II (1) UNÜ 1958*; Italien, *Art. 808 I 1 c.p.c.*

Unterschiedliche Auffassungen bestehen allerdings darüber, ob eine Schiedsvereinbarung im Interesse des internationalen Handels weit (49) oder eng (50) auszulegen ist. Überwiegend wird wohl weit ausgelegt und die Vereinbarung auch auf Ansprüche aus Scheck und Wechsel oder auf Gegenforderungen erstreckt, mit denen ein Sachzusammenhang besteht (51).

Teilweise wird die Schiedsklausel auch auf Streitigkeiten aus künftigen Verträgen erstreckt, die sich aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnis ergeben (52). Nach anderen Rechtsordnungen ist dies freilich unzulässig, so etwa nach § 1026 dt.ZPO.

15. *Der Sitz des Schiedsgerichts.*— *a)* Nach allgemeiner Auffassung bestimmen die *Parteien* den Sitz des Schiedsgerichts völlig frei (so auch Art. 20 ML). Teilweise wird angenommen, die vertragliche Vereinbarung eines exorbitanten Schiedsortes, der einer Seite die Rechtsverfolgung ungewöhnlich erschwert, sei unwirksam (53).

b) Bei Verfahren vor institutionellen Schiedsgerichten bestimmt meist die *Schiedsorganisation* den Sitz (54), insbesondere auf Vorschlag einer Partei (55). Teilweise liegt er bereits mit Wahl der Schiedsorganisation fest.

(49) So in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 15; in Japan, UENO, LB Nr. 15; in der Schweiz, WALTER, LB Nr. 15.

(50) So in Schweden, LINDELL, LB S. 4; in Belgien, VAN HOUTTE, LB Nr. 15; in Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 15.

(51) So in Deutschland, BORK, LB Nr. 15; anders in HongKong (nach chinesischem Recht sind Wechsel selbständige Verträge), High Court of HongKong, York Airconditioning & Refrigeration Inc. v. Lam Kwai Hung Trading, 16 December 1994, *UNCITRAL-Dokument A/CN.9/SER.C/Abstracts/6*, s. 8.

(52) So die Standard-Klausel des Niederländischen Arbitration Instituts, vgl. DE LY, LB Nr. 15.

(53) So FASCHING, LB Nr. 16.

(54) Für Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 16; für Korea, SONG, LB s. 9.

(55) Vgl. Vereinbarung der Japanischen Commercial Arbitration Association mit der AAA, vgl. UENO, LB Nr. 16.

c) Fehlt eine Vereinbarung, so bestimmt das *Schiedsgericht* selbst seinen Sitz in sachgerechter Weise (so Art. 12 ICC-Rules). Eine sachliche Beziehung des Schiedsortes zum Streitgegenstand wird nicht verlangt (56). Ohne Rücksicht auf die Wahl des Schiedsortes kann das Schiedsgericht zudem an jedem geeigneten Ort verhandeln, Beweise erheben oder beraten (so ausdrücklich Art. 1037 III niederl.R.V.; Art. 20 II ML). Die Wahl von Sitz bzw. Verhandlungsort hängt ab (a) von der Bequemlichkeit für die Schiedsrichter, (b) für die Parteien, (c) von den entstehenden Kosten und schließlich (d) von möglichen Rechtsfolgen, die diese Ortswahl nach sich zieht. Da man diese Umstände vorab oft nicht genau kenne und auch den Parteistreit nicht unnötig auslösen sollte, wird teilweise empfohlen, den Sitz erst nach dem Entstehen der Streitigkeit festzulegen.

d) Die Wahl des Sitzes zieht zahlreiche *Rechtsfolgen* nach sich. Nach den meisten Rechtsordnungen hat der spätere Schiedsspruch die Nationalität des Sitzes des Schiedsgerichts, so daß das zwingende Recht am Sitzort bei seiner Fällung beachtet werden muß. Der Sitz des Schiedsgerichts bestimmt darüber, welche Gerichte und in welcher Weise sie dem Schiedsgericht Hilfestellung gewähren, über die Anfechtung des Schiedsspruchs (s.u. Nr. 56 ff); vielfach ist er auch Ausgangspunkt für die Ermittlung des anwendbaren Rechts (s. Nr. 15, 33, 44).

16. *Folgen der Schiedsvereinbarung.*— a) Eine Schiedsvereinbarung ist eine Sonderform der Zuständigkeitsvereinbarung (57).

Die Schiedsvereinbarung entzieht dem staatlichen Gericht die *Entscheidungskompetenz*, wenn sich der Beklagte darauf beruft, und begründet die Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts. Die Gründe, unter denen die Berufung auf die

(56) WALTER, LB Nr. 15.

(57) Vgl. für USA CARBONNEAU, LB Nr. II 17.

Vereinbarung präkludiert ist oder die Vereinbarung unwirksam wird (58), differieren allerdings etwas von Land zu Land.

Die wirksame Schiedsvereinbarung ist von den staatlichen Gerichten auf Einrede des Beklagten zu beachten. Sie dürfen sich nicht mit der Streitsache befassen, sondern haben die Parteien an das Schiedsgericht zu verweisen. Diese Regelung ist erstmals in Art. 4 Genfer Protokoll von 1923 enthalten und in Art. II (3) UNÜ, in Art. VI (3) EuÜ sowie in Art. 8 I ML wieder aufgegriffen worden (59).

b) Positiv sind die *Parteien* aufgrund der Schiedsvereinbarung *verpflichtet*, ihre Streitigkeiten vor das Schiedsgericht zu bringen und am Verfahren sachgerecht mitzuwirken. Kommt eine Partei ihrer entsprechenden Verpflichtung nicht nach, so findet eine Art Ersatzvornahme durch den zuständigen Richter statt (60), sofern die Vereinbarung nicht einvernehmlich aufgehoben wird.

17. *Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen.*— In der Schweiz beurteilt man Drittwirkungen des Schiedsvertrages gemäß Art. 178 II IPRG nach dem in der Hauptsache anwendbaren oder nach schweizerischem Recht (61). Grundsätzlich sind nur die *Parteien*, die einer Schiedsvereinbarung selbst zugestimmt haben, daran gebunden (62).

(58) Vgl. LINDELL, LB S.5; FASCHING, LB Nr. 17; für Brasilien Art. 1077 ZPO.

(59) Für Frankreich, Art. 1458 NCPC; Griechenland, Art. 264 ZPGB; Deutschland, § 1027a ZPO (§ 1032 E-ZPO); Italien, BRIGUGLIO, LB Nr. 4.4; Belgien, Art. 1679 § 1 B.W.; Japan, UENO, LB Nr. 17; Niederlande, Art. 1022 (1) R.V., DE LY, LB Nr. 17; Schweiz, Art. 7 IPRG, WALTER, LB Nr. 17; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 17.1.

(60) In Frankreich nach Art. 1493 II NCPC, vgl. FOUCHARD, LB Nr. 17; für USA CARBONNEAU, LB Nr. II 17.

(61) WALTER, LB Nr. 18; ähnlich für agent, beneficiaries of trust, assignees, MORGAN, LB Nr. 18.1.

(62) FOUCHARD, LB Nr. 18; MORGAN, LB Nr. 18.1; EL-HAKIM, LB Nr. 18.

Der *Rechtsnachfolger* bei Zession, Vertragsübernahme oder Fusion ist ebenfalls an die Schiedsklausel gebunden (63). In Deutschland erstreckt man die Bindung auch auf den begünstigten Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter sowie auf persönlich haftende *Gesellschafter* einer Offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (64). Eine Bindung aller *Konzernunternehmen* an eine Schiedsvereinbarung, die die Muttergesellschaft oder eine Tochtergesellschaft abgeschlossen haben, ist dagegen abzulehnen.

Drittverpflichtete, deren Verbindlichkeit von der des Hauptschuldners abhängig ist, wie *Bürgen, Garanten* usw., sind nicht an einen Schiedsvertrag des Hauptschuldners gebunden. Die Schiedsvereinbarung eines Staatsunternehmens bindet nicht den Staat selbst.

18. *Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit.*— a) Bei größeren Bau- oder Anlageprojekten mit Haupt- und Subunternehmern, bei Konsortial- oder Garantieverträgen, bei Charter und Subcharter, Kettenverträgen oder Unternehmensgruppen macht es Schwierigkeiten, die Streitigkeiten zwischen *mehreren Betroffenen* einheitlich und widerspruchsfrei zu entscheiden. Am einfachsten ließe sich dieses Ziel erreichen, wenn ein Schiedsgericht für alle Streitigkeiten zuständig wäre und in den Grenzen der Praktikabilität über mehrere Verfahren gemeinsam verhandeln und entscheiden könnte. Für die Zulässigkeit ist dabei zwischen der Einbeziehung von Streitgenossen und von Subunternehmern etc., gegen die sich eventuelle Regreßforderungen richten, per Streitverkündung bzw. third party complaint zu unterscheiden.

Auf *freiwilliger Basis* können die Parteien dieses Ziel sicherlich erreichen. Dazu ist aber erforderlich, daß *alle Beteiligten* durch *gleiche Schiedsabreden* gebunden sind. Mehrere laufende

(63) Vgl. FOUCHARD, LB Nr. 18; LINDELL, LB S. 4; CARBONNEAU, LB Nr. II 18.

(64) BORK, LB Nr. 18.

Schiedsverfahren können dann sicherlich durch Parteivereinbarung zusammengelegt werden. Gelten für die Verfahren aber unterschiedliche Verfahrensregeln oder sind an den Verfahren nicht die gleichen Schiedsrichter beteiligt, so dürfte dies praktisch kaum zu erreichen sein. Für Verfahren vor den gleichen Schiedsrichtern kann eine Befugnis des Schiedsgerichts zur Verfahrensverbindung aus Art. 24 UNCITRAL Model Law bzw. Art. 15 I UNCITRAL Rules abgeleitet werden. Bei parallelen Verfahren vor dem gleichen Schiedsrichter erscheint aber die Gefahr widersprüchlicher Ergebnisse ohnehin nicht groß, etwa wenn in allen Verfahren gleiche Sachverständige bestellt werden.

Dagegen kann ein Nebeneinander von Verfahren vor dem staatlichen Gericht und dem Schiedsgericht ohne Zustimmung aller Parteien nicht bereinigt werden.

b) Einzelne *staatliche Gesetze* ermächtigen das staatliche Gericht, Schiedsverfahren auf Antrag einer Partei zusammenzulegen.

Für parallele Schiedsverfahren mit Sitz in den *Niederlanden* sieht dies etwa Art. 1046 niederl. R.V. vor. Die Parteien können diese Befugnis aber ausschließen und auch das Gericht kann die Zusammenlegung nach seinem Ermessen ablehnen.

Man hat dieses Novum kritisiert, weil damit die Gefahr der Einmischung staatlicher Gerichte in internationale Schiedsverfahren bestehe. Doch wird wohl zu Recht darauf verwiesen, daß die Regelung in Einzelfällen auch eine Chance bietet und von einem vernünftigen Gebrauch durch den Präsidenten des Landgerichts Amsterdam ausgegangen werden kann. (65) Größere Bedeutung hat die Regelung zudem bisher nicht erfahren.

Nach *US-Recht* können Schiedsrichter Verfahren zusammenlegen, wenn die Parteien dies vereinbart haben. Nach *US-Recht* haben aber auch die Gerichte die Befugnis, zusammen-

(65) DE LY, LB Nr. 18.

hängende Schiedsverfahren zusammenzulegen. Die Gerichte haben die entsprechenden Rules der Federal Rules of Civil Procedure (Rule 42 (a) und 81 (a) (3)) einfach auf Schiedsverfahren übertragen, ohne dabei auf etwaige Regelungen im Schiedsverfahrensstatut oder auf den Parteiwillen Rücksicht zu nehmen.

Derartige Eingriffe der Gerichte in Schiedsverfahren stellen die vertragliche Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit in Frage. Der Second Circuit Court hat eine solche Zusammenlegung bei Gefahr unterschiedlicher Schiedssprüche völlig ohne Rücksicht auf den Parteiwillen und die Schiedsvereinbarung angeordnet. Andere Circuit Courts haben dagegen den Parteiwillen beachtet. Aufgrund der bisherigen Opposition hat inzwischen auch der Second Circuit seine Meinung geändert. Die Bedeutung dieser Zusammenlegung scheint daher im Abnehmen begriffen zu sein (66).

Hongkong hat 1990 das UNCITRAL Model Law für internationale Schiedsverfahren übernommen; seitdem besteht dort keine Möglichkeit mehr, Schiedsverfahren ohne die Zustimmung aller betroffenen Parteien zu verbinden. Sec. 6 B Arbitration Ordinance ist nur noch auf interne Schiedsverfahren anwendbar (67).

Eine Befugnis zur Zusammenlegung besteht weiterhin in *Australien und Ecuador*. In England hat der Schiedsrichter keine Befugnis, parallele Schiedsverfahren zusammenzulegen, es sei denn, er sei dazu besonders ermächtigt (68).

Überwiegend wird eine "*consolidation judiciaire*" nicht zugelassen (69). Sind in Fällen notwendiger gemeinsamer Klage nur

(66) CARBONNEAU, LB Nr. 4.

(67) MORGAN, LB Nr. 18.2.

(68) R. BERNSTEIN/D. WOOD, *Handbook of Arbitration Practice*, 2^e ed. 1993, § 8.3, 8.6.2; *Department of Trade, Consultation Doc.*, Part III, *ArbInt* 1994, s. 223, 234; *Arbitration Act*, 1996, s. 35 (1) (a).

(69) So in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 18.

einzelne Streitgenossen durch die Schiedsabrede gebunden, so bleibt das staatliche Gericht insgesamt zuständig (70).

Eine Zusammenlegung etwa der Streitigkeiten zwischen Auftraggeber und Generalunternehmer, Generalunternehmer und Subkontraktoren setzt entsprechende Vereinbarungen voraus.

c) Soweit danach Mehrparteienschiedsgerichte möglich sind, muß allen Beteiligten die gleiche Befugnis zur *Mitwirkung bei der Schiedsrichterernennung* eingeräumt werden. Können sich die Parteien nicht auf eine Person einigen, so kommt nur eine Ernennung durch einen gemeinsamen beauftragten "neutralen" Dritten in Betracht. Eine Störung der Waffengleichheit der Parteien liegt in dieser Pflicht zum gemeinsamen Handeln nicht.

d) *Streitverkündung* und *Nebenintervention* in internationalen Schiedsverfahren sind ebenfalls nur möglich, wenn sämtliche Beteiligten durch parallele Schiedsvereinbarungen verbunden sind oder nachträglich ihrer Beteiligung zustimmen. Eine formelle Regelung hierfür findet sich lediglich in Art. 1045 niederl. R.V. (71). Wer nicht durch eine entsprechende Schiedsvereinbarung gebunden ist, kann somit nicht durch Streitverkündung gezwungen werden, vor einem Schiedsgericht zu erscheinen; gegen ihn können keine Interventionswirkungen eintreten (72).

19. *Einwendungen gegen die Verfahrenseinleitung.*— Gegenüber der Aufforderung, sich am Schiedsverfahren zu beteiligen, kann sich die Partei damit verteidigen, daß eine wirksame Schiedsvereinbarung fehlt, der Streit nicht unter die Vereinba-

(70) VAN HOUTTE, LB Nr. 18.

(71) DE LY, LB Nr. 18.

(72) VAN HOUTTE, LB Nr. 18.

rung fällt oder daß die Vereinbarung wieder unwirksam geworden ist (73).

In Deutschland verliert der Schiedsvertrag seine Wirkung auch, wenn er aus wichtigem Grund gekündigt worden ist, etwa weil vor dem Schiedsgericht kein zumutbarer Rechtsschutz gewährleistet ist, z.B. wegen Krieges, Wegfalls der Schiedsorganisation (74), Unfähigkeit des Gegners zur Zahlung von Kostenvorschüssen usw.

Ob diese Verteidigung zutrifft, wird allerdings regelmäßig erst vom angerufenen Schiedsgericht geprüft (75).

20. *Schiedsorganisationen*.— Die Zahl internationaler Schiedsverfahren läßt sich schwer ermitteln; die Zahl der Schiedsorganisationen ist dagegen zweifellos gewachsen. 1958 hat die UN Wirtschaftskommission für Europa bereits 127 Organisationen mit eigenen Schiedsordnungen für internationale Handelsstreitigkeiten gezählt. Ein Führer von 1992 beschreibt etwa 150 Institutionen. Seither sind es sicherlich mehr geworden. Die meisten Institutionen wickeln neben nationalen auch internationale Verfahren ab (76).

a) Die bedeutendste *internationale Organisation* ist das Schiedsgericht der Internationalen Handelskammer in Paris, mit Mitgliedern aus 57 Staaten und jährlich ca. 350 Verfahren mit Parteien aus 94 Staaten (im Jahre 1993).

Größere Bedeutung haben weiter das International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) bei der Weltbank, der Ständige Schiedsgerichtshof in Den Haag, und der London Court of International Arbitration (LCIA) (etwa 60

(73) MORGAN, LB Nr. 19; CARBONNEAU, LB Nr. II 19.

(74) BORK, LB Nr. 19; ähnlich Art. 7 lit. b, c schweiz. IPRG; vgl. BGH (vom 20.1.1994, III ZR 143/92) BGHZ 125, 7 = NJW 1994, 1008; krit. W. HABSCHEID, *Etudes Lalive*, 1993, S. 517.

(75) FOUCHARD, LB Nr. 19.

(76) Vgl. FOUCHARD, LB Nr. 20.

internationale Fälle), die American Arbitration Association (etwa 200 internationale Fälle 1992), die Schiedsgerichte der Handelskammern in Zürich und in Genf, die Kommission für Wirtschafts- und internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in China, das Schiedsgerichtsinstitut der Stockholmer Handelskammer (etwa 30 internationale Fälle pro Jahr) (77), das internationale Schiedsgericht der Bundeskammer für gewerbliche Wirtschaft in Wien (etwa 60 internationale Fälle) (78), das Asian-African Legal Consultative Committee (AALCC).

Eine besondere Stellung nehmen die Iran-US Claims Tribunals in Den Haag ein, die nach der (angepaßten) UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung verfahren.

b) Darüber hinaus hat nahezu jedes Land eine *nationale Schiedsinstitution*/Organisation, die ein institutionelles Schiedsgericht betreibt, dafür eine Verfahrensordnung besitzt, aber auch mit der Internationalen Handelskammer Paris zusammenarbeitet und Hilfe bei der Organisation von ad hoc-Schiedsgerichten gewährt.

Regionale Bedeutung, auch für internationale Verfahren haben der Korean Commercial Arbitration Board (79), das Centre d'Arbitrage Commercial du Québec, die japanische Vereinigung für Handelsschiedsgerichtsbarkeit, das niederländische Schiedsinstitut, das Centre belge pour l'étude et la Pratique de l'Arbitrage National et International (CEPANI) in Brüssel, in Japan die Japan Shipping Exchange, Inc. (80), die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit in Bonn und Berlin, das Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) (81), das British Columbia International Commercial Arbitration Centre.

(77) Vgl. LINDELL, LB s. 6.

(78) Vgl. FASCHING, LB Nr. 20.

(79) Vgl. SONG, LB s. 2; T. LEE, *ArbInt* 3 (1987), 14.

(80) Vgl. UENO, LB Nr. 20.

(81) Vgl. MORGAN, LB Nr. 6.1; 20.1.

c) Für internationale Fälle haben die nationalen Organisationen vielfach die Art ihrer *Zusammenarbeit* förmlich geregelt. Viele nationale Schiedsorganisationen arbeiten mit dem ICC-Schiedsgericht oder mit anderen nationalen Organisationen zusammen. Alle derartigen Vereinbarungen aufzuführen, ginge zu weit.

21. *Beziehungen Parteien – Schiedsorganisation.*— a) Manche leugnen formelle Beziehungen zwischen Schiedsorganisation und ihren Benutzern (82). Aber dies kann allenfalls für Organisationen mit wissenschaftlicher Ausrichtung (wie ICCA) oder lediglich allgemeiner Werbe- und Auskunftstätigkeit zutreffen, wie z.B. für die Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (ASA) (83). Organisiert die Institution selbst Schiedsverfahren, so kann sie für die Parteien nur aufgrund vertraglicher Ermächtigung handeln und von den Parteien Gebühren nur auf vertraglicher Grundlage verlangen. Zwischen der Schiedsorganisation und den Parteien muß daher ein *vertragliches Verhältnis* bestehen (84). Danach ist die Schiedsorganisation verpflichtet, das Schiedsverfahren zugunsten beider Parteien nach der Verfahrensordnung der Institution zu organisieren, gegebenenfalls die Parteien zuvor zu beraten. Meist haben die Organisationen auch eine Aushilfsfunktion und werden tätig, wenn sich die Parteien nicht einigen können, z.B. über Zahl der Schiedsrichter, den Schiedsort, oder wenn eine Seite ihren Schiedsrichter nicht benennt (85). Häufig übernimmt die Schiedsorganisation auch die Regelung der Verfahrenskosten und der Schiedsrichtergebühren nach einem Tarif. In diese

(82) So MORGAN, LB Nr. 22.1.

(83) Vgl. WALTER, LB Nr. 20.

(84) BRIGUGLIO, LB Nr. 7.5; CARMONA, LB Nr. 14.

(85) WALTER, LB Nr. 22.

Tätigkeiten mischen sich die staatlichen Gerichte im allgemeinen nicht ein (86).

b) Die allgemeinen Schiedsorganisationen stehen (anders als Branchen- oder Verbandsschiedsgerichte) in der Regel allen Parteien offen und sind von beiden Parteien unabhängig (87). Ihre Dienste sind nicht von irgendeiner Mitgliedschaft oder sonstigen Qualifikation abhängig (88).

Im allgemeinen sind die Parteien frei, an welche Institution sie sich wenden; die Beziehung zur Institution ist rein vertraglicher Art. In manchen Ländern, z.B. in Korea, zwingt der Staat die Parteien aber, Schiedsvereinbarungen zu schließen und Schiedsverfahren ohne Verzögerung zu betreiben (89).

22. *Dienstleistungsangebot der Schiedsorganisationen.*— Primär bieten die Schiedsorganisationen Verfahren nach ihrer eigenen Verfahrensordnung an. Vielfach können die Parteien dabei gewisse Regeln verändern.

Außerdem unterstützen die nationalen Organisationen vielfach das Schiedsgericht der IHK in Paris (90) und werden auf Wunsch auch als Benennende Stellen für ad hoc-Verfahren tätig, die z.B. nach den UNCITRAL-Schiedsregeln stattfinden sollen (91).

23. *Neue Schiedsgerichtsordnungen.*— Im Zuge der Neuregelung des staatlichen Schiedsrechts, aber auch als Reaktion und zur Anpassung an das UNCITRAL-Modellgesetz haben viele

(86) FOUCHARD, LB Nr. 22.

(87) BORK, LB Nr. 22.

(88) DE LY, LB Nr. 22.

(89) SONG, LB S. 4.

(90) FASCHING, LB Nr. 23; BORK, LB Nr. 23.

(91) FOUCHARD, LB Nr. 23; DE LY, Nr. 23; BORK, LB Nr. 23.

Organisationen ihre Schiedsordnungen für internationale Verfahren erneuert. Unter anderem wurden seit 1988 folgende neue Schiedsordnungen aufgestellt von der American Arbitration Association zum 1.3.1991, die ICC Rules of Conciliation and Arbitration vom 1. Januar 1988, die ICC Rules for a Pre-arbitral *référé* Procedure, vom 1. Januar 1990, das *Règlement d'Expertise de la CCI*, vom Januar 1993, die Procedural Rules on Conciliation and Arbitration of Contracts Financed by the European Development Fund, vom 31.12.1990, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration Rules vom 1.1.1988, die Inter-nationale Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer vom 1.1.1989, die Schiedsgerichtsordnung der Industrie- und Handelskammer Genf vom 1.1.1992, die Schiedsordnung der Japan Commercial Arbitration Association vom 1.10.1992, die Schieds- und Schlichtungsordnung des Internationalen Schieds-gerichts der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Wien vom 1.9.1991, die CIETAC-Schiedsordnung vom 17.3. 1994, die Netherlands Arbitration Institute Arbitration Rules, vom 1.1.1993, die Permanent Court of Arbitration (PCA), Optional Rules for Arbitrating Disputes between two States, vom 20 Oktober 1992, die Permanent Court of Arbitration, Optional Rules for Arbitrating Disputes between two Parties of which only one is a state, die Verfahrensordnung des Schieds-gerichts bei der ungarischen Wirtschaftskammer vom 15.3.1993, die Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit vom 1.1.1992, die London Court of International Arbitration, Arbitration Rules vom 1.1.1985, Chartered Institute of Arbitrators, Arbitration Rules, vom 1.1.1988, Chartered Institute of Arbitrators, London, Short Form Arbitration Rules 1991, die Rules of Arbitration for Disputes under Contracts of Guarantee of the MIGA, vom Januar 1990.

Das Hongkong International Arbitration Committee verfährt in internationalen Fällen wie viele andere Schiedsinstitutionen nach den UNCITRAL Arbitration Rules von 1976 (92).

(92) MORGAN, LB Nr. 20.2.

Als neueste Regeln sollen schließlich der International Council of Arbitration for Sport (ICAS) - Code of Sports-Related Arbitration, 22 June 1994, und die World Intellectual Property Organisation, WIPO Arbitration Rules und Expedited Arbitration Rules, 10 October 1994 erwähnt werden.

24. *Verhältnis institutioneller zu ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit.*— Da keine Statistik über ad hoc-Verfahren existiert, können über das Verhältnis keine näheren Angaben gemacht werden (93). Viele Institutionen sammeln aber nicht nur Schiedssprüche institutioneller Schiedsgerichte, sondern auch von ad hoc-Schiedsgerichten, so daß sich doch ein gewisser Überblick ergibt. Über die Zahl von Streitigkeiten, die vor ad hoc-Schiedsgerichte gebracht werden, gehen freilich die Vermutungen auseinander (94). Insbesondere wird betont, daß viele Streitigkeiten noch vor der förmlichen Einleitung eines Schiedsverfahrens beigelegt werden (95). Für England glaubt Lord *Mustill*, daß anders als sonst in Europa die große Mehrheit der Verfahren ad hoc organisiert wird. Von den in Frankreich zwischen 1980 und 1992 zur Vollstreckbarerklärung vorgelegten Schiedssprüchen stammten 29% von ad hoc-Schiedsgerichten, 71% dagegen von institutionellen Schiedsgerichten (96). Bei aller Ungenauigkeit kann man aus diesen Zahlen wohl doch auf ein Übergewicht der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit schließen.

25. *Auswahl und Zahl der Schiedsrichter.*— a) Regelmäßig haben die *Parteien* heute volle Freiheit, Schiedsrichter ihrer *Wahl*

(93) WALTER, LB Nr. 25.

(94) FASCHING, LB Nr. 25 (in Österreich größere Zahl); DE LY, LB Nr. 25 (in den Niederlanden nur wenige).

(95) LINDELL, LB S. 6; für Korea, SONG, LB s. 3 (Streitigkeiten meist durch Vermittlung beigelegt).

(96) FOUCHARD, LB Nr. 25.

zu benennen (97). Anforderungen an die Person der Schiedsrichter werden generell kaum gestellt; sie müssen lediglich natürliche, geschäftsfähige Personen sein (98). Ausländer sind als Schiedsrichter zugelassen (Art. III EuÜ) (99). Die Parteien können die Schiedsrichter aber regelmäßig auch mittelbar durch Bezugnahme auf eine institutionelle Schiedsordnung oder durch Vereinbarung eines Benennungsverfahrens bestimmen (100) oder müssen dies sogar.

b) Bei institutionellen Schiedsgerichten hat die *Schiedsinstitution* meist Einfluß auf Auswahl oder Ernennung der Schiedsrichter. Die Organisation wird tätig, soweit sich die Parteien nicht verständigen oder untätig bleiben. Teilweise wird der Einzelschiedsrichter und/oder der Vorsitzende Schiedsrichter stets von der Organisation ernannt. Manche Organisationen verwenden unverbindliche Schiedsrichterlisten, manche ernennen die Schiedsrichter grundsätzlich aus dem Kreis der von den Parteien nicht gestrichenen Personen. Teilweise muß ein parteiernannter Schiedsrichter stets von der Organisation bestätigt werden (101).

c) Gesetzlich ist meist eine ungerade *Zahl*, in der Regel von drei Schiedsrichtern vorgesehen (102). Haben die Parteien zwei Schiedsrichter benannt, müssen diese meist ergänzend den

(97) Vgl. Art. 10 I ML; Art. 179 schweiz. IPRG.

(98) Niederlande, DE LY, LB Nr. 26; Schweiz, WALTER, LB Nr. 26; Brasilien, Art. 1079 ZPO.

(99) Ebenso Art. 11 I ML (vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung).

(100) Vgl. Frankreich, Art. 1493, al. 1 NCPC; FOUCHARD, LB Nr. 26; Art. 11 II ML; Belgien, Art. 1682 W.B.; anders in Brasilien, Art. 1076 ZPO ("the parties may appoint"), vgl. CARMONA, LB Nr. 14.

(101) So das Niederländische Schiedsinstitut, DE LY, LB Nr. 26.

(102) Art. 10 II ML; Italien, Art. 809 c.p.c.; in Frankreich, Art. 1453, 1495 NCPC; in Schweden, LINDELL, LB s. 7; sec. 13 Draft Arbitration Act 1995; Niederlande, Art. 1026 (1) R.V.; Belgien, Art. 1681 § 1 W.B.; wenig glücklich § 1028 dt. ZPO (im Zweifel Zweier-Schiedsgericht); anders künftig § 1034 I 2 E-ZPO. Der englische Arbitration Act 1996 sieht in s. 15 (3) im Zweifel einen Einzelschiedsrichter vor.

dritten bestellen (103). Stets kann ein Richter zur Ersatzbestellung angerufen werden. Verweigert eine Partei ihre Mitwirkung, so kann i.d.R. beim staatlichen Gericht eine Ersatzvornahme beantragt werden (104), sofern nicht ein anderes (meist institutionelles) Ersatzverfahren vereinbart ist. Haben die Parteien keinen Schiedsort vereinbart, kann in Italien stets ein Richter zur Ersatzbestellung angerufen werden (105).

In den meisten größeren Streitigkeiten ist es üblich, daß nicht ein Einzelschiedsrichter, sondern ein Dreier-Schiedsgericht entscheidet (106). In den USA entscheidet überwiegend ein Einzelschiedsrichter, nur in größeren Sachen ein Dreier-Schiedsgericht (107).

d) Das englische Recht unterscheidet zwischen Schiedsrichtern und "umpires": Der umpire soll bei einem mit zwei Schiedsrichtern besetzten Schiedsgericht bestellt werden, wenn sich diese nicht einigen können. Der umpire übernimmt dann die Funktion der Schiedsrichter und entscheidet wie ein Einzelschiedsrichter.

e) Die Bildung eines solchen Spruchkörpers kostet Zeit; über Person und Verfahren zur Bestellung des Vorsitzenden kann Streit entstehen. *Rubino-Sammartano* schlägt daher vor, daß in erster Schiedsinstanz stets ein Einer-Schiedsgericht entscheidet und erst an einem (zu errichtenden) internationalen Berufungs-Schiedsgericht ein Kollegium aus drei Schiedsrichtern tätig wird. M.E. sollte es wie bisher den Parteien überlassen bleiben, ob sie einen Einzelschiedsrichter oder ein Kollegium bestellen (108).

(103) So Italien, Art. 809 III c.p.c.; Frankreich, Art. 1454, 1495 NCPC; England: Arbitration Act 1996, s. 15 (2).

(104) In Deutschland, §§ 1029, 1031 ZPO; de lege ferenda § 1035 III-V E-ZPO; Art. 11 III-V, Art. 15 ML; in Frankreich, Art. 1493 II NCPC; Italien, Art. 810 c.p.c.; in Schweden sec. 14 (3) Draft Arbitration Act 1995; in England, Arbitration Act 1996, s. 18 (2).

(105) BRIGUGLIO, LB Nr. 5.2 (s. 19 f).

(106) FOUCHARD, LB Nr. 26.

(107) CARBONNEAU, LB Nr. II 26-33.

(108) So auch Art. 10 I Model Law; § 1034 I 1 E-ZPO.

Ebenso sollten die Parteien entsprechend Art. 11 II Model Law (§ 1035 I dt. E-ZPO) frei sein, ein Verfahren zur Schiedsrichterbestellung zu vereinbaren.

26. *Beziehungen zwischen Partei und Schiedsrichter.*— a) Nach den meisten Rechtsordnungen entsteht mit der Annahme der Ernennung ein echtes Vertragsverhältnis zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter und zwar handelt es sich um einen Dienstvertrag eigener Art, eben den *Schiedsrichtervertrag*. Dieser Vertrag kommt immer mit beiden Parteien zustande, selbst wenn eine Seite den Schiedsrichter ernannt hat (109). Auch bei institutionellen Schiedsgerichten stehen Parteien und Schiedsrichter in einem direkten Vertragsverhältnis (110).

b) Dienste höherer Art werden im allgemeinen nicht unentgeltlich erbracht. Eine *Vergütung* ist freilich nicht zwingend, doch gilt sie im Zweifel als stillschweigend vereinbart (111). Bei institutionellen Schiedsgerichten werden Vorschüsse meist von der Schiedsorganisation eingefordert; diese zahlt Vorschuß und Honorar an den Schiedsrichter aus (112). Im Zweifel haftet jede Partei aber für die gesamten Honorare aller Schiedsrichter (113). Schiedsrichter können nur von beiden Parteien entlassen werden; geschieht dies grundlos, wollen ihnen manche eine Entschädigung zusprechen (114).

(109) So in Italien, BRIGUGLIO, LB Nr. 7.1; in Schweden, LINDELL, LB Nr. 5.8; in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 28; in den Niederlanden, DE LY, LB Nr. 28; in Österreich, FASCHING, LB Nr. 28; in der Schweiz, WALTER, LB Nr. 28; in Hongkong, MORGAN, LB Nr. 27.1. Anders für Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 28 (Vertrag mit der bestellenden Partei; Erfolgshonorar und interne Besprechungen seien keine Geltenheit).

(110) UENO, LB Nr. 28; DE LY, LB Nr. 28; MORGAN, LB Nr. 28.2.

(111) UENO, LB Nr. 28; BORK, LB Nr. 30 (in Deutschland entsprechend § 612 BGB); vgl. Art. 1084 Brasil. ZPO, CARMONA, LB Nr. 20.

(112) FASCHING, LB Nr. 28; vgl. Art. 9 ICC-Rules.

(113) MORGAN, LB Nr. 28.3.

(114) EL-HAKIM, LB Nr. 30.

27. *Auf den Schiedsrichtervertrag anwendbares Recht.*— Welches Recht auf den Schiedsrichtervertrag anzuwenden ist, ist nirgends ausdrücklich geregelt; eine genaue Bestimmung ist meist auch unnötig. Da es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag handelt, können die Parteien das anwendbare Recht frei vereinbaren (115). Mangels Vereinbarung wollen manche den Schiedsrichtervertrag entsprechend Art. 4 II EVÜ an den Wohnsitz des Schiedsrichters anknüpfen, da dieser die charakteristische Vertragsleistung erbringt (116). Da dies bei einem international besetzten Schiedsgericht zu unterschiedlichen Rechten führen kann oder muß, wird der Schiedsrichtervertrag aber überwiegend wie der Schiedsvertrag an den *Sitz des Schiedsgerichts* oder an das Recht des Hauptvertrages, oder, bei institutionellen Schiedsgerichten, an den Sitz der Schiedsorganisation angeknüpft (117). Dadurch soll vermieden werden, daß sich Rechte und Pflichten der Schiedsrichter eines Spruchkörpers unterscheiden.

28. *Rechte und Pflichten der Schiedsrichter.*— Der Schiedsrichter hat seine Aufgaben unparteiisch und gewissenhaft zu erfüllen. Er hat das Verfahren sachgerecht abzuwickeln und den Schiedsspruch fristgerecht zu erlassen (118), auszufertigen und zu unterschreiben (119). Eine Klage auf Erfüllung und Mitwirkung am Verfahren wird aber im allgemeinen als unzulässig angesehen (120).

(115) FOUCHARD, LB Nr. 29.

(116) Niederlande, DE LY, LB Nr. 29; Österreich (§§ 35, 36 IPRG), FASCHING, LB Nr. 29.

(117) UENO, LB Nr. 29; FOUCHARD, LB Nr. 29; BORK, LB Nr. 29; WALTER, LB Nr. 29 (Sitz des Schiedsgerichts), MORGAN, LB Nr. 28.4 und 5; EL-HAKIM, LB Nr. 29.

(118) Vgl. Art. 1081 Brasil. ZPO, CARMONA, LB Nr. 20.

(119) FASCHING, LB Nr. 28; BORK, LB Nr. 28, 30; WALTER, LB Nr. 28; die Pflichten sind detailliert aufgeführt von MORGAN, LB Nr. 29.1.

(120) UENO, LB Nr. 30-33.

Da der Schiedsrichter *unabhängig* sein muß, hat er vor der Annahme seiner Ernennung den Parteien alle Umstände mitzuteilen, die seine Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit berühren könnten (121). Entstehen solche Umstände später, hat er sie ebenfalls umgehend mitzuteilen. Unterbleibt dies, kann der Schiedsspruch später angefochten werden.

29. *Haftung oder Immunität der Schiedsrichter.*— a) Aus dem Schiedsrichtervertrag müßte der Schiedsrichter den Parteien nach allgemeinen Regeln haften. Doch sind Haftungsbeschränkungen für die *eigentliche schiedsrichterliche Tätigkeit* ähnlich denen eines staatlichen Richters üblich und werden auch ohne besondere Vereinbarung angenommen (122). Danach haftet der Schiedsrichter allenfalls bei grober Fahrlässigkeit, Vorsatz oder Schädigungsabsicht (123), nicht aber für jeden (infolge von Sach- oder Rechtsfehlern) falschen Schiedsspruch.

b) Die französische Rechtsprechung hat eine Haftung bejaht, wenn der Schiedsrichter die Vertraulichkeit von *Informationen* verletzt hat. In diesem Fall hat er alle Kosten zu ersetzen, die durch die Nichtigerklärung des Schiedsspruchs entstehen (124).

(121) Art. 12 I ML; Frankreich, Art. 1452 II NCPC; FOUCHARD, LB Nr. 27; Schweden, sec. 9 Draft Arbitration Act 1995; USA, CARBONNEAU, LB Nr. II 26-33; Niederlande, Art. 1034 R.V., DE LY, LB Nr. 27. Die Wirklichkeit scheint teilweise freilich weniger hehr zu sein. So heißt es in einem Nationalbericht: "State entities ... often appoint their own ... council, employee or director ... but knowing that most arbitrators appointed by the parties ... behave more than attorneys than independent arbitrators, the other party prefers to accept such an appointment hoping that this ... position will help him obtaining the enforcement of the award ..."

(122) Für Immunität in USA, CARBONNEAU, LB Nr. II 26-33; in Hongkong, MORGAN, LB Nr. 30.1; DE LY, LB Nr. 31; BORK, LB Nr. 31; WALTER, LB Nr. 31; CARMONA, LB Nr. 31; EL-HAKIM, LB Nr. 31.

(123) VAN HOUTTE, LB Nr. 31.

(124) FOUCHARD, LB Nr. 31.

In Italien haften die Schiedsrichter nach Art. 813 I, 829 c.p.c., wenn sie den *Schiedsspruch nicht fristgerecht*, sondern erst nach Ablauf der Geltung der Schiedsvereinbarung *erlassen* und er deshalb aufgehoben wird. Sie haften, wenn sie den Schiedsspruch den Parteien nicht aushändigen oder die zwingenden Formen für den Schiedsspruch nicht einhalten (125).

Der Schiedsrichter haftet, wenn er *parteilich handelt* oder den Verfahrensablauf verzögert oder seine *Mitwirkung verweigert* (126).

In Österreich haften die Schiedsrichter, wenn sie das *Verfahren schuldhaft verzögern*. Für Verfahrens- und Entscheidungsfehler haften sie dagegen nur wie ein staatlicher Richter. Außerdem wird verlangt, daß die Parteien Abhilfe im Schiedsverfahren oder durch Anfechtung des Schiedsspruchs versucht haben (127).

Wegen passiver Bestechung für pflichtgemäße oder pflichtwidrige Tätigkeit (128), aber auch für unbefugte Offenbarung vertraulicher Kenntnisse des Falles (129) kann der Schiedsrichter vielfach wie ein Richter oder Beamter bestraft werden.

30. *Pflicht zur Verschwiegenheit.*— a) Gesetzlich ist eine Verschwiegenheitspflicht nicht vorgesehen. In der Praxis gilt die Pflicht zur Vertraulichkeit aber als stillschweigender, ja notwendiger Bestandteil des Schiedsrichtervertrages (130), weil Nichtöfentlichkeit und Vertraulichkeit in vielen Bereichen ein wesentlicher Grund für den Abschluß einer Schiedsvereinbarung sind. Grenzen der Pflicht zur Geheimhaltung ergeben sich

(125) BRIGUGLIO, LB Nr. 7.3.

(126) LINDELL, LB s. 8; BORK, LB Nr. 31; Art. 1082 I Brasil. ZPO; EL-HAKIM, LB Nr. 30.

(127) FASCHING, LB Nr. 31.

(128) Vgl. Art. 315, 316 schweiz. Strafgesetzbuch.

(129) So Art. 565 syr. StGB; EL-HAKIM, LB Nr. 32.

(130) LINDELL, LB s. 8; DE LY, LB Nr. 32; FASCHING, LB Nr. 32; WALTER, LB Nr. 32; MORGAN, LB Nr. 31.1.

freilich aus der Notwendigkeit, das Schiedsverfahren sachgerecht abzuwickeln, z.B. Zeugen und Sachverständige zu hören, den Schiedsspruch bei Gericht niederzulegen, für vollstreckbar erklären zu lassen usw.

Auch die Vertraulichkeit der Beratungen des Schiedsgerichts wird allgemein vorausgesetzt (131). Art. 5 V der Wiener Regeln verpflichtet die Schiedsrichter insoweit ausdrücklich zur Verschwiegenheit.

Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht sind Vertragsverletzungen und führen zur entsprechenden Schadenersatzpflicht (132). Allerdings gibt es einzelne Entscheidungen, wonach eine Pflicht zur Verschwiegenheit nicht notwendig stillschweigend vereinbart ist (133).

b) Nach bisherigem englischem Recht sind *Schiedssprüche* private, vertrauliche Dokumente und dürfen daher nur mit Einwilligung aller Parteien *veröffentlicht* werden. ICC-Schiedssprüche werden seit 1974 regelmäßig, aber (soweit erforderlich) anonymisiert veröffentlicht. Die Veröffentlichung verbessert die Information über Auslegung und Anwendung des Handelsrechts. Auch sieht § 30 der Rules of Maritime Arbitration, The Japan Shipping Exchange, vor, daß die Schiedsrichter den Schiedsspruch veröffentlichen dürfen, sofern nicht beide Parteien widersprechen.

31. *Verhaltensstandards für Schiedsrichter.*— Die International Bar Association hat 1987 Rules of Ethics für internationale *Schiedsrichter* erarbeitet. Bereits 1977 hatte die American Arbitration Association einen Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes vorgelegt. Den neuesten Code bilden die Guidelines of Good Practice des Londoner Chartered Institute

(131) Frankreich, Art. 1469 NCPC; CARBONNEAU, LB Nr. II 26-33.

(132) BORK, LB Nr. 32; CARMONA, LB Nr. 21.

(133) Vgl. MORGAN, LB Nr. 31.1.

of Arbitrators von 1990 (134) sowie die "Notice to Arbitrators of the CIETAC" von 1993. Verhaltensregeln in nationalen Gesetzen liegen dagegen meist nicht vor (135).

Unmittelbare Geltung haben diese Rules of Ethics nur, wenn sie vertraglich vereinbart sind (136). Da sie aber weitgehend nur Grundpflichten beschreiben, können sie auch sonst zur ergänzenden Auslegung des Schiedsrichtervertrages herangezogen werden (137). In der Praxis werden allerdings nicht selten Verstöße gegen diese Grundpflichten bzw. ein Verhalten im Grenzbereich beobachtet. Daher wird teilweise empfohlen, solche Standards künftig verbindlicher auszugestalten (138).

Daneben sollten auch die *Parteivertreter* vernünftige Verhaltensstandards beachten.

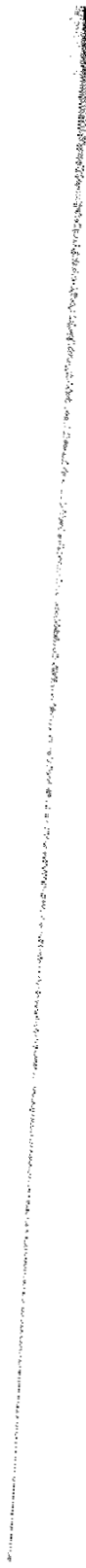
(134) Vgl. MORGAN, LB Nr. 32.1.1.

(135) Siehe aber Art. 93 VI Brasil. Gesetzesvorschlag von 1992.

(136) BORK, LB Nr. 33.

(137) DE LY, LB Nr. 33.

(138) FASCHING, LB Nr. 33.



III

DAS SCHIEDSVERFAHREN

Das Schiedsverfahrensrecht ist von großer praktischer Bedeutung. Liegt der Sitz des Schiedsgerichts fest, so entscheidet das Schiedsverfahrensrecht über die Bestellung und Ablehnung der Schiedsrichter, das Verfahren selbst, den Erlaß des Schiedsspruchs und seine etwaige Anfechtung.

Das UNCITRAL-Modellgesetz hat im Bereich des Schiedsverfahrens große Fortschritte gebracht. Als seine besonderen Leistungen hat man die ausgewogene Regelung der Schiedsrichterablehnung bis zur Benennung von Ersatzschiedsrichtern, die Regelung der Kompetenzstreitigkeiten sowie die Regelung des eigentlichen Schiedsverfahrens, auch bei Säumnis einer Seite bezeichnet. In diesen Regelungen würden zwingende Verfahrensregeln, Parteiautonomie und Ermessen des Schiedsgerichts in innovativer Weise miteinander verschmelzen. Alle diese Punkte werden in den Landesberichten aber kaum gestreift, vermutlich weil diese Regelungen gelungen sind und daher nicht mehr als diskussionsbedürftig erscheinen.

32. *Die Konstituierung des Schiedsgerichts.*— Das Schiedsverfahren beginnt grundsätzlich mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag des Schiedsklägers, den Streit dem Schiedsgericht vorzulegen, erhalten hat (Art. 21 ML) (1).

(1) Ebenso in Italien, BRIGUGLIO, LB Nr. 8; in Belgien, Art. 1683 B.W.; in den Niederlanden, Art. 1025 I R.V.

a) Die Parteien können das *Verfahren zur Bestellung* des oder der *Schiedsrichter* frei vereinbaren (Art. 11 II ML) (2). Das Verfahren muß so ausgestaltet sein, daß die Gleichheit der Parteien bei der Bestellung der Schiedsrichter gewährleistet ist. Andernfalls ist die Vereinbarung nichtig bzw. verstößt gegen den *ordre public* (3). Häufig vereinbaren die Parteien, daß jede Seite einen Schiedsrichter bestellt und diese den Vorsitzenden (Dritten) benennen. Ebenso ist es nach Art. 11 II ML, falls eine Vereinbarung fehlt (4).

Sobald alle Schiedsrichter bestellt sind und ihr Amt angenommen haben, ist das Schiedsgericht gebildet (5). Danach kann es für das Schiedsgericht zweckmäßig sein, in einer "konstituierenden Sitzung" sich mit den Parteien über den weiteren Verfahrensablauf (Verfahrensrecht, Arbeitsplan) zu verständigen (6).

b) Sofern eine für die Konstituierung notwendige Einigung oder ein Handeln der Parteien oder der Schiedsrichter oder von Dritten nicht erzielt oder nicht vorgenommen wird, kann jede Partei das zuständige Gericht um *Ersatzvornahme* anrufen (Art. 11 III b, IV ML), sofern die Parteien nicht primär ein anderes Ersatzverfahren vereinbart haben (7).

c) Die Ernennung des Parteischiedsrichters erfolgt zwar durch eine Partei, doch muß diese die Interessen der Gegenseite

(2) Ebenso Niederlande, Art. 1027 I R.V.; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 33.2.

(3) Frankreich: Cass.civ. (1^{re} ch.), *Rev. arb.*, 1992, 470 (Dutco); FOUCHARD, LB Nr. 34; in den Niederlanden kann dann eine Bestellung durch das Gericht verlangt werden, Art. 1028 R.V.

(4) Vgl. für Schweden § 7 schwed. Schiedsgesetz, sec. 13 Draft Arbitration Act 1995.

(5) So ausdrücklich Art. 1085 Brasil. ZPO, CARMONA, LB Nr. 23; BRIGUGLIO, LB Nr. 8.

(6) FASCHING, LB Nr. 34; BORK, LB Nr. 34.

(7) In Frankreich: Art. 1493 II NCPC, FOUCHARD, LB Nr. 34; in den Niederlanden, Art. 1027 III, IV R.V.; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 33.3; Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 34 (Gefahr der Bestellung ungeeigneter Schiedsrichter durch das Gericht); England: Arbitration Act 1996, s. 16-18.

und die Unabhängigkeit des Zuernennenden beachten (8), andernfalls kann der Schiedsrichter abgelehnt werden (s.u. 35.).

d) Bei *institutionellen* Schiedsgerichten findet mangels direkter Ernennung der Schiedsrichter durch die Parteien häufig ein Listenverfahren statt: Die Partei streicht ihr nicht genehme Kandidaten und vergibt Präferenzen; das Sekretariat der Institution wählt dann die Schiedsrichter unter Berücksichtigung der Parteivorgaben aus (9). Zwar entspricht die direkte Bestellung durch die Parteien stärker dem Grundsatz der Parteiautonomie. Das Listenverfahren trägt aber der Tatsache Rechnung, daß die Parteien vielfach selbst keine qualifizierten, unabhängigen Schiedsrichter finden (10).

33. *Schiedsverfahrensrecht.*— a) Ein Grundprinzip moderner Schiedsverfahren ist die *Freiheit der Parteien*, das Schiedsverfahrensrecht frei zu vereinbaren, und zwar *ohne Bindung an das Prozeßrecht des Sitzstaates*. Diese Freiheit ist in Art. V (1) (d) UNÜ 1958 und Art. IV (1) EuÜ 1961 ausdrücklich anerkannt. Dabei nehmen die Parteien überwiegend auf erprobte Regeln von Schiedsorganisationen oder auf die für ad hoc-Schiedsgerichte entworfenen UNCITRAL Rules Bezug. Wenn sie wollen, können sie auch Regeln für den konkreten Einzelfall entwerfen. Diese Freiheit wird in Art. 19 I ML anerkannt (11). Aber eine Annäherung der wichtigsten Verfahrensordnungen an einen einheitlichen Standard erleichtert die Abwicklung internationaler Verfahren. Zur Parteiautonomie, aber auch zu einem sachgerechten Verfahren gehört in internationalen Fällen die Befugnis der Parteien, sich durch beliebige ausländische

(8) FOUCHARD, LB Nr. 34.

(9) So in Korea, SONG, LB S. 11.

(10) UENO, LB Nr. 34.

(11) Ebenso in Italien, Art. 816 al. 2 c.p.c., BRIGUGLIO, LB Nr. 8.1; für Japan § 794 I ZPO, UENO, LB Nr. 35; in Deutschland, § 1034 II ZPO; Schweiz: Art. 182 IPRG; Brasilien: Art. 1091 s. 1 ZPO, CARMONA, LB Nr. 24; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 34.1.

Anwälte ihrer Wahl vertreten zu lassen. Nur wenige Länder schränken dieses Recht heute noch ein.

b) Probleme in der Praxis ergeben sich aber daraus, daß viele Rechtsordnungen unterschiedliche und zum Teil überraschende Regeln als prozessual zwingend vorschreiben. Deshalb gibt es eine starke Tendenz, *Schiedsverfahren* gänzlich *a-national*, unabhängig vom Recht am Sitz des Schiedsgerichts, zu gestalten. Dieser Wunsch ist teilweise verständlich.

Gleichwohl lehnen es fast alle Rechtsordnungen ab, daß das Schiedsverfahren völlig *a-national*, delokalisiert oder supranational durchgeführt werden kann. Eine solche Vereinbarung wäre auch höchst unpraktisch, weil sich dann kein Gericht als zuständig ansehen würde, um auftretende Schwierigkeiten zu bereinigen. Sinnvolles Ziel kann es nur sein, internationale Schiedsverfahren von unangemessenen Beschränkungen zu befreien, nicht aber sie ganz außerhalb des Rechts zu stellen.

c) Das Model Law trifft daher in den Art. 21-27 zu Recht *Vorsorge* für den Fall, daß eine *Parteivereinbarung fehlt*. In diesem Fall darf das Schiedsgericht ein ihm geeignet erscheinendes Verfahren durchführen (Art. 19 II ML; Art. 15 I UNCITRAL Rules) (12). Wichtigste Regel des Schiedsverfahrens ist dabei freilich: Das Schiedsgericht hat beide Parteien gleich zu behandeln (Art. 18 ML) und ihnen ausreichend Gehör zu gewähren (13). Solange das Schiedsgericht diese Minimalanforderungen der Verfahrensgerechtigkeit (*rules of natural justice*) beachtet, hat es freie Hand in der Gestaltung des Verfahrens. Auch der englische Arbitration Act 1996 will das Schiedsgericht nunmehr ausdrücklich von der Notwendigkeit eines englischen "adversarial process" befreien (14). Diese Autonomie der

(12) Ebenso in Italien, Art. 816 al. 3 c.p.c., BRIGUGLIO, LB Nr. 8.2; in Belgien, VAN HOUTTE, LB Nr. 35; in Japan § 794 II ZPO; in England: *Bremer Vulkan v. South India Shipping Corp.* [1981] AC 909, 985 (Lord Diplock).

(13) UENO, LB Nr. 35; FASCHING, LB Nr. 35; BORK, LB Nr. 35; England, Arbitration Act 1996, s. 33 (1) (a).

(14) Arbitration Act 1996, s. 33 (1).

Parteien ist eine der wesentlichsten Errungenschaften des modernen Schiedsrechts. Aus praktischen Gründen sollte freilich auch in internationalen Fällen eine Verfahrensordnung bereit stehen, damit nicht unnötige Kosten nur für den Streit über das anzuwendende Verfahren entstehen.

Zum Verfahrensstatut gehört die Wahl der *Verfahrenssprache*. Sie sollte möglichst zweckmäßig gewählt werden, so daß beide Parteien gleiche Prozeßchancen haben. Es sollten möglichst wenig Übersetzungen anfallen. Eine teilweise vorgeschriebene Zweisprachigkeit verteuert und verzögert den Verfahrensablauf.

d) *Schiedsverfahren dauern* häufig zu lange. Nach belgischem Recht können die Parteien eine Frist für den Erlaß des Schiedsspruchs vereinbaren. Mangels Vereinbarung kann jede Seite nach sechs Monaten das staatliche Gericht anrufen, damit es dem Schiedsgericht eine Frist setzt. Wird der Schiedsspruch nicht innerhalb dieser Frist erlassen, so endet das Amt der Schiedsrichter, sofern die Parteien die Frist nicht verlängern (Art. 1698 B.W.). Nach vielen Verfahrensordnungen müssen die Schiedsrichter ihren Spruch innerhalb sechs (so Art. 18 ICC-Rules), manchmal sogar drei Monaten (so Art. 520 Syrian Procedure Code) erlassen, sofern die Frist nicht auf Antrag einer Partei oder der Schiedsrichter je nach Verfahrensordnung vom Gericht, den Parteien oder der Schiedsorganisation verlängert wird.

Das Problem der Verfahrensverzögerung möchte RUBINO-SAMMARTANO (15) dadurch lösen, daß er das (erstinstanzliche) Schiedsverfahren auf ein Jahr beschränkt. Diese Frist soll durch ein Verwaltungsorgan kontrolliert werden.

Dieser Vorschlag ist aber zu starr und wenig praktikabel. Denn das Verwaltungsorgan einer Schiedsinstitution kann den Schiedsrichtern keine Weisungen hinsichtlich der sachlichen Erledigung des Schiedsverfahrens erteilen. Auch muß für

(15) RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law*, 1990, s. 508, 512.

schwierige Fälle eine Flexibilität bestehen bleiben. Schließlich erscheint ein Unwirksamwerden des Mandates bei Zeitüberschreitungen letztlich wenig befriedigend. Feste Zeitgrenzen sollten daher nicht verbindlich für alle Fälle vorgeschrieben werden. Beschleunigungsgebote, gegebenenfalls auch Präklusionsregeln, sind durchaus sinnvoll, aber ihnen kann keine sich selbst vollziehende Wirkung beigelegt werden.

34. *Terms of Reference.*— a) Enthält die Schiedsklage bereits genaue Angaben zum *Streitgegenstand*, so besteht kaum Anlaß, daß das Schiedsgericht den *Schiedsauftrag* nochmals in einem besonderen Dokument festhält. Wird das Verfahren aber mit einer relativ unbestimmten Schiedsaufforderung begonnen, so ist dies anders zu beurteilen.

International unterscheiden sich die Vorstellungen vom Streitgegenstand und von der Bindung an den Klageantrag. Deshalb wird zum Teil empfohlen, daß ein internationales Schiedsgericht bei Beginn des Verfahrens seinen Auftrag exakt bestätigt (16) und sein Vorgehen mit den Parteien bespricht (17), um Mißverständnisse auszuschließen und unnötige Kosten zu vermeiden. Wird darüber ein Dokument aufgenommen, so entspricht die Unterzeichnung durch Schiedsrichter und Parteien dem Abschluß des Schiedsvertrages nach Entstehen der Streitigkeit, wie er in Art. 1447 franz. NCPC vorgesehen ist (18).

b) Als selbständiges Institut sind die *terms of reference* aber nur in Art. 13 der ICC-Rules und in anderen davon beeinflussten Schiedsordnungen vorgesehen (19). Das UNCITRAL-Modellgesetz hat die "terms of reference" dagegen nicht übernommen.

(16) Vgl. MORGAN, LB Nr. 35.

(17) Vgl. BRIGUGLIO, LB Nr. 8.2; s.o. Nr. 32 a.

(18) FOUCHARD, LB Nr. 36.

(19) Z.B. im Verfahren der Stockholmer Handelskammer, LINDELL, LB S. 9. Nach den Korean Commercial Arbitration Rules kann das Schiedsgericht von den Parteien klarstellende Erklärungen verlangen, SONG, LB S. 13.

Denn als Institut sind die terms of reference umstritten, da manche fürchten, daß von ihnen zu starke Bindungswirkungen ausgehen. Ergänzungen oder Veränderungen des Streitstoffes sollen nur innerhalb der darin enthaltenen Streitfragen (20) zulässig sein; neue Ansprüche oder Gegenansprüche sollen nur noch mit Einverständnis des Gegners in das Verfahren eingeführt werden können (21). Viele befürchten, daß eine solche Regelung das Verfahren verzögert und Schwierigkeiten entstehen, wenn konkrete Angaben zum Verhandlungsstoff und zur rechtlichen Würdigung nicht selten vom weiteren Verfahren überholt werden (22).

Unstreitig ist eine Besprechung mit den Parteien über das weitere Vorgehen sinnvoll, nachdem das Schiedsgericht die Streitfragen aufgrund der eingereichten Schriftsätze und Unterlagen festgestellt hat (Art. 14 ICC-Rules).

35. *Ablehnung der Schiedsrichter.*— a) Ein Schiedsrichter kann meist aus den gleichen Gründen wie ein staatlicher Richter abgelehnt werden (23). Das Modellgesetz läßt eine Ablehnung zu, wenn (1) Zweifel an der Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit des Schiedsrichters bestehen, oder (2) er nicht die geforderte Qualifikation besitzt (Art. 12 II ML). Wie groß die Gefahr der Befangenheit sein muß, wird wohl, insbesondere für parteiernannte und "neutrale" Schiedsrichter unterschiedlich beurteilt.

b) International weitgehend anerkannt ist, daß eine Partei den Schiedsrichter ablehnen muß, sobald sie vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhält. Verhandelt die Partei in Kenntnis des

(20) Vgl. LINDELL, LB s. 9.

(21) BORK, LB Nr. 36.

(22) FASCHING, LB Nr. 36; EL-HAKIM, LB Nr. 36 (jahrelanges Verhandeln nur um die terms of reference).

(23) Schweden, LINDELL, LB s. 7; Belgien, Art. 1690 I B.W.; Deutschland, § 1032 I ZPO (§ 1036 II E-ZPO); Japan, § 792 ZPO; Österreich, § 586 ZPO.

Grundes ohne Rüge zur Sache, so verzichtet sie auf die Rüge oder ist doch mit ihr präkludiert (24). Entsprechendes gilt auch nach Art. 12 II ML bzw. Art. 30 UNCITRAL Rules. Das Model Law präzisiert lediglich die Frist auf 15 Tage nach Kenntnis des Umstandes (Art. 13 II ML). Danach muß das Schiedsgericht entscheiden, sofern der abgelehnte Schiedsrichter nicht von sich aus zurücktritt. Wird der Ablehnungsgrund nicht anerkannt, kann die Partei binnen 30 Tagen das staatliche Gericht anrufen. Das Schiedsgericht kann aber das Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch fällen (Art. 13 III 2 ML) (25). Allerdings besteht dabei das Risiko, daß gegen den Schiedsspruch nach Art. 34 (1) (a) (iv) ML Aufhebungsklage erhoben werden kann.

o) Die Parteien können allerdings eine andere Regelung frei vereinbaren (Art. 13 I ML). Im einzelnen ist das *Ablehnungsverfahren* meist in der vereinbarten Schiedsordnung oder im vereinbarten Schiedsverfahrensrecht festgelegt. Nach den ICC-Rules entscheidet der Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer über die Ablehnung eines Schiedsrichters endgültig (Art. 2 (8), (9), (13) ICC-Rules). Die staatlichen französischen Gerichte kontrollieren diese Entscheidungen des Schiedsgerichtshofs grundsätzlich nicht (26). In Österreich entscheidet das Schiedsgericht über die Ablehnung; verwirft es die Ablehnung, kann gegen den Schiedsspruch Aufhebungsklage erhoben werden (27). In Deutschland, Korea, Japan, den Niederlanden (Art. 1035 R.V.) und Brasilien muß das Ablehnungsgesuch dagegen an das staatliche Gericht gerichtet werden (28), sofern der Schiedsrichter nicht freiwillig von seinem Amt zurücktritt. In der Schweiz ist das Gericht nur beim

(24) Schweden, LINDELL, LB s. 7; Belgien, Art. 1690 II B.W.; Niederlande, Art. 1033 II, III R.V.

(25) Anders in Belgien, Art. 1691 I 2 B.W.

(26) FOUCHARD, LB Nr. 37.

(27) FASCHING, LB Nr. 37.

(28) SONG, LB S. 11; UENO, LB Nr. 37; Brasilien, Art. 1079 II ZPO.

Fehlen einer abweichenden Vereinbarung anzurufen (Art. 180 III IPRG).

36. *Verfahrensarten.*— a) Da die Parteien das Verfahren frei regeln können, bleibt es ihnen überlassen, die Art des Verfahrens festzulegen. Die Parteien können etwa anstelle einer *mündlichen* Verhandlung ein *schriftliches Verfahren* (29) oder anstelle eines normalen ein *summarisches Verfahren* (30) vereinbaren.

Manche Institutionen bieten zudem neben dem normalen Verfahren ein *beschleunigtes Verfahren* (31), ein vereinfachtes Verfahren, einen Urkundenprozeß oder einen besonderen einstweiligen Rechtsschutz (s.u. Nr. 37) an.

b) Haben die Parteien nichts vereinbart, so entscheidet das Schiedsgericht nach seinem *Ermessen*, wie es das Verfahren durchführt (Art. 19 II ML), insbesondere ob es mündlich oder schriftlich verhandelt und ob die Verhandlung schriftlich vorzubereiten ist (Art. 24 I ML). Entsprechendes gilt für die Wahl der Verfahrenssprache (Art. 22 ML) (32). Zwingend vorgeschrieben ist meist nur, daß das Schiedsgericht die Parteien gleich behandeln und ihnen ausreichend Gehör gewähren muß (33).

c) Häufig *ähnelt* das Schiedsverfahren dem entsprechenden *staatlichen Gerichtsverfahren* (34). In common law-Staaten entscheiden die Parteien, hilfsweise das Schiedsgericht, ob ein

(29) Korea, SONG, LB s. 13.

(30) Deutschland, BORK, LB Nr. 38.

(31) So Niederlande, Art. 1051 R.V.; Korean Commercial Arbitration Rules, Chapter VIII, SONG, LB s. 14.

(32) Für Italien, Art. 835 c.p.c. (von 1994), vgl. BRIGUGLIO, LB Nr. 9.

(33) Art. 13 ML; USA: CARBONNEAU, LB Nr. II, 38; MORGAN, LB Nr. 37.5; Belgien, Art. 1694 § 1 B.W.; Schweiz, Art. 182 III, IPRG; Deutschland, § 1034 ZPO (§ 1042 I E-ZPO).

(34) Schweden, LINDELL, LB s. 11; Deutschland, BORK, LB Nr. 38; Korea, SONG, LB s. 23 (wenn Juristen Schiedsrichter).

volles adversarial procedure oder nur ein informelles hearing stattfindet (35). Für England wird betont, daß Schiedsverfahren i.d.R. völlig formlos, ohne Ähnlichkeit mit einer Gerichtsverhandlung ablaufen. Umgekehrt können Schiedsgerichte in civil law-Staaten Elemente des common law-Verfahrens, z.B. das Kreuzverhör der Zeugen, übernehmen (36). Vielfach gehen internationale Schiedsgerichte schrittweise vor, ohne sich auf eine bestimmte Verfahrensordnung festzulegen. Im Ergebnis befolgen internationale Schiedsgerichte häufig ein gemischtes Verfahren. In England scheint es freilich noch immer unvorstellbar, daß ein Schiedsgericht sich selbst aktiv an einer Schlichtung bzw. Vergleichsverhandlung beteiligt.

Verzögerungs- und Abwehrtaktiken schleichen sich zunehmend auch in internationale Schiedsverfahren ein. Um Verzögerungen durch die Parteien auszuschließen, gibt das Model Law (Art. 23 II) dem Schiedsgericht die Befugnis, eine spätere Klageänderung oder Ergänzungen der Angriffs- oder Verteidigungsmittel zurückzuweisen. Mit der gleichen Zielsetzung ist in Art. 25 ML näher geregelt, wie bei Säumnis einer Partei vorzugehen ist.

d) Streitig ist naturgemäß, ob und welche Verfahrensregeln im Zweifel mangels Vereinbarung vorgegeben werden sollen. Auch für ad hoc-Schiedsgerichte erscheint die *Vorgabe einer Musterordnung* als sinnvoll, damit nicht unnötiger Streit über das einzuschlagende Verfahren zwischen den Schiedsrichtern sowie Schiedsrichtern und Parteien entsteht, unnötige Verzögerungen entstehen und vermeidbare Kosten anfallen. Common law-Juristen möchten lieber von einem rein mündlichen Verfahren ausgehen, das auf dem adversarial principle beruht. Das ML folgt mit der Vorgabe von Schriftsatzwechsel unter Urkundenvorlage (Art. 23 ML), Beweisaufnahme durch das Schiedsgericht (Art. 19 II, 20 II ML) und einer vorsichtigen Präklu-

(35) Vgl. MORGAN, LB Nr. 37.3 und 4; CARBONNEAU, LB Nr. II 40 (meist stärkere inquisitorische Stellung der Schiedsrichter).

(36) DE LY, LB Nr. 40.

sionsregelung (Art. 25 ML) eher dem kontinentalen Verfahrensmodell, übernimmt damit aber wohl eine bei Schiedsgerichten verbreitete Verfahrensweise. Mir scheint, daß die schriftliche Vorbereitung der Verhandlung und die Befugnis des Gerichts, aktiv auf den Ablauf einzuwirken, letztlich besser geeignet ist, um internationale Verfahren zügig, mit möglichst kurzer mündlicher Verhandlung und damit kostengünstig abzuwickeln. Die Reformierung des Verfahrens vor dem englischen High Court in diese Richtung zeigt, daß eine schriftliche Vorbereitung notwendig ist, um eine Konzentration der Verhandlung auf das Wesentliche zu erreichen. Die "Notes on Organizing Arbitral Proceedings", die UNCITRAL 1996 verabschiedet hat und den Parteien zum Gebrauch empfiehlt, gehen deshalb zu Recht von dieser Grundstruktur des Verfahrens aus.

37. *Vorläufiger Rechtsschutz.*— a) Die *traditionelle Haltung* vieler Staaten ist, daß ein Schiedsgericht zwar über die Schiedssache entscheiden, aber *keine einstweiligen Maßnahmen* anordnen kann. Dies gilt in Brasilien (37), Deutschland (38), Griechenland, Italien (39), Japan (40), Österreich (41) und wohl auch Schweden (42). Mit der Dringlichkeit einer einstweiligen Maßnahme sei die Anrufung des Schiedsgerichts unvereinbar; nach dem Gesetz seien auch nur endgültige Schiedssprüche vollstreckbar. Es sei daher sogar unzulässig, das Schiedsgericht ausdrücklich zu einstweiligen Anordnungen zu ermächtigen.

Umgekehrt billigt das *US-amerikanische Recht* dem Schiedsgericht auch Zwangsbefugnisse zu und gibt ihm dementsprechend eine uneingeschränkte Macht zur Anordnung von

(37) Art. 1086 Nr. 2 Brasil. ZPO; CARMONA, LB Nr. 21.

(38) BORK, LB Nr. 39 (h.M.).

(39) Art. 818 C.P.C.; BRIGUGLIO, LB Nr. 8.7.

(40) UENO, LB Nr. 39.

(41) FASCHING, LB Nr. 39.

(42) LINDELL, LB s. 10.

“provisional relief” (43). Ein entsprechender Schiedsspruch wird vollstreckt.

b) Streitig ist, ob das *staatliche Gericht konkurrierend zuständig* bleiben soll. Nach dem (privaten) japanischen Reform-Entwurf soll einstweiliger Rechtsschutz nur noch durch das Schiedsgericht gewährt werden. Selbst vor Einleitung des Schiedsverfahrens soll das staatliche Gericht nicht angerufen werden können (44). Eine solche radikale Lösung geht wohl umgekehrt zu weit. Problematisch erscheint auch die Befugnis, einstweiligen Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten auszuschließen.

c) Überwiegend sieht man die Sache heute wohl pragmatischer. Unmittelbare Zwangsanordnungen, wie etwa beim Arrest, kann das Schiedsgericht nicht erlassen, wohl aber spricht nichts gegen eine *konkurrierende Zuständigkeit von Schiedsgericht und staatlichem Gericht* für einstweilige Anordnungen (Verfügungen), zumal die teilweise akzeptierte Annahme zulässiger zeitlich befristeter endgültiger Schiedssprüche eine etwas gewollte Umgehung des grundsätzlichen Verbots bildet.

Solch einstweiliger konkurrierender Rechtsschutz durch das Schiedsgericht ist vorgesehen in den *Niederlanden* (Art. 1051 R.V.). Auch *Frankreich* läßt einstweilige Maßnahmen durch das Schiedsgericht zu. Entsprechend bietet die Internationale Handelskammer Paris seit 1990 ein besonderes *réferee pre arbitral*-Verfahren an, in dem der *réferee* auch vorläufige Sachentscheidungen einschließlich von Zahlungsanordnungen treffen kann. Zur Vollstreckung der einstweiligen Maßnahmen muß freilich der staatliche Richter angerufen werden (45). Daneben kann in dringenden Fällen stets der staatliche Richter angerufen werden (46).

In *Belgien* hindert die Schiedsvereinbarung die Parteien nicht, einstweiligen Rechtsschutz vor dem staatlichen Gericht zu

(43) CARBONNEAU, LB Nr. 39.

(44) UENO, LB Nr. 39.

(45) FOUCHARD, LB Nr. 39.

(46) FOUCHARD, LB Nr. 43.

beantragen, sofern sie diese Befugnis nicht ausdrücklich ausschließen. Umgekehrt können die Parteien beim Schiedsgericht einstweiligen Rechtsschutz beantragen (47).

In *England* gewähren die Gerichte einstweiligen Rechtsschutz auch während eines Schiedsverfahrens. Sie haben auch *Mareva* injunctions gewährt, durch die dem Schiedsbeklagten verboten wurde, sein Vermögen außer Landes zu schaffen und in solchen Fällen dem Kläger praktisch zu einer Sicherheitsleistung verholfen, oder direkt Sicherheitsleistung gem. sec. 12 (6) Arbitration Act 1950 angeordnet (48).

d) Erneut zeigt sich, daß das *UNCITRAL Model Law* und die ihm folgenden Rechtsordnungen einen vernünftigen Kompromiß vorsehen: Einerseits kann danach das Schiedsgericht auf Antrag alle vorläufigen oder sichernden Maßnahmen (durch Zwischenschiedsspruch) anordnen (Art. 17 ML; Art. 26 Rules). Durch solche einstweilige Anordnungen kann das Schiedsgericht gegebenenfalls einer Obstruktion durch eine Partei entgegenwirken, und zwar selbst dann, wenn diese Maßnahme nicht vollstreckt werden kann, da die Möglichkeit indirekter Sanktionen bei Erlaß des Schiedsspruchs besteht. Grundsätzlich sollte das staatliche Gericht aber einstweilige Maßnahmen des Schiedsgerichts anerkennen und sie nur bei Bedarf nach Änderung der Verhältnisse abändern. Da andererseits das Schiedsgericht erst gebildet werden muß und auch später nicht stets einsatzbereit ist, wird es zu Recht mit der Schiedsvereinbarung nicht als unvereinbar angesehen, einstweiligen Rechtsschutz bei einem staatlichen Gericht zu beantragen (Art. 9 ML) (49). Außerdem kann das Schiedsgericht keine Maßnahmen mit Zwangswirkung gegenüber Dritten anordnen, was dagegen dem

(47) Art. 1679 § 2 C.J.; VAN HOUTTE, LB Nr. 39.

(48) Der Arbitration Act 1996 sieht in sec. 11 die Anordnung einer Sicherheitsleistung nur in Admiralty proceedings vor.

(49) Ebenso in Hongkong: sec. 14 (6) Ordinance, MORGAN, LB Nr. 39.4; in England: SA Coppée-Lavalin NV v. Ken-Res Chemicals [1994] 2 *WLR* 631 (H.L.(E.)) (Kostensicherheit für ICC-Schiedsverfahren).

staatlichen Gericht unter Umständen möglich ist. Derart konkurrierende Zuständigkeit von staatlichem Gericht und Schiedsgericht sind daher vernünftig und werden den Interessen der Beteiligten am besten gerecht.

38. *Befugnisse der Schiedsrichter.*— Die Schiedsrichter sind Herr des Verfahrens und gleichzeitig Diener der Parteien (50). Sofern die Parteien nichts Abweichendes festlegen, haben sie häufig weitergehende Befugnisse als ein staatlicher Richter, da das Verfahren vor ihnen weitgehend frei ist und sie selbst die notwendigen Festlegungen treffen können (51).

a) Um den Rechtsstreit der Parteien zu entscheiden, dürfen die Schiedsrichter alle Fragen des Verfahrensablaufs sowie über jede *Tat- oder Rechtsfrage* zur Hauptsache entscheiden; sie dürfen den Sachverhalt von Amts wegen aufklären, notfalls das staatliche Gericht um Amtshilfe bitten, notfalls durch Zwischenschiedsspruch sogar zeitweilige Leistungen anordnen und aufgrund besonderer Ermächtigung nach Billigkeit entscheiden. Sofern gewünscht, dürfen sie *Vertragsanpassungen* anordnen, oder Vertragslücken füllen, insbesondere bei langfristigen Verträgen (52). Ferner legt teilweise das Verfahrensstatut fest, ob das Schiedsgericht Zinsen ohne Antrag zusprechen kann (53).

b) Anders als der staatliche Richter hat der Schiedsrichter in den meisten Ländern keine *Zwangsbefugnisse*; er kann daher keine Ordnungsstrafen verhängen (54) sowie Zeugen und Parteien nicht zwangsweise laden und vereidigen (55).

(50) MORGAN, LB Nr. 40.1.

(51) FOUCHARD, LB Nr. 40; LINDELL, LB s. 10; Deutschland, § 1034 II ZPO, BORK, LB Nr. 40.

(52) MORGAN, LB Nr. 40.3.2.

(53) MORGAN, LB Nr. 40 listet 20 verschiedene Befugnisse auf.

(54) So für Belgien: VAN HOUTTE, LB Nr. 40.

(55) FASCHING, LB Nr. 40; BORK, LB Nr. 40; WALTER, LB Nr. 40; CARBONNEAU, LB Nr. 25; LINDELL, LB s. 12.

Partiell Abweichendes gilt insoweit in England und in den USA. In England kann das Schiedsgericht den Zeugen, der freiwillig erscheint, unter Eid vernehmen. Aber es kann ihn nicht zwangsweise vorladen. Auf Antrag einer Partei ordnet der High Court die Aussage vor dem Schiedsgericht an (56). Nach sec. 7 FAA kann das Schiedsgericht die Parteien oder Dritte unter Androhung einer subpoena laden und ihnen aufgeben, Beweismaterial mitzubringen. Leistet der Geladene keine Folge, kann das Schiedsgericht beim US-Gericht seines Sitzes die Vorführung der betreffenden Person oder ihre Bestrafung wegen contempt beantragen. Das Schiedsgericht kann hier also eine subpoena immerhin selbständig anordnen (57).

Wie häufig beruht die eigentliche Macht der Schiedsrichter aber nicht auf gesetzlichen (Zwangs-)Befugnissen, sondern auf der fachlichen und persönlichen Autorität, die Parteien zum Abschluß eines Vergleichs zu bewegen (58) oder einen Spruch tatsächlich zu akzeptieren.

39. *Kompetenz-Kompetenz*.— Das Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichem Gericht wird nach wie vor sehr unterschiedlich gesehen.

a) In den USA entscheidet das *staatliche Gericht* nach sec. 3 FAA auf Antrag darüber, ob eine wirksame Schiedsvereinbarung besteht und ob das konkrete Schiedsverfahren darunter fällt (59). Wird die Kompetenz des Schiedsgerichts bestritten, so darf es seine Tätigkeit nicht fortsetzen. Selbst wenn das Schiedsgericht letztlich zuständig ist, kann auf diese Weise seine Tätigkeit zunächst lahm gelegt werden. Ähnliches gilt nach wie

(56) England, Arbitration Act 1996, sec. 43; ähnlich in Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 38, 40.

(57) CARBONNEAU, LB Nr. I 3.

(58) BORK, LB Nr. 40.

(59) CARBONNEAU, LB Nr. I 5, II 41, 70-76.

vor in Argentinien. Solche Regelungen sind sicherlich reformbedürftig.

b) Übertriebene Schiedsfreundlichkeit liegt dagegen vor, wenn man eine *endgültige Befugnis des Schiedsgerichts* bejaht, über seine Zuständigkeit mit bindender Wirkung für die staatlichen Gerichte zu entscheiden. Eine solche Befugnis akzeptiert die h.M. in Deutschland, sofern die Parteien dies in einer zweiten Schiedsabrede vereinbart haben. Das staatliche Gericht könne dann nur die Wirksamkeit dieser zweiten Abrede überprüfen. Man kann dies auch anders wenden: Ruft eine Partei das staatliche Gericht an, so darf dieses infolge der zweiten Schiedsabrede nicht über die Wirksamkeit der ersten entscheiden (60). In der Sache liegt darin ein (unzulässiger) Verzicht auf den Aufhebungsgrund "Fehlen eines gültigen Schiedsvertrages".

c) Eine solche Bindung der staatlichen Gerichte geht zu weit. Sie wird denn auch in keinem anderen Land anerkannt (61) und im deutschen Regierungsentwurf von 1996 ausdrücklich aufgegeben (62).

Sachgerechter erscheint letztlich eine *vermittelnde Lösung*. Die Tätigkeit des Schiedsgerichts verläuft zunächst ungestört, wenn es über seine eigene Zuständigkeit befinden und nach einer formellen oder informellen Bejahung dann selbst zur Sache verhandeln und entscheiden kann, wenn der Schiedsbeklagte die Zuständigkeit weiterhin bestreitet. Eine solche *vorläufige Kompetenz-Kompetenz* trägt zu einem effektiven Verfahren bei, wenn das Schiedsgericht sie sachgerecht wahrnimmt. Vorgesehen ist sie heute in Art. V (3) EuÜ sowie in Art. 16 I UNCITRAL Model Law. Sie wird schon bisher in England, Frankreich (63), Korea (64), Schweden (65), Belgien (66), den

(60) BORK, LB Nr. 41.

(61) Ablehnend Japan (UENO, LB Nr. 41).

(62) § 1040 III 2 E-ZPO; *Begründung des Diskussionsentwurfs*, s. 133 f und Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/5274, s. 44.

(63) Art. 1466 NCPC; FOUCHARD, LB Nr. 41.

(64) SONG, LB C 5.

(65) LINDELL, LB s. 3; Sec. 2 Draft Arbitration Act 1995.

Niederlanden (67) und in der Schweiz (68) anerkannt. Die vorläufige Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts setzt freilich voraus, daß prima facie überhaupt eine Schiedsvereinbarung in Betracht kommt.

Damit sich nicht später gegebenenfalls das ganze Schiedsverfahren als vergeblich erweist, sieht das Model Law vor, daß die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gerügt werden muß und das Schiedsgericht über diese Rüge in der Regel durch einen befristet anfechtbaren Zwischenschiedsspruch entscheidet (Art. 16 II, III ML). Eine solche Lösung erscheint angemessener als die des niederländischen Rechts (Art. 1052 IV R.V.), wonach die Kompetenz-Entscheidung des Schiedsgerichts erst mit dem endgültigen Schiedsspruch angefochten werden kann (69). Diese Lösung soll angeblich besser Verzögerungstaktiken vorbeugen (70). Aber dies überzeugt nicht. Bei großen Schiedsverfahren muß die Sicherheit gewonnen werden können, daß dessen vertragliche Grundlage wirklich von den staatlichen Gerichten anerkannt wird und nicht das ganze Verfahren letztlich vergeblich durchgeführt wird.

d) Umgekehrt: Verneint das Schiedsgericht seine Zuständigkeit, so ist diese Entscheidung vom staatlichen Gericht auf Antrag in Frankreich zu kontrollieren und das Schiedsgericht ggf. anzuhalten, den übernommenen Auftrag auszuführen. Soweit nicht beide Parteien auf die Schiedsabrede verzichten, werden die Parteien erneut an das Schiedsgericht verwiesen. Diese Lösung ist konsequent, aber vielleicht nicht immer praktikabel. Andere sehen deshalb die negative Kompetenzentscheidung des Schiedsgerichts als bindend an (71). Ent-

(66) Art. 1697 C.J.; VAN HOUTTE, LB Nr. 41.

(67) Art. 1052 R.V.; DE LY, LB Nr. 41.

(68) Art. 186 schweiz.IPRG; WALTER, LB Nr. 41.

(69) Der englische Entwurf folgte zunächst ebenfalls dieser Lösung (vgl. *Department of Trade and Industry Consultation Document*, Part III, *ArbInt* 10 (1994), 223, 226); der Arbitration Act 1996, sec. 30, 31 übernimmt dagegen Art. 16 ML.

(70) DE LY, LB Nr. 41.

(71) FASCHING, LB Nr. 41.

scheidend ist de lege lata, wann eine Schiedsvereinbarung nach dem Verfahrensstatut unwirksam wird und generell, ob bei einer "Rückverweisung" an das Schiedsgericht ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist.

40. *Sachaufklärung und Beweiserhebung durch das Schiedsgericht.*— a) Sachaufklärung und Beweiserhebung richten sich nach dem gewählten Verfahrensrecht, je nachdem also mehr nach kontinentaleuropäischem oder nach dem common law-Modell. Diese *freie Wahl der Parteien* hat somit Auswirkungen auf die Rolle und Aufgaben von Anwälten, Parteien, Schiedsgericht und Sachverständigen (72) sowie auf die anzuwendenden Beweismaßstäbe.

b) Mangels Wahl der Parteien kann das *Schiedsgericht* über sein Vorgehen, auch bei der Sachaufklärung und einer Beweisaufnahme (73) frei entscheiden, etwa ein discovery-Verfahren zwischen den Parteien anordnen. Lehnt das Schiedsgericht sein Verfahren an das des Sitzstaates an, so muß es doch nicht dessen Beweisregeln im einzelnen einhalten, sondern kann ein Mischverfahren wählen. Ein amerikanisches Schiedsgericht kann deshalb das discovery-Verfahren amerikanischer Art ausschließen (74). In England und Syrien hat ein Schiedsgericht de lege lata dagegen das gesamte nationale Beweisrecht zu beachten (75). In manchen Ländern setzt auch der nationale ordre public der Sachaufklärung Grenzen. Z.B. verstößt ein pretrial discovery of documents amerikanischen Stils gegen den niederländischen ordre public (76).

Das Schiedsgericht hat die Parteien zum Beweis streitiger Tatsachen zuzulassen und auf Antrag alle Beweise zu erheben.

(72) Vgl. MORGAN, LB Nr. 42.4.

(73) Niederlande, Art. 1039 V.R.V., vgl. DE LY, LB Nr. 42.

(74) So FOUCHARD, LB Nr. 42 (im französischen Landesbericht).

(75) Vgl. EL-HAKIM, LB Nr. 42.

(76) DE LY, LB Nr. 42.

Es kann selbst ein Sachverständigengutachten einholen oder Parteigutachter (expert witness) zulassen (77). Das Model Law sieht vor, daß das Schiedsgericht frei über Zulässigkeit, Erheblichkeit, Bedeutung und Gewicht von Beweisen entscheidet (Art. 19 II ML). Soweit das Model Law übernommen wurde, ist das Schiedsgericht daher nicht an Beweisregeln, z.B. des common law, gebunden (78).

Ausdrücklich regelt das Model Law, daß das Schiedsgericht einen Gutachter bestellen und zur mündlichen Verhandlung laden kann (Art. 26 I, II ML) (79). Außerdem kann es die Parteien auffordern, mit dem Gutachter zusammenzuarbeiten (Art. 26 I b ML). Das Schiedsgericht kann von den Parteien die Vorlage von Unterlagen und die Mitwirkung bei der Sachaufklärung verlangen und aus einer Weigerung Schlüsse ziehen (80). Das UNCITRAL-Modellgesetz regelt lediglich, ob eine mündliche Verhandlung für die Beweiserhebung anzuordnen ist (Art. 24 I ML). Da eine Orientierung im Einzelfall zu Schwierigkeiten führen kann, besteht in der Praxis das Bedürfnis, sich für die Sachaufklärung (discovery) und die Beweisaufnahme an konkrete Regeln zu halten. Auch die UNCITRAL erarbeitet derzeit daher Richtlinien für die Beweisaufnahme vor internationalen Schiedsgerichten (81).

Das Schiedsgericht kann die Beweisaufnahme auf eines seiner Mitglieder delegieren (82).

In den meisten Ländern kann das Schiedsgericht keinen Eid abnehmen (83). In Italien soll es auch keine amtlichen Aus-

(77) FOUCHARD, LB Nr. 42; England: Arbitration Act 1996, sec. 37 (1).

(78) Vgl. MORGAN, LB Nr. 42.2; ebenso englischer Arbitration Act 1996, sec. 34 (1) (f).

(79) Vgl. MORGAN, LB Nr. 42.3.3; 42.4.4.

(80) Niederlande: Art. 1039 IV R.V.; Dänemark, PHILIP, LB Nr. 42; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 42.1.

(81) UNCITRAL Draft Notes on Organizing Arbitral Proceedings, Report of the Secretary-General vom 30.3.1995 (A/CN.9/410), para 13-17.

(82) So in Italien, Art. 816 al. 5 c.p.c.; anders in Frankreich, Art. 1461 NCPC (nur bei Ermächtigung im Schiedsvertrag).

künfte einholen dürfen (84). In Italien kann das Schiedsgericht Zeugen vernehmen, wenn sie freiwillig erscheinen. Im übrigen kann es sie um eine schriftliche Aussage bitten oder sie auffordern, vor dem Gericht ihres Wohnsitzes auszusagen (85).

In Belgien kann das Schiedsgericht von den Parteien (nicht von Dritten) die Vorlage von Dokumenten verlangen, sonst aber alle Beweise erheben und sogar einen entscheidenden oder einen ergänzenden Eid abnehmen (86). Es kann die Parteien mangels anderer Vereinbarungen durch eingeschriebenen Brief laden (87).

Teilweise gilt für das Schiedsgericht im Zweifel ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz (88); in der Praxis sind Abweichungen vom Verhandlungsgrundsatz aber selten (89). Die Stellung der Anwälte richtet sich schließlich ganz nach dem gewählten Verfahren.

41. *Rechtshilfe des Gerichts bei der Beweisaufnahme.*— a) Da das (inländische) Schiedsgericht in der Regel selbst keine Zwangsgewalt besitzt, kann es in den meisten Ländern das *staatliche Gericht* um Rechtshilfe bei der Beweisaufnahme bitten (90). Nach Art. 27 ML kann sich auch eine Partei mit

(83) So in Italien, BRIGUGLIO, LB Nr. 8.4; in Korea, SONG, LB s. 13; in Schweden, LINDELL, LB s. 12 (künftig sec. 25 II Draft Arbitration Act 1995); anders in Belgien, Art. 1496 § 1 B.W.; in den Niederlanden, Art. 1041 I 2 R.V.; in England, sec. 12 (1), (2) Arbitration Act 1950; die Regelung des Draft Arbitration Bill 1994, clause 11 (7) ist im Arbitration Act 1996 nicht mehr enthalten.

(84) BRIGUGLIO, LB Nr. 8.4.

(85) In Italien vgl. Art. 819 ter c.p.c. (von 1994).

(86) Art. 1696 § 1 B.W.; VAN HOUTTE, LB Nr. 42.

(87) Art. 1694 § 2 B.W.

(88) So Deutschland: § 1034 I 1 ZPO (undeutlicher künftig § 1042 IV 2 E-ZPO); Japan, § 794 I ZPO; Brasilien, CARMONA, LB Nr. 25; England: Arbitration Act 1996, sec. 34.

(89) UENO, LB Nr. 42; BORK, LB Nr. 42.

(90) Schweden, LINDELL, s. 13; Dänemark, Arbitration Act 1972, sec. 5; Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 44; Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 43, 44.

Einwilligung des Schiedsgerichts selbst an das staatliche Gericht wenden (91). Soweit erforderlich, übt das staatliche Gericht Zwang gegenüber Zeugen und Sachverständigen, nimmt Eide ab oder eidesstaatliche Versicherungen entgegen (92).

In England ordnet der High Court auf Antrag einer Partei unter Strafandrohung an, daß ein Zeuge vor dem Schiedsgericht aussagen muß (93). Der High Court kann aber auch die eidliche Vernehmung vor Gericht anordnen (94).

In Korea läßt das staatliche Gericht den Zeugen vor das Schiedsgericht (95).

b) Diese Rechtshilfe wird auch für ausländische Schiedsgerichte geleistet, vorausgesetzt die Streitsache ist nach dem Recht des ersuchten Gerichts schiedsfähig (96). Das Gericht erledigt das Ersuchen naturgemäß im Rahmen seiner Zuständigkeit und nach seinem nationalen Verfahrensrecht (Art. 27 S. 2 ML) (97). In Italien ist eine solche Rechtshilfe jedoch nicht vorgesehen (98).

Das Gericht des Sitzstaates kann u.U. seinerseits um Rechtshilfe eines ausländischen Gerichts ersuchen (99). Ein direktes Rechtshilfegesuch eines ausländischen Schiedsgerichts wird dagegen vielfach als unzulässig angesehen (100). Österreichische Gerichte leisten allen (auch ausländischen oder internationalen) Schiedsgerichten auf Ersuchen Rechtshilfe (Art.

(91) Ebenso Schweiz, Art. 184 II IPRG (vgl. G. WALTER, *Etudes Lalive*, 1993, s. 699, 705 ff); in den Niederlanden, Art. 1041 II R.V.; in Belgien, Art. 1696 II B.W.; in Schweden, sec. 26 I Draft Arbitration Act 1995.

(92) FASCHING, LB Nr. 44.

(93) Arbitration Act 1950, sec. 12 (4).

(94) Arbitration Act 1950, sec. 12 (6) (d).

(95) Korean Arbitration Act, Art. 8, SONG, LB s. 13.

(96) So in Schweden, LINDELL, LB s. 12.

(97) Ebenso in der Schweiz, Art. 184 II IPRG.

(98) BRIGUGLIO, LB Nr. 8.4.

(99) Hongkong, MORGAN, LB Nr. 43.3; Deutschland, BORK, LB Nr. 44.

(100) Schweiz, WALTER, LB Nr. 44b; Japan, UENO, LB Nr. 44 (der Entwurf zu einem Schiedsrecht läßt in § 45 I eine Beziehung zu Japan genügen).

XIII EGJN) (101). In den Niederlanden ist es ungewiß, ob die Gerichte Rechtshilfe nur für inländische Schiedsgerichte und ausländische Gerichte oder in (modernerer Weise) auch zugunsten ausländischer Schiedsgerichte leisten (102).

42. *Rechtshilfe bei der Zustellung.*— a) Eine förmliche Zustellung von *Schiedsklage, Ladungen* und *Beweisbeschlüssen* ist nirgends vorgeschrieben (103). Regelmäßig wird auch in der Praxis auf eine förmliche Zustellung verzichtet. In nationalen Verfahren wird häufig durch Einschreibebrief zugestellt (104). In internationalen Verfahren ist meist keine besondere Zustellungsform vorgeschrieben; das Haager Zustellungsübereinkommen von 1965 ist nicht anwendbar. Üblich sind Zustellungen per Einschreibebrief (mit Rückschein), mittels Kurier oder formlos mit der Bitte um Empfangsbestätigung. Eine Regelung einer Zustellung per Telex oder Telefax findet sich noch nirgends.

b) Auch eine förmliche Zustellung des *Schiedsspruchs* ist i.d.R. entbehrlich. Das Model Law verlangt nur eine Übersendung an die Parteien (Art. 31 IV ML). Rechtsbehelfsfristen laufen ab dem formlosen Empfang (Art. 33 ML).

Abweichend davon verlangen manche Länder noch die förmliche Zustellung des Schiedsspruchs. In Japan und Österreich kann das Schiedsgericht das staatliche Gericht um Zustellung des Schiedsspruchs ersuchen (105). In Deutschland ist der Schiedsspruch *de lege lata* noch förmlich zuzustellen, es sei denn, die Parteien hätten etwas anderes vereinbart (§ 1039 II ZPO). Ist förmlich zuzustellen, so führt dies bei Zustellung ins

(101) FASCHING, LB Nr. 44; in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 43; wohl auch in den USA, CARBONNEAU, LB Nr. II 43-44.

(102) DE LY, LB Nr. 44.

(103) BORK, LB Nr. 43.

(104) Niederlande, DE LY, LB Nr. 43.

(105) UENO, LB Nr. 43; FASCHING, LB Nr. 43 (Art. XIII EGJN; § 589 ZPO).

Ausland häufig zu erheblichen Verzögerungen, auch wenn das Schiedsgericht in Deutschland für alle Zustellungen die Hilfe des staatlichen Gerichts nach § 1045 ZPO beantragen kann.

43. *Erlaß des Schiedsspruchs.*— a) Bei einem Kollegium muß der Schiedsspruch mit Stimmenmehrheit *beschlossen* werden (Art. 29 ML); der Vorsitzende hat keine Befugnis, bei Stimmenthaltung der Beisitzer alleine zu entscheiden. Dagegen kann der Vorsitzende nach schweizerischem (Art. 189 II 1 IPRG) und englischem Recht (Arbitration Act 1996, sec. 20 (4)) bei Fehlen einer Stimmenmehrheit allein entscheiden. Unnötig beschwerlich, wenn nicht zur Obstruktion einladend, ist die teilweise anzutreffende Regel, daß an der Beratung alle Schiedsrichter teilnehmen müssen (106). Art. 837 ital. c.p.c. (i.d.F. von 1994) läßt nun freilich eine Beratung auch per Videotelefon zu. International ist streitig, ob zwei Schiedsrichter bei Weigerung des dritten, weiter mitzuwirken, entscheiden dürfen; aber diese Befugnis sollte anerkannt und die Gültigkeit des Schiedsspruchs nicht bestritten werden können.

b) Der Schiedsspruch ist *schriftlich abzufassen* und zu *begründen* (Art. 31 I 1, II ML), sofern die Parteien nicht auf eine Begründung verzichten (107) oder der Spruch mit vereinbartem Inhalt ergeht.

Nach dem Model Law muß der Schiedsspruch nur von der Mehrheit der Schiedsrichter unterschrieben werden (Art. 31 I 2) (108). Dadurch soll verhindert werden, daß ein über-

(106) So in Italien, Art. 823 I c.p.c., BRIGUGLIO, LB Nr. 11.1 (abweichende Parteivereinbarung zulässig); in Belgien, Art. 1701 I 1 B.W.; bei Verstoß Nichtigerklärung, Art. 1704 § 2g B.W.

(107) Ebenso Art. VIII (a) EuÜ. Nach Art. 31 II russ. IHSchG (VERSCHININ, LB S. 9) und Art. 1057 IV (c) niederl. R.V. (DE LY, LB Nr. 45) können die Parteien nicht auf eine Begründung verzichten.

(108) Ebenso Frankreich, Art. 1473 II NCPC; Italien, Art. 823, al. 3 c.p.c., BRIGUGLIO, LB Nr. 11.2; Niederlande, Art. 1057 III R.V.; Belgien, Art. 1701 IV B.W.

stimmter Schiedsrichter den Erlaß verhindern kann. Dissenting opinions werden meist zugelassen; ausdrücklich sind sie aber nur selten, etwa in Brasilien (Art. 1092 § 2 ZPO) vorgesehen.

Das deutsche Recht ist hinsichtlich des Erlasses des Schiedsspruchs nach wie vor reformbedürftig. Einmal tritt der Schiedsvertrag außer Kraft, wenn sich bei einem Zweierschiedsgericht Stimmgleichheit ergibt (§ 1033 Nr. 2 ZPO). Bei einem Dreierschiedsgericht ist die Unterschrift des Vorsitzenden nur ersetzbar, wenn ein stellvertretender Vorsitzender vorhanden ist.

c) *Teilschiedssprüche* (109) und *Zwischenschiedssprüche* (über prozessuale Vorfragen) (110) kann das Schiedsgericht im Zweifel nach seinem Ermessen erlassen.

d) Das englische Recht sieht vor, daß das Schiedsgericht *Zinsen* zusprechen kann, und zwar auch auf Beträge, die bereits vor Erlaß des Schiedsspruchs bezahlt wurden (Arbitration Act 1996, sec. 49 (3) (a)). Das Schiedsgericht kann sogar Zinseszinsen (compound interest) zusprechen (111). Überwiegend wird die Verzinsung aber nach dem in der Sache anwendbaren Recht entschieden.

44. *In der Sache anwendbares Recht.*— a) Die *Parteiautonomie*, d.h. die Freiheit der Parteien, das anwendbare Sachrecht direkt zu wählen, ist fast allgemein anerkannt (112).

1) Die Parteien müssen kein sachnahes Recht bestimmen, sondern können auch ein völlig "*neutrales*" Recht wählen. Unstreitig ist auch, daß die Rechtswahl konkludent erfolgen kann. Das Schiedsgericht ist an die Wahl der Parteien gebunden

(109) So Schweiz, Art. 188 IPRG; Schweden, sec. 30 Draft Arbitration Act 1995; in Italien vgl. Art. 827 III c.p.c., BRIGUGLIO, LB Nr. 11.4; Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 45; in England: Arbitration Act 1996, sec. 47.

(110) UENO, LB Nr. 45.

(111) Arbitration Act 1996, sec. 49 (3).

(112) Frankreich Art. 1496 NCPC; Italien Art. 834 c.p.c.; Niederlande Art. 1054 I R.V.; Schweiz Art. 187 I IPRG; Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 46; Art. 28 I 1 UNCITRAL-ML.

und kann sie nicht, etwa wegen fehlender Verbindung des gewählten Rechts zur Streitsache, beiseiteschieben.

2) Zweifelhafter ist dagegen, ob die Parteien auch eine lediglich *negative Rechtswahl* treffen, z.B. festlegen können, daß ihre Beziehungen nicht nach den beiderseitigen Heimatrechten beurteilt werden sollen und ob sie sich auf a-nationale Regeln der *lex mercatoria* einigen können. Art. 28 I ML läßt insoweit ausdrücklich zu, daß die Parteien "rules of law" und nicht notwendig "the law or legal system of a given state" wählen. Die Wahl allgemeiner Grundsätze des internationalen Handelsrechts oder gemeinsamer Prinzipien bestimmter Rechtssysteme (*lex mercatoria*) ist danach zulässig.

3) Nach Art. 28 I 2 ML ist eine Rechtswahl der Parteien im Zweifel als materielle Verweisung, nicht als kollisionsrechtliche Verweisung zu verstehen. Die Parteien können ihr Rechtsverhältnis auch aufspalten und Teile unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellen (*dépeçage*). Die nach Art. 28 ML zulässige Bezeichnung der anwendbaren Rechtsvorschriften setzt nicht voraus, daß sie derselben Rechtsordnung entstammen. Die Privatautonomie der Parteien wird damit nahezu unbeschränkt anerkannt. Auch die Regeln von Staatsverträgen können vereinbart werden, selbst wenn diese noch nicht in Kraft gesetzt sind. Ganz auf dieser Linie liegt die Vereinbarung zur Einsetzung der Iran-U.S. Claims Tribunals, wonach diese entscheiden sollen "applying such choice of law rules and principles of commercial and international trade as the tribunal determines to be applicable".

b) Fehlt eine Parteivereinbarung, so muß das *Schiedsgericht* das anwendbare Recht bestimmen. Wie dies zu geschehen hat, ist streitig.

Manche Staaten binden das Schiedsgericht an die Kollisionsnormen des Sitzstaates (113), andere stellen ihm frei, von wel-

(113) So etwa im Jemen (Art. 45 Arbitration Act) und in Schweden, LINDELL, LB s. 13.

chen Kollisionsnormen es ausgehen will. Andere Rechte schweigen ganz. Schließlich gestatten manche Länder dem Schiedsgericht, einfach nach Rechtsgefühl zu entscheiden.

Die Bindung an das IPR des Sitzstaates ist plausibel, wenn man die Schiedsgerichte als Teil der Gerichtsorganisation eines Staates begreift. Sieht man in ihnen dagegen selbständige Rechtsprechungseinheiten, so sind sie von den staatlichen Gerichten gewandten Kollisionsnormen nicht notwendig betroffen. Für Schiedsgerichte muß dann ein "*Sonderkollisionsrecht*" gelten.

Will man international generell akzeptierte Lösungen erreichen, so liegt es nahe, auch internationale Konventionen anzuwenden. Diese gelten jeweils als Teil eines nationalen IPR-Rechts oder als Teil der *lex fori* und nur mit diesen. Nach Art. VII EuÜ bzw. Art. 28 II ML darf das Schiedsgericht das anwendbare Kollisionsrecht aber frei bestimmen und kann damit auch den Einstieg in ein internationales Übereinkommen erreichen.

Art. 28 II ML bzw. Art. 33 I 2 UNCITRAL Rules sehen vor, daß das Schiedsgericht ein anwendbares Kollisionsrecht zu bestimmen und das danach anwendbare Sachstatut eines bestimmten Staates zu ermitteln hat. Dabei hat es natürlich die Parteivereinbarungen, aber auch etwaige Handelsbräuche zu beachten (Art. 28 IV ML). Gegebenenfalls genügen Parteivereinbarungen und Handelsbräuche, um einen Schiedsspruch zu erlassen. Insgesamt ist diese Lösung aber relativ konservativ, denn das Schiedsgericht kann nicht wie die Parteien das anwendbare Sachrecht direkt festlegen, sondern muß bemerkenswerterweise stets kollisionsrechtlich vorgehen.

Anders als ein staatliches Gericht muß das Schiedsgericht nach dem Model Law jedoch nicht das Kollisionsrecht an seinem Sitz zugrundelegen, sondern hat ein gewisses Ermessen, von welchem Recht es ausgehen will. Da die Parteien häufig einen "neutralen" oder bequemen Schiedsort wählen, erscheint es nicht als sachgerecht, zwingend an den Schiedsort anzuknüpfen.

fen. Damit ist freilich noch nicht positiv gesagt, welches Kollisionsrecht die Schiedsrichter anwenden sollen.

c) Obwohl nicht ausdrücklich geregelt, muß es auch als zulässig erscheinen, die *Rechtswahl offen zu lassen*, wenn alle sinnvollen Anknüpfungen zum gleichen materiellen Ergebnis führen. Dieser "*tronc commun*"-Ansatz ist nicht neu. Er wird freilich auch nicht allzu häufig erfolgreich sein, weil über die Gleichheit der Lösungen kräftig gestritten werden kann. Hierher gehört auch die kumulative Anwendung der Kollisionsrechte der betroffenen Staaten, wenn diese zur Anwendung des gleichen materiellen Rechts führen. Wenngleich nicht ganz korrekt, muß es letztlich genügen, daß das Schiedsgericht eine übliche kollisionsrechtliche Anknüpfung wählt, ohne sie mit einem bestimmten nationalen Recht zu verbinden, solange es Staaten gibt, die eine entsprechende Kollisionsnorm kennen.

Kommt man mit dieser Lösung nicht weiter, so wird überwiegend verlangt, daß das Schiedsgericht von dem IPR des Staates ausgeht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt. Zulässig muß nach dem Gedanken von Art. 7 EVÜ auch sein, von einem bestimmten Recht auszugehen, aber einzelne Fragen im Rahmen einer "mixed method" einer anderen Rechtsordnung zu lösen.

Grigera Naón meint, das Schiedsgericht habe seine *lex fori* "funktionell" zu bestimmen; es habe alle mit dem Fall verbundenen Rechtsordnungen auf Rechtsnormen und Prinzipien hin zu überprüfen, deren Anwendung auf den Fall angebracht sein könnte.

d) Die einfachere und modernere Lösung ist dagegen, daß das *Schiedsgericht* entsprechend der Parteiautonomie anstelle der Parteien das materiell anwendbare Recht nach dem *Vertragschwerpunkt* direkt bestimmen kann (114). Französisches (Art. 1496 I NCPC) und niederländisches (Art. 1054 II R.V.) Recht geben dem Schiedsgericht die gleiche Freiheit, die die Parteien

(114) So in der Schweiz Art. 187 I IPRG; WALTER, LB Nr. 46b.

selbst haben, nämlich angemessene "Rechtsregeln" zu wählen, nach denen der Fall zu entscheiden ist. Manche meinen, in der Wahl der Rechtsordnung, die den Schwerpunkt des Vertrages bilde, liege eine legitime Anwendung einer transnationalen Regel. Manche begrüßen dagegen die Lösung des Model Law, weil sie zu mehr Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit führt. Andererseits ist der Bruch zwischen der Freiheit der Parteien und der partiellen Bindung der Schiedsrichter offensichtlich und wird teilweise bedauert.

Allerdings müssen beide Ansätze, der Weg über das Kollisionsrecht oder die unmittelbare Bestimmung des materiellen Sachstatuts nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Denn entscheidend ist, daß im Ergebnis an das Recht angeknüpft wird, das mit der Sache die engste Beziehung hat (115). Nur eine solche Wahl ist letztlich angemessen i.S. von Art. 1496 I franz. NCPG. Manche behaupten, in Fällen staatlich kontrollierter Parteien, die sich auf kein Recht einigen konnten, führe Art. 28 II ML zu Schwierigkeiten. Wende man wegen der negativen Rechtswahl der Parteien (Nichteinigung) keines der beteiligten Rechte an, so bleibe nur der Ausweg der *lex mercatoria* oder des *trunc commun*, ergänzt durch allgemeine Regeln. Es wird daher bedauert, daß das Model Law dem Schiedsrichter nicht die Freiheit eingeräumt hat, von der Anwendung eines nationalen Rechts abzuweichen.

Blessing meint, nur eine dreifache Autonomie von Parteien oder Schiedsgericht, (1) das Verfahrensrecht, (2) das Kollisionsrecht und (3) die in der Sache anwendbaren Rechtsregeln zu bestimmen, ermögliche faire Entscheidungen, die den Erwartungen der Parteien gerecht würden. Diese Autonomie sei keine Ermächtigung zu willkürlichem Handeln, sondern bilde die wichtigste Schutzvorkehrung für die Parteien im internationalen Handel. Nur auf diese Weise könne ein Rechtsstreit überall auf der Welt nach einheitlichen Grundregeln entschieden werden.

(115) So Art. 178 I schweizer. IPRG; § 1051 II deutsche E-ZPO.

Die Devise laute mithin: Harmonisierung des Welthandels durch Deregulierung!

Die in dieser Richtung "modernste" Regelung enthält wohl die Inter-American Convention on Applicable Law to International Contractual Arrangements, die im März 1994 in Mexiko beschlossen wurde. Deren §§ 9, 10 lauten:

SECTION - 9

"(1) Had the parties not chosen the applicable law, or if their choice had become ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with closer links.

(2) To determine the law of the State which has closer links with the contract, the Court shall take into consideration all objective and subjective factors coming from it. It shall take into account general principles of international commercial law accepted by international organizations.

(3) Nevertheless, if one part of the contract were detachable from the rest of the contract and had a closer link with another State, the law of this other State may be applicable, on an exceptional basis, to this part of the contract."

SECTION - 10.

"Apart from the provisions of the preceding sections and when appropriate, rules, customs and general principles of commercial law shall be applied, as well as the uses and commercial practices generally accepted to meet the requirements imposed by justice and equity in the solution of specific cases."

Sec. 10 erkennt die "lex mercatoria" offensichtlich als selbständige Rechtsquelle an. Man meint, sie sei leistungsstark und für die Rechtsanwendung häufig ausreichend. Ob die neue Konvention dagegen tatsächlich ratifiziert werden wird, ist noch offen.

45. *Beachtung ausländischer Eingriffsnormen.*— a) Soweit das Schiedsgericht "nach dem Recht" entscheiden muß, hat es auch ausländische Eingriffsnormen zu beachten. Dies ist problemlos, wenn diese als Teil des *anwendbaren Rechts* (per Verweisung) zu beachten sind.

b) Zweifelhafter ist dagegen, ob zwingende *Vorschriften eines Drittstaats* zu berücksichtigen sind, weil sie nach dessen Recht ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut zwingend anzuwenden sind. Soweit das in der Sache anwendbare Recht ihre Berücksichtigung vorschreibt oder zuläßt, wie nach Art. 7 EVÜ oder Art. 19 schweiz. IPRG, ist die Sache relativ einfach. Schwieriger ist es, wenn dies nicht der Fall ist. Eine systemgerechte Lösung wird wohl Grenzen der Parteiautonomie anerkennen. Die Freiheit der Rechtswahl besteht demgemäß nur in den Grenzen der national zwingenden Eingriffsnormen. M.E. hat ein Schiedsgericht ausländische Verbotsgesetze nach den allgemeinen, im IPR anerkannten Regeln wie ein staatliches Gericht zu beachten. Ein Grund für eine Sonderstellung der Schiedsgerichte bei der Rechtsanwendung ist nicht ersichtlich. Ausländische Eingriffsnormen sind danach zu beachten, wenn (1) der Normzweck Überzeugungen der internationalen Rechtsgemeinschaft entspricht, (2) der Zweck der Norm eigenen Rechtsvorstellungen (hier der *lex fori* des Schiedsgerichts) entspricht, oder (3) die Regeln zu beachten sind, um die Durchsetzbarkeit des Spruchs zu sichern. Politische Verbots-gesetze sind dagegen wie sonst unbeachtlich. Die Eingriffsnor-men des Sitzstaates sind danach ebenfalls nicht stets und ohne weiteres, sondern nur dann zu berücksichtigen, wenn dies nach dem Schutzzweck der Norm im Wege einer kollisionsrechtli-chen Interessenabwägung sachgerecht erscheint.

c) Hat das Schiedsgericht ausländische Eingriffsnormen nicht beachtet, so stellt sich die Frage nach der *Sanktion*. Denn das staatliche Gericht darf die Rechtsanwendung durch das Schiedsgericht nicht überprüfen, sondern den Schiedsspruch in der Sache nur einer *ordre public*-Kontrolle unterziehen. Soweit

Eingriffsnormen eines Vollstreckungsstaates nicht angewandt worden sind, kann dieser die Vollstreckbarerklärung nach Art. V (2) (b) UNÜ verweigern. Andere meinen, wenn sich das Schiedsgericht weigere, ausländische Eingriffsnormen zu prüfen, so habe es sich in gewissem Sinne zu Unrecht für unzuständig erklärt, so daß sein Schiedsspruch deshalb aufzuheben sei.

Aus der Gefahr, daß der Schiedsspruch für den Kläger wertlos ist, ergibt sich umgekehrt die Pflicht des Schiedsgerichts, solche Eingriffsnormen oder "loi de police" bereits bei der ursprünglichen Rechtsanwendung zu beachten. Ein Schiedsgericht erfüllt mit anderen Worten seinen Auftrag nur, wenn es nicht von vornherein die Anwendung nationalen Rechts ablehnt. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist diese Pflicht zur Sonderanknüpfung solcher Eingriffsnormen im Wege der Rechtsfortbildung anzuerkennen, wenn eine enge Verbindung zwischen dem zu beurteilenden Sachverhalt und dem Erlaßstaat der Norm besteht und diese den Sachverhalt erfassen will. Dies gilt vor allem für Wettbewerbs- oder Kartellrecht eines Drittstaates, das nach dem Auswirkungsprinzip extraterritoriale Geltung beansprucht (vgl. § 98 II deutsches GWB) oder für Art. 85 EG-Vertrag.

Soweit freilich der Vollstreckungsstaat infolge radikaler oder religiöser Ansichten einen extremen ordre public-Standpunkt einnimmt, wird die Ansicht vertreten, daß das Schiedsgericht darauf keine Rücksicht nehmen soll, sondern nur einen wirklich "transnationalen ordre public" berücksichtigen soll.

46. *Anwendung transnationalen Rechts.*— Streitig ist, ob die Parteien auch die Anwendung eines a-nationalen oder transnationalen Rechts vereinbaren können, sowie ob das Schiedsgericht beim Fehlen einer Parteivereinbarung solche Regeln unabhängig von einer nationalen Rechtsordnung anwenden kann. Beide Fragen werden unter dem Stichwort "lex mercatoria" seit vielen Jahren als Fragen der Weltanschauung in

Schiedssachen und ohne Aussicht auf Einigung diskutiert.

Unstreitig gibt es eine Reihe berühmter Schiedssprüche, die sich auf solche allgemeine Rechtsprinzipien gestützt haben, haben sich Rechtsreformen in vielen Staaten an solchen gemeinsamen Standards und Erwartungen orientiert und sind solche Standards geeignet, nationales Recht zu ergänzen oder seine einseitige Auslegung zu verhindern.

Die International Law Association hat 1992 bei ihrer Tagung in Kairo folgende Empfehlung beschlossen:

“Die Tatsache, daß ein internationaler Schiedsrichter einen Schiedsspruch auf transnationale Regeln (allgemeine Rechtsprinzipien, vielen Rechtsordnungen gemeinsame Regeln, Völkerrecht, Handelsbräuche, etc.) gestützt hat, anstatt auf das Recht eines bestimmten Staates, soll nicht die Gültigkeit und Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs beeinträchtigen, (1) wenn sich die Parteien verständigt haben, daß der Schiedsrichter transnationale Regeln anwendet, oder (2) wenn die Parteien nicht über das anwendbare Recht gesprochen haben.”

a) Auch wenn man solchen transnationalen Regeln oder der *lex mercatoria* skeptisch gegenübersteht, weil ihr Inhalt ziemlich unbestimmt ist, steht es den *Parteien* sicherlich frei, ihre Anwendung zu vereinbaren. Denn sie können das Schiedsgericht nach dem Recht der meisten Staaten auch ermächtigen, einen Schiedsspruch ganz ohne Bindung an Rechtsregeln “*ex aequo et bono*” (nach Billigkeit) zu erlassen (116).

b) Problematisch ist daher primär das Vorgehen *des Schiedsgerichts* beim Fehlen einer ausdrücklichen Rechtswahl.

Nach *französischem* Recht (Art. 1496 NCPC) hat der Schiedsrichter mangels Rechtswahl nach “den Rechtsvorschriften” zu entscheiden, “die er für angemessen erachtet” und dabei Handelsbräuche zu berücksichtigen. Diese Formulierung zwingt nicht zur Anwendung eines staatlichen Rechts. Der Schiedsrichter hat die Rechtsvorschriften anzuwenden, die

(116) In Brasilien, CARMONA, LB Nr. 27.

seiner Ansicht nach auf den Fall "passen". Abweichend von Art. VII EuÜ und Art. 28 II ML braucht der Schiedsrichter keine Kollisionsnormen anzuwenden (117). Er kann vielmehr transnationale Normen, auch der *lex mercatoria*, unmittelbar seinem Spruch zugrundelegen. Hierin sieht man eine Rechtsanwendung und nicht die Anmaßung der Rechte eines *amiable compositeur* (118).

In *Italien* können die Parteien nach der Neuregelung von 1994 die Normen ("le norme") festlegen, nach denen das Schiedsgericht zu entscheiden hat (Art. 834 I c.p.c.). Die Parteien sind dabei weder an ein IPR noch an ein staatliches Recht gebunden (119). Mangels Rechtswahl müssen die Schiedsrichter das Kollisionsrecht als Ausgangspunkt wählen, mit dem die Sache am engsten verbunden ist und danach das anwendbare Recht bestimmen (wie nach Art. VII (1) S. 2 EuÜ und Art. 28 II ML). Diese Lösung einer "doppelten Bestimmung" kritisiert BRIGUGLIO als unnötig kompliziert (120). Er hätte es lieber gesehen, wenn das Schiedsgericht das anwendbare Recht direkt hätte festlegen können. Mit der Pflicht zur Berücksichtigung der Handelsbräuche nach Art. 834 III c.p.c. soll freilich die Anwendung der *lex mercatoria* auch in diesem Fall anerkannt sein (121).

In *Japan* billigt die überwiegende Ansicht dem Schiedsgericht die Befugnis zu, mangels Parteivereinbarung nach Billigkeit oder nach der *lex mercatoria* zu entscheiden (122).

Auch in den *Niederlanden* dürfen die Schiedsrichter die *lex mercatoria* anwenden, wenn sie von den Parteien dazu ermächtigt wurden oder diese keine Rechtswahl getroffen haben (Art. 1054 R.V.). Dann soll das Schiedsgericht nach "den Rechts-

(117) FOUCHARD, LB Nr. 46.

(118) FOUCHARD, LB Nr. 48.

(119) BRIGUGLIO, LB Nr. 10, 10.1.

(120) BRIGUGLIO, LB Nr. 10.2.

(121) BRIGUGLIO, LB Nr. 10.3.

(122) UENO, LB Nr. 48.

regeln" entscheiden, "die es für angemessen erachtet" (Art. 1054 II 2 R.V.). Dadurch soll die Anwendung a-nationaler Regeln eröffnet sein. *De Ly* meint, entscheidend sei freilich letztlich die Interpretation und die Anwendung dieser Regeln (123).

In der *Schweiz* wird die Parteiautonomie voll anerkannt. Das Schiedsgericht entscheidet nach dem "gewählten Recht" oder "bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt" (Art. 187 I schweizer. IPRG). Ob eine Ermächtigung zur Anwendung von "règles de droit" die *lex mercatoria* einschließt, ist streitig; Rechtsprechung zu dieser Frage liegt noch nicht vor (124).

In *Deutschland* wird der Rekurs auf außerstaatliches Recht nur bei ausdrücklicher Parteivereinbarung oder Ermächtigung zur Billigkeitsentscheidung für zulässig angesehen (125).

In *Österreich* hat der OGH zwar in *Pabalk v. Norsolor* entschieden, daß ein auf die *lex mercatoria* gestützter Schiedsspruch weder den Schiedsauftrag überschreitet (§ 595 Z. 5 öZPO) noch gegen zwingendes Recht (§ 595 Z. 6 öZPO) verstößt und nicht aufgehoben werden kann (126). Gleichwohl wird gelehrt, daß das Schiedsgericht nach Billigkeit oder *lex mercatoria* nur bei Vereinbarung durch die Parteien entscheiden darf (127).

In *England* hat der High Court in der Sache *DST v. Rakoil* zwar einen ICC-Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt, der auf "die international anerkannten Rechtsprinzipien für vertragliche Beziehungen" gestützt war (128). Die Zulässigkeit einer a-nationalen *lex mercatoria* ist darin freilich nicht direkt bejaht worden, während Lord Justice Kerr in *Naviera Amazonica Peruana v. Compagnia Internacional de Seguros del Peru* (129) das Konzept

(123) DE LY, LB Nr. 48.

(124) WALTER, LB Nr. 46.

(125) BORK, LB Nr. 48.

(126) OGH IPRax 1984, 99.

(127) H. FASCHING, *Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl. 1990, Rdn. 2211.

(128) [1987] 2 All ER 769, 779.

(129) [1988] 1 Lloyd's Rep. 16, 89 ff.

eines "delokalisierten", "transnationalen" Schiedsspruchs ausdrücklich abgelehnt hat.

In *Hongkong* legt man sogar Art. 28 I ML dahin aus, daß die Parteien nur ein bestimmtes Rechtssystem, nicht dagegen eine "vage Anhäufung transnationaler Prinzipien" wählen können. Die *lex mercatoria* wird dementsprechend in *Hongkong* nicht anerkannt (130).

In den *USA* hält man den ganzen Streit um die Anwendung der *lex mercatoria* für ziemlich unwichtig. Für die faire und sachgerechte Entscheidung, die von Schiedsrichtern erwartet werde, habe der Streit in der Realität kaum praktische Bedeutung, zumal Schiedsrichter nicht notwendig Juristen seien (131). Entsprechend wird den Schiedsrichtern das Recht zugestanden, das anwendbare Recht (anstelle der Parteien) direkt ohne Bindung an das Kollisionsrecht des Forum zu bestimmen. Einen Spruch ohne Bindung an ein nationales Recht dürfen die Schiedsrichter aber nur mit Ermächtigung der Parteien fällen.

Das *UNCITRAL-Modellgesetz* stellt den Parteien zwar selbst die Wahl von Rechtsvorschriften (nicht notwendig eines staatlichen Rechts) frei, verlangt aber vom Schiedsgericht, daß es mangels Rechtswahl ein nach Kollisionsrecht bestimmtes Recht anwendet. Ohne besondere Ermächtigung bleibt das Schiedsgericht also an ein staatliches Recht gebunden (Art. 28 II ML). Das Gericht hat zwar nach Art. 28 IV ML Handelsbräuche zu berücksichtigen, aber diese bilden allenfalls einen Teil der Normen der *lex mercatoria*.

Der gegenteiligen Lehre von der impliziten negativen Rechtswahl der Parteien kann nicht gefolgt werden. Treffen die Parteien keine positive oder negative Rechtswahl, so haben sie sich eben nicht geeinigt und das Schiedsgericht hat das kraft Gesetzes geltende Recht anzuwenden. Die Parteien können

(130) MORGAN, LB Nr. 48.1.

(131) CARBONNEAU, LB Nr. 45-49.

davon auch nicht überrascht sein; jedes IPR legt fest, welche Rechtsordnung mangels Rechtswahl anzuwenden ist.

Auch nach *Art. 42 ICSID* kann das Schiedsgericht nur das staatliche Recht einschließlich IPR und Völkerrecht anwenden. Dessen Inhalt wird freilich weit gezogen und soll etwa auch den Grundsatz von Treu und Glauben bei der Vertragserfüllung mitumfassen. Der Weg zur Anwendung der *lex mercatoria* wäre völlig frei, wenn man sie als Teil des Völkerrechts ansehen würde. Jedoch dürfte dieser Ansatz überzogen sein.

a) Das theoretische Interesse, welcher dieser Ansätze richtig ist, übertrifft wahrscheinlich die praktische Bedeutung, denn in vielen der bisher entschiedenen Fälle hätten die unterschiedlichen Ansätze doch zum gleichen Ergebnis geführt.

“Transnationalismus” der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist ein theoretisches Ideal von einem in sich selbst ruhenden juristischen System, das frei von Bindungen an die nationalen Rechtssysteme ist.

Nach der extremen Ansicht des Merkantilismus bzw. freien Welthandels ist das nationale IPR in diesem Bereich überflüssig geworden; beim Fehlen einer Rechtswahl gelte stets eine a-nationale *lex mercatoria*. Hinter dieser Ansicht bleibt Art. 28 II ML zurück und damit auch hinter der verbreiteten Praxis der Schiedsgerichte, das *anwendbare Recht direkt* ohne “Umweg” über Kollisionsregeln zu *bestimmen*. Alle kanadischen Provinzen haben Art. 28 II ML nur modifiziert übernommen und den Schiedsgerichten eine solche Befugnis eingeräumt. Auch der deutsche Entwurf (§ 1051 II E-ZPO) gibt dem Schiedsgericht abweichend vom bisherigen Recht (entsprechend Art. 4 EVÜ bzw. Art. 28 EGBGB) die Befugnis, unmittelbar das “proper law” anzuwenden. Da auch die Wahl des Kollisionsrechts nach Art. 28 II ML aber darauf abzielen muß, das Sachrecht anzuwenden, das die engste Verbindung zum Streitgegenstand hat, besteht in der Sache kein wesentlicher Unterschied, sondern liegt nur eine Vereinfachung vor.

Auch *Grigera Naón* betont, daß das Schiedsgericht seine

(kollisionsrechtliche) *Rechtswahl* nicht "neutral", sondern funktional, *ergebnisorientiert* "vernünftig" vorzunehmen hat. Er betont aber zu Recht, daß es in einer Welt mit nationalen Rechtsordnungen künstlich und wenig überzeugend ist, die *lex fori* des Schiedsgerichts auf a-nationalen Kollisionsregeln oder a-nationalen Sachrechtsregeln aufzubauen, die frei von Einflüssen des staatlichen Rechts und der darin herrschenden Prinzipien sein sollen. Die allgemeinen Regeln, die Teil der *lex mercatoria* sein sollen, wie Treu und Glauben, *pacta sunt servanda* etc., sind zumeist auch Teil der betroffenen nationalen Rechte; eine "Flucht" in die *lex mercatoria* ist insoweit überflüssig.

Kann ein internationales Schiedsgericht das anwendbare Recht letztlich nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmen, so ist dem Bedürfnis nach Flexibilität bereits ausreichend Rechnung getragen. Das "proper law" und sein Inhalt lassen sich aber auch für die Parteien ermitteln. Bleibt das Schiedsgericht mithin an staatliches Recht gebunden, so ist der Inhalt eines Schiedsspruchs objektiver, stärker vorhersehbar und kalkulierbarer als wenn die Befugnis besteht, einfach nach *lex mercatoria* zu entscheiden. Bindung an staatliches Recht bedeutet für die meisten modernen Rechtsordnungen zudem nicht, daß in Handelsstreitigkeiten unvernünftige Entscheidungen getroffen werden müssen. In gleicher Weise wie der staatliche Richter darf auch der Schiedsrichter bei Bedarf das Recht fortbilden, um bei Lücken oder richterrechtlicher Regelung zu einer vernünftigen Entscheidung zu gelangen.

Die Rechtswahl eines Schiedsgerichts ist selbstverständlich ergebnisorientiert. Sie kann daher offen bleiben, wenn die in Betracht kommenden Rechte zu identischen oder doch einander entsprechenden Ergebnissen führen. Wichtig ist, daß Art. VII EuÜ bzw. Art. 28 IV ML in *allen* Fällen die Berücksichtigung der *Handelsbräuche* vorschreibt. Gleiches gilt für Art. 33 III UN-Rules und Art. 13 V ICC-Rules. In vielen Rechtsordnungen sind Handelsbräuche bei der Auslegung von Parteihandlungen und bei der Konkretisierung des Rechts zu beachten (z.B. nach § 346

deutsches HGB) oder als Teil von Treu und Glauben (z.B. Art. 2 schweizer. ZGB) geboten. Handelsbräuche sind dann mit anderen Worten in die nationalen Rechte integriert. Von einer a-nationalen *lex mercatoria* sind sie zu unterscheiden bzw. fehlt auch insoweit ein Bedürfnis, a-nationale Regeln zu entwickeln (132).

Soweit es sich um internationale Handelsbräuche handelt, wie z.B. die INCOTERMS, sind sie nur ein Teil der *lex mercatoria*. Anders als deren allgemeine Grundsätze sind Handelsbräuche aber nach allen verbreiteten Schiedsregeln zu beachten, und zwar unabhängig davon, ob sie als Teil des (sonst) anwendbaren Rechts zu verstehen sind oder nicht, sofern dieses ihre Anwendung nicht ausdrücklich ausschließt. Auch gibt es kaum eine Branche, in der nicht bestimmte Usancen üblich wären.

Streitig ist nach alledem nur die isolierte Anwendung der *lex mercatoria*. Bevor sich ein Schiedsgericht dazu entschließt, sollte es jedenfalls bedenken, ob damit den Parteien wirklich Recht gewährt wird. Denn unter Umständen wird einem solchen Schiedsspruch die Anerkennung im Vollstreckungsstaat versagt.

d) Stellt das Schiedsgericht somit *ohne besondere Ermächtigung* auf *a-nationale Regeln* ab, so verwischt es nach der Ansicht der meisten Länder die Grenze zur Billigkeitsentscheidung und überschreitet damit die Grenzen seiner Ermächtigung. Ein deutscher Schiedsspruch wäre deshalb nach § 1041 I Nr. 1 ZPO aufzuheben. Die Anerkennung eines entsprechenden ausländischen Schiedsspruchs wäre nach Art. V (1) (c) UNÜ bzw. § 1044 II Nr. 1 ZPO (§ 1061 I E-ZPO) oder auch Art. V (2) (a) UNÜ zu versagen, sofern sich nicht über die Meistbegünstigungsklausel des Art. VII UNÜ etwas anderes ergibt. Andere halten diese Sanktion freilich für verfehlt und meinen, die Anwendung eines "falschen" Rechts sei nur dann Grund zur Aufhebung des Schiedsspruchs, wenn er im Ergebnis gegen den

(132) Krit. BORK, LB Nr. 48.

ordre public verstoße. In England und in den USA berufen sich manche auf Art. V (1) (e) UNÜ, wonach ein Schiedsspruch nach dem Recht eines Staates erlassen sein muß. Aber diese Argumentation ist nicht stichhaltig, weil das UNÜ lediglich den prozessual transnationalen Schiedsspruch nicht kennt, den Parteien materiell aber volle Freiheit der Rechtswahl eröffnet.

47. *Billigkeitsschiedsspruch.*— a) In manchen Ländern sind Schiedssprüche nach Billigkeit gänzlich unzulässig (133). In anderen Ländern sind sie nicht üblich, z.B. in den USA (134).

In England und im traditionellen englischen common law-Bereich ist der Billigkeitsschiedsspruch grundsätzlich nicht anerkannt. Obwohl der Court of Appeal in *Deutsche Schachtbau v. Ras al Khaimah* 1987 einen Schiedsspruch "nach international anerkannten Prinzipien des Rechts" anerkannt hat (135), will auch der Entwurf eines englischen Schiedsgesetzes vom Februar 1994 den Billigkeitsschiedsspruch nach "general justice and fairness" nicht akzeptieren.

b) In anderen Staaten darf das Schiedsgericht dagegen mangels Rechtswahl der Parteien nach Billigkeit entscheiden (136).

c) In den meisten Staaten bedarf das Schiedsgericht einer besonderen Ermächtigung, um nach Billigkeit entscheiden zu dürfen. So verhält es sich in Frankreich (Art. 1497 NCPC), in Italien (Art. 822, 834 I c.p.c.), in Schweden (137), in Belgien (138), in Deutschland, in den Niederlanden (Art. 1054 III R.V.), in der Schweiz und in Syrien (139).

(133) So in Rußland; vgl. VERSCHININ, LB IV 1.

(134) CARBONNEAU, LB Nr. 45-49.

(135) [1987] 2 All ER 769, 779 (C.A.).

(136) So in Japan, UENO, LB Nr. 48, 49; in den Niederlanden in nationalen Schiedssachen, DE LY, LB Nr. 49.

(137) LINDELL, LB s. 13/14.

(138) Art. 1700 G.W.; VAN HOUTTE, LB Nr. 49.

(139) EL-HAKIM, LB Nr. 49.

Liegt eine Ermächtigung vor, so ist man meist sehr liberal. Entscheidend ist die Ermächtigung durch die Parteien, auf die Billigung durch irgendein staatliches Recht kommt es, anders als nach Art. VII (2) EuÜ, nicht an. In jedem Fall hat das Schiedsgericht aber die Verfahrensgrundrechte zu respektieren und muß seinen Spruch begründen. In der Sache selbst darf das Schiedsgericht keinen Spruch fällen, der dem *ordre public* des Sitzstaates oder dem des mutmaßlichen Vollstreckungsstaates widerspricht (140).

Wird ein Schiedsgericht ermächtigt nach *lex mercatoria* zu entscheiden, so darf es nicht ohne weiteres nach Billigkeit befinden. Ist es ermächtigt, *ex aequo et bono* zu urteilen, darf es dagegen nach *lex mercatoria* entscheiden, wenn diese der Billigkeit entspricht.

48. *Schiedsvergleich*.— Das UNCITRAL-Modellgesetz (Art. 30) und die meisten Rechts- und Verfahrensordnungen (141) sehen vor, daß der Vergleich zwar das Verfahren beendet, das Schiedsgericht aber auf Antrag einen Schiedsspruch mit dem vereinbarten Inhalt (ohne besondere Begründung) zu erlassen hat, wenn ein Vollstreckungstitel benötigt wird.

Das geltende deutsche Recht kennt dagegen noch den Parteivergleich als Vollstreckungstitel und als Mittel der Verfahrensbeendigung (§ 1044a ZPO) (142). Doch will der Regie-

(140) So in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 49; ähnlich für Österreich FASCHING, LB Nr. 49; für Deutschland BORK, LB Nr. 49.

(141) So Art. 17 ICC-Rules; Korea, KCAR Art. 53, SONG, LB s. 16; Schweden, sec. 27 II Draft Arbitration Act 1995; Japan, UENO, LB Nr. 50; USA, CARBONNEAU, LB Nr. II 50-53; Niederlande, Art. 1069 R.V. (aber Unterschrift der Parteien erforderlich).

(142) In einzelnen bilateralen Vollstreckungsverträgen werden Schiedsvergleiche den Schiedssprüchen gleichgestellt (WALTER, LB Nr. 50); vgl. auch die DIS-Schiedsgerichtsordnung § 19. Ebenso in Österreich, FASCHING, LB Nr. 50; in Belgien vgl. Art. 1715 I B.W. (dagegen sieht Art. 26 CEPANI-Rules den Schiedsspruch aufgrund des Vergleichs vor); Dänemark, PHILIP, *International Handbook Denmark*, s. 19.

rungsentwurf von 1996 auch insoweit zur Lösung des Modellgesetzes übergehen. Dies ist zwar eine pragmatische Lösung. Gleichwohl überzeugt es nicht, in einem privatautonom organisierten Verfahren einem Vergleich die Vollstreckbarkeit vorzuenthalten. Angemessener wäre es, die Vollstreckbarkeit von Vergleichen (etwa wie in Art. 51 EuGVÜ) ausdrücklich anzuerkennen und das UNÜ 1958 entsprechend zu erweitern.

Vergleiche, die im Vergleichsverfahren vor der Internationalen Handelskammer in Paris geschlossen wurden, dürften dagegen meist nicht für vollstreckbar erklärt werden können.

49. *Kosten der Schiedsrichter und der Schiedsorganisation.*—

a) Für ihre Tätigkeit haben die Schiedsrichter einen vertraglichen Anspruch auf Vergütung und auf Erstattung ihrer Auslagen gegen beide Parteien als Gesamtschuldner (143). In gleicher Weise hat die angerufene Schiedsinstitution einen Anspruch auf Vergütung für ihre Dienste.

Die Höhe der Gebühren (von Schiedsrichtern wie Organisation) ist bei institutionellen Schiedsgerichten meist in einer Ordnung näher festgelegt. Maßgebliche Kriterien sind neben dem Streitwert die Schwierigkeit der Sache, der Zeitaufwand und sonstige relevante Umstände. Staatliche Tarife bestehen nicht. Vielfach wird vollständige Vorauszahlung verlangt; die Tätigkeit der Organisation bzw. der Schiedsrichter wird erst nach Zahlung aufgenommen oder fortgesetzt (144).

b) Die Schiedsrichter können zwar ihre *Kostenansprüche in dem Schiedsspruch* festsetzen. Doch liegt insoweit im technischen Sinne keine schiedsrichterliche Entscheidung vor, die wie der

(143) Schweden: sec. 38 I 1 Draft Arbitration Act 1995; Belgien: CEPANI-Règlement Art. 4; Deutschland: DIS-Schiedsgerichtsordnung, § 10.1.

(144) ICC-Rules, Art. 9 III; SONG, LB S. 17; MORGAN, LB Nr. 51.4; Japan Commercial Arbitration Rules, Rule 57 (2); Wiener Regeln, Art. 23 II-VI, IX. Anders in Schweden, LINDELL, LB s. 14 (Schiedsspruch darf nicht zurückgehalten werden).

Schiedsspruch angefochten werden müßte. Vielmehr kann notfalls ein gewöhnlicher Honorarstreit vor Gericht ausgetragen werden (145). Denn der Schiedsvertrag besteht zwischen den Parteien, nicht aber zwischen Parteien und Schiedsgericht.

c) Echter Teil des Schiedsspruchs ist jedoch die Entscheidung, welche der Parteien im Verhältnis zueinander die Kosten des Schiedsverfahrens zu tragen hat (146). Teilweise hat der Schiedskläger stets (unabhängig vom Ausgang) eine Antragsgebühr (Einschreibgebühr) zu bezahlen.

d) Der Schiedsrichter verliert seinen Honoraranspruch und muß ein erhaltenes Honorar zurückzahlen, wenn er schwere Fehler begeht, insbesondere erhebliche Verbindungen zu einer Partei nicht offenlegt (147), so daß im Ergebnis der Schiedsspruch aufgehoben wird.

50. *Kostenvorschüsse.*— a) Fast alle Schiedsordnungen enthalten Regeln über *Kostenvorschüsse*. Nach Art. 41 (1) UNCITRAL-Rules kann das Schiedsgericht von beiden Parteien gleiche Beträge als Vorschuß auf Honorare der Schiedsrichter und ihre Auslagen sowie für die Kosten von Sachverständigen verlangen. Ist eine Schiedsinstitution bzw. eine Ernennende Stelle eingeschaltet, so übernimmt diese i.d.R. die Festsetzung und Einforderung des Vorschusses (Art. 41 (3) UNCITRAL-Rules). Die Schiedsinstitution kann aufgrund ihres Vertrages mit den Parteien ebenfalls einen Kostenvorschuß verlangen. (148) Entsprechend setzt in ICC-Verfahren das "Schiedsgericht" die Kostenvorschüsse fest, das Sekretariat fordert sie ein und erst nach Zahlung werden die Akten an die eigentlichen Schiedsrichter weitergeleitet (Art. 9 ICC-Rules). Die Vorschüsse umfassen heute

(145) Schweden, LINDELL, LB s. 14; Österreich, FASCHING, LB Nr. 53.

(146) Korea, SONG, LB s. 18; LINDELL, LB s. 14; UENO, LB Nr. 51-53; Deutschland, DIS-Schiedsgerichtsordnung § 22.

(147) FOUCHARD Nr. 51.

(148) Vgl. MORGAN, LB Nr. 52.3.

die voraussichtlichen Gesamtkosten des Verfahrens und nicht nur laufende Unkosten und Auslagen. Unterschiedliche Regelungen bestehen, wem die Zinsen aus solchen Vorschüssen zustehen.

b) Werden die Zahlungen nicht innerhalb der festgelegten Frist geleistet, so kann das Schiedsgericht seine *Tätigkeit* (vorläufig) unterbrechen oder *einstellen* (Art. 41 (4) UNCITRAL-Rules).

Nach Art. 55 der Zürcher Schiedsregeln berechtigt die Nichtzahlung des Vorschusses durch eine Partei die andere Seite die *Schiedsvereinbarung zu kündigen*.

Halten die Schiedsrichter ihren Spruch bis zur Zahlung ihrer Kosten zurück, so kann der High Court in England auf Antrag seine Herausgabe gegen Zahlung der gerichtlich festgesetzten (!) Kosten anordnen, soweit nicht im Rahmen einer Schiedsinstitution etwas anderes vereinbart ist.

Nach Erlaß des Schiedsspruchs ist mit den Parteien abzurechnen; nicht verbrauchte Vorschüsse sind zurückzuzahlen (Art. 41 (5) UNCITRAL-Rules).

51. *Abschließende Kostenfestsetzung.*— a) Das Verfahrensstatut sollte auch die Fragen der Kostenverteilung regeln. Die meisten neueren Schiedsgesetze enthalten zur *Kostenverteilung* und -festsetzung jedoch keine Regelung, auch nicht das UNCITRAL-Modellgesetz. Die Schiedsgerichte folgen insoweit meist den für staatliche Gerichte üblichen Verteilungsregeln. Danach trägt grundsätzlich die unterliegende Partei die Kosten des Schiedsverfahrens. In den USA gilt auch hier die *american rule*, wonach jede Seite ihre eigenen Kosten trägt. Doch kann das Schiedsgericht die Kosten anderweitig verteilen, wenn dies aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles angemessen erscheint (vgl. Art. 40 UNCITRAL-Rules) (149). Soweit nach

(149) Ebenso in den Niederlanden, DE LY, LB Nr. 53; Japan, UENO, LB Nr. 51-53.

dem Schiedsverfahrensstatut ein payment into court erfolgen kann, kann auch berücksichtigt werden, ob die siegreiche Partei mehr als die bezahlte Summe zugesprochen erhalten hat oder nicht (150).

Teilweise wird vorgeschlagen, die Kostenentscheidung in einem separaten Schiedsspruch und erst nach Fällung des Spruchs zur Hauptsache zu erlassen, damit die Parteien und die Schiedsrichter der richtigen Kostenverteilung die nötige Aufmerksamkeit widmen.

b) Die Kostenentscheidung der Schiedsrichter ergeht nur vorbehaltlich anderweitiger *Parteivereinbarung*. Häufig vereinbaren die Parteien, daß jede Seite ihre eigenen Kosten trägt und Kosten und Honorare des Schiedsgerichts unabhängig vom Ausgang geteilt werden. Eine solche Vereinbarung ist vom Schiedsgericht zu beachten.

c) Häufig enthält der Schiedsspruch wie ein staatliches Urteil nur eine *Kostengrundentscheidung*. Die Abrechnung selbst erfolgt später (151). Möglich ist aber auch, daß die Schiedsgerichte ihren Honoraranspruch, ihre sonstige Entschädigung, aber auch die zu erstattenden Parteikosten im Schiedsspruch betragsmäßig festlegen (152). Einige Schiedsordnungen legen näher, aber meist nicht erschöpfend fest, welche Parteikosten erstattungsfähig sind. Hinsichtlich des Umfangs der zu erstattenden Parteikosten bestehen Unterschiede.

Macht das Schiedsgericht von seinem Ermessen keinen Gebrauch, erfolgt die Kostenfestsetzung in England durch Taxing masters des High Court (153).

d) Dies gilt aber nur, soweit nichts anderes vereinbart ist, wie z.B. bei *ICC-Verfahren*. Hier werden die Gesamtkosten des

(150) Vgl. MORGAN, LB Nr. 53.1.4.

(151) MORGAN, LB Nr. 53.4.

(152) So Schweden, sec. 38 II Draft Arbitration Act 1995. Auch in England kann das Schiedsgericht nach sec. 63 (3) Arbitration Act 1996 die Kosten betragsmäßig festsetzen.

(153) Arbitration Act 1996, sec. 63 (4).

Schiedsverfahrens im Schiedsspruch festgesetzt (Art. 20 (1) ICC-Rules). Aber diese Kosten werden nicht von den Schiedsrichtern festgelegt. Diese haben vielmehr den Entwurf des Schiedsspruchs dem "Schiedsgericht" zur Billigung vorzulegen (Art. 21 ICC-Rules) (154). Nach dieser Vorlage prüft das "Schiedsgericht" Kosten und Auslagen und setzt sie gemäß Art. 20 (2) ICC-Rules fest. Der Schiedsspruch selbst enthält demgemäß ebenfalls nur eine Kostenverteilung zwischen den Parteien.

Entsteht über die Abrechnung Streit, so müßten darüber in den meisten Staaten ordentlichen Gerichte entscheiden (155). Gleiches gilt, wenn die Schiedsrichter ihre Gebühren im Schiedsspruch selbst festsetzen. Hierin liegt zunächst nur eine nach Vertragsrecht zulässige einseitige Leistungsbestimmung, über deren Angemessenheit im Streitfall die Gerichte zu entscheiden haben. Praktisch gesehen mischen sich die Gerichte aber nicht ein. Klagen auf Rückzahlung von Vorschüssen sind nicht bekannt.

52. *Bestätigung des Schiedsspruchs durch die Schiedsorganisation.*— Institutionell ist eine solche Überprüfung in Art. 21 der ICC-Rules und Art. 24-5 Euro-Arab Chamber Rules vorgesehen. In den Niederlanden regt die Niederländische Schiedsvereinigung zwar im Einzelfall Änderungen oder Verbesserungen des Schiedsspruchs an. Doch geschieht dies formlos, als bloße Hilfe für nebenamtliche Schiedsrichter außerhalb eines geregelten Verfahrens (156). In Österreich würde man in der (nicht üblichen) Prüfung und Genehmigung des Entwurfs eines Schiedsspruchs einen Verstoß gegen die richterliche Unabhängigkeit sehen (157).

(154) Ähnlich Art. 39 (4) UNCITRAL Rules.

(155) So ausdrücklich Dänemark, sec. 6 Arbitration Act 1972; in Schweden, LINDELL, LB s. 14.

(156) DE LY, LB Nr. 54.

(157) FASCHING, LB Nr. 54.

Das französische Recht hat dagegen keine Einwendungen gegen das Verfahren der Überprüfung des Entwurfs eines ICC-Schiedsspruchs durch den "Schiedsgerichtshof" der Internationalen Handelskammer gemäß Art. 21 ICC-Rules, da der "Gerichtshof" die Entscheidungsfreiheit des Schiedsgericht respektiert (158). Dagegen sehen andere in dieser Überprüfung eine Mitwirkung an der schiedsrichterlichen Tätigkeit; sie sei aber zulässig, soweit der "Gerichtshof" selbst in richterlicher Unabhängigkeit handle.

(158) So FOUCHARD, LB Nr. 54. Ebenso in Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 54.

IV

VERFAHREN NACH ERLASS DES SCHIEDSSPRUCHS

53. *Registrierung des Schiedsspruchs.*— a) Teilweise ist vorgeschrieben, daß ein Schiedsspruch bei Gericht niedergelegt werden muß, um die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils zu erlangen. Teilweise bedarf es der *Niederlegung* nur zur Vollstreckbarerklärung (1) oder vom Tag der Niederlegung an läuft die Anfechtungsfrist. Das Modellgesetz hat auf die Niederlegung als überflüssige Förmlichkeit zu Recht verzichtet (2). Das österreichische Recht hat sie nie gekannt.

Überholt und reformbedürftig erscheint das brasilianische Recht, wonach ein Schiedsspruch nur dann Urteilswirkungen hat, wenn innerhalb von fünf Tagen nach Erlaß seine Homologisierung beantragt wird. Hierbei prüft der staatliche Richter in einem streitigen Verfahren, ob Einwendungen gegen den Schiedsspruch bestehen (3), so daß der Spruch oft erst nach einem Jahr Rechtskraft erlangt und vollstreckt werden kann.

Großzügiger ist für internationale Verfahren das französische Recht, das den Erlaß völlig der Parteivereinbarung überläßt und die Art. 1469 bis 1475 NCPC (für nationale Schiedssprüche) nur subsidiär anwendet. Selbst die Begründung eines

(1) So in Frankreich, FOUCHARD, LB Nr. 55; in den Niederlanden, DE LY, LB Nr. 55; in Korea, SONG, LB s. 16; Deutschland, § 1039 III ZPO, BORK, LB Nr. 55.

(2) Ebenso Hongkong, MORGAN, LB Nr. 55.1; der deutsche Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/5274, s. 56 (Begründung zu § 1054 E-ZPO).

(3) Art. 1096 s. 2 Brasil. ZPO, CARMONA, LB Nr. 28 (krit. Nr. 1, 2).

Schiedsspruchs ist nicht zwingend erforderlich und nicht Teil des französischen *ordre public international* (4).

b) Nach allen untersuchten Rechtsordnungen (außer Brasilien) hat der Schiedsspruch die *Wirkungen* eines rechtskräftigen Sachurteils (5), und zwar mit Erlaß vor seiner Vollstreckbarerklärung. Diese Wirkungen bestehen gegenüber den Parteien und Dritten, soweit eine Rechtskraftbindung herrscht (6). Nach Art. 35 I ML ist der Schiedsspruch gleichbedeutend überall als bindend anzuerkennen.

54. *Berichtigung, Auslegung und Ergänzung des Schiedsspruchs.*— a) Dem Schiedsgericht können wie einem staatlichen Gericht formelle Fehler unterlaufen. Art. 33 ML (bzw. Art. 35 ff UNCITRAL Rules), aber auch die meisten Rechtsordnungen (7) bzw. Schiedsordnungen sehen deshalb zu Recht vor, daß das Schiedsgericht solche *Fehler* auf Antrag oder von Amts wegen *korrigieren*, oder wenn es eine Entscheidung vergessen hat, den Schiedsspruch auf Antrag ergänzen kann. Das Schiedsgericht darf dabei nicht etwaige Fehlentscheidungen korrigieren, sondern lediglich technische Fehler beseitigen (8).

b) Im deutschen Prozeßrecht bisher nicht bekannt ist dagegen die Befugnis des Schiedsgerichts nach Art. 33 I 1 (b) ML

(4) FOUCHARD, LB Nr. 45.

(5) Frankreich, Art. 1476, 1500 NCPC; vgl. Société N. Beyrard France c/ République de Côte-d'Ivoire, Cour d'appel de Paris, *Rev. arb.* 1994, 133; Deutschland, § 1040 ZPO (künftig: § 1055 E-ZPO); Schweden, LINDELL, LB s. 13; Niederlande, Art. 1059 R.V.; Brasilien, Art. 1097 ZPO (erst nach Bestätigung durch das Gericht), CARMONA, LB Nr. 28; Korea, Arbitration Act, Art. 12; Niederlande, Art. 1059 I R.V.; Österreich, § 594 I ZPO; Schweiz, Art. 190 IPRG.

(6) VAN HOUTTE, LB Nr. 55c.

(7) Japan, UENO, LB Nr. 56; Italien, Art. 826 c.p.c. (i.d.F. vom 5.1.1994), BRIGUGLIO, LB Nr. 14; Belgien, VAN HOUTTE, LB Nr. 58; England, Arbitration Act 1996, sec. 57; Niederlande, Art. 1060 R.V.; Österreich, FASCHING, Nr. 56; Deutschland, BORK, LB Nr. 56; Schweiz, WALTER, LB Nr. 56; Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 56.

(8) MORGAN LB Nr. 45.6.

den eigenen Schiedsspruch auf Antrag auszulegen (9). Diese *Auslegung* wird Bestandteil des (ursprünglichen) Schiedsspruchs (Art. 33 I 3 ML). Die Befugnis zur Auslegung besteht nur auf besondere Parteivereinbarung hin; sie dient dazu, ungewollt falsche oder mißverständliche Formulierungen des Schiedsspruchs klarzustellen, um Schwierigkeiten im Hinblick auf Rechtskraft oder Vollstreckung auszuräumen.

Auch nach Art. 1475 II NCPC kann der Schiedsrichter einen nationalen Spruch auslegen; auf internationale Fälle ist diese Regel aber nicht direkt anwendbar (10).

c) Hat das Schiedsgericht eine Entscheidung zu einem Streitpunkt vergessen, so kann es auf Antrag einen *ergänzenden Schiedsspruch* erlassen (11). Nach Art. 1708 belg. B.W. ist dies zulässig, auch wenn die allgemeine Entscheidungsfrist inzwischen abgelaufen ist.

Anders verhält es sich in Japan. Hier erlischt die Schiedsvereinbarung mit Erlaß des End-Schiedsspruchs. Nach h.M. ist § 195 Japan. ZPO über die Urteilsergänzung auf Schiedssprüche nicht anwendbar (12). Auch in der Schweiz ist beim Übergehen eines Anspruchs zuerst der Schiedsspruch anzufechten (Art. 190 II lit. c IPRG); erst dann kann die Sache an das Schiedsgericht zur Ergänzung zurückgegeben werden.

55. *Rechtsbehelfe innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit.*— Im allgemeinen hat das Schiedsgericht keine Befugnis, einen bereits erlassenen Schiedsspruch wieder aufzuheben (13). Rechtsmittel innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit sind grundsätzlich mö-

(9) Künftig § 1058 I Nr. 2 E-ZPO; Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/5274, s. 58.

(10) FOUCHARD, LB Nr. 56.

(11) FASCHING, LB Nr. 58; MORGAN, LB Nr. 45.2.

(12) UENO, LB Nr. 58.

(13) VAN HOUTTE, LB Nr. 61d.

glich (14), aber relativ selten, da sonst der Hauptvorteil der schnellen Streitentscheidung verloren ginge. Regeln in Schiedsstatuten, wonach die Entscheidung endgültig sein und keinen (generellen) Rechtsmitteln unterliegen solle, sind wirksam und verstoßen nicht gegen den *ordre public* (15).

Ein schiedsgerichtliches Kontrollverfahren, das mit der Aufhebung des Spruchs enden kann, ist ausdrücklich in Art. 52 I, III ICSID vorgesehen. Freilich stehen ICSID-Schiedssprüche inländischen Urteilen gleich, so daß die Vereinbarung eines Sonderverfahrens angezeigt war.

56. *Berufung an das staatliche Gericht.*— a) Gleichgültig, ob man die Schiedsgerichte als besondere Gerichte oder als besondere Einrichtung der Streiterledigung ansieht, hat sich in den meisten Ländern die Erkenntnis durchgesetzt, daß ein normales Rechtsmittel vom Schiedsgericht an das staatliche Gericht, mit dem der inländische Schiedsspruch rechtlich voll überprüft würde, nicht sachgerecht ist. Zumindest in internationalen Fällen ist eine solche *Berufung* in den meisten hier untersuchten Ländern *unzulässig* oder, gleichbedeutend, eine sachliche Kontrolle der Rechtsanwendung des Schiedsgerichts ausgeschlossen. Während Art. 1482 franz. NCPC gegen nationale Schiedssprüche die Berufung eröffnet, sieht Art. 1501 NCPC in internationalen Fällen ein Rechtsmittel zwingend nur gegen die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung vor (16). Erst recht scheidet eine freie Nachprüfung der Tatsachenfeststellungen des Schiedsgerichts aus.

b) Dagegen gibt es noch in vielen *lateinamerikanischen Staaten* die (ausschließbare) Möglichkeit, gegen den Schiedsspruch

(14) So in Japan, UENO, LB Nr. 57; in den Niederlanden Regelung in Art. 1050 R.V., vgl. DE LY, LB Nr. 57 (teilweise im Warenhandel); Österreich, FASCHING, LB Nr. 57a; Deutschland, BORK, LB Nr. 57.

(15) VAN HOUTTE, LB Nr. 57.

(16) Vgl. FOUCHARD, LB Nr. 57.

wie gegen ein Urteil eines staatlichen Gerichts vorzugehen. Ähnliches gilt in Syrien. Sofern die Berufung nicht ausgeschlossen wurde, prüft das Berufungsgericht den Schiedsspruch; sein Urteil ersetzt sogar den Schiedsspruch, so daß er nicht mehr nach dem UNÜ vollstreckt werden kann (17).

c) Eine Ausnahme enthält nach wie vor das englische Recht. Der Arbitration Act 1979 hatte zwar die allgemeine Rechtskontrolle der Schiedsgerichte abgeschafft, aber in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung oder mit Zustimmung aller Beteiligten war ein *appeal an den High Court* zulässig, wenn das Schiedsgericht vom anerkannten Recht abgewichen war, oder, bei Standardverträgen, eine gerichtliche Entscheidung erheblich zur Klarheit und Sicherheit im Handelsrecht beitragen würde. Die Zulassung des *appeal* lag im Ermessen des High Court, wurde aber nur selten gewährt. In internationalen Fällen konnten die Parteien diesen *appeal* außer in "shipping, insurance and commodity"-Rechtsstreitigkeiten, die englischem Recht unterliegen, ganz ausschließen. Im Grundsatz hält England diese Möglichkeit der Rechtskontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte weiterhin für sachgerecht (18). Der Arbitration Act 1996 sieht außerdem vor, daß die Parteien das staatliche Gericht zur Entscheidung rechtlicher Vorfragen (ausschließbar) anrufen können, wenn dies das Schiedsverfahren erheblich verbilligt (19).

57. *Aufhebungsklage bzw. Nichtigkeitsbeschwerde.*— a) Eine richtig verstandene Autonomie der Schiedsgerichte schließt aber nicht aus, daß der Spruch beim Fehlen einer Schiedsvereinbarung, bei schweren Mängeln des Schiedsverfahrens oder des Schiedsspruchs, also im weitesten Sinne bei einem Mißbrauch der Befugnisse des Schiedsgerichts oder einem Verstoß gegen

(17) EL-HAKIM, LB Nr. 13 (3), 57.

(18) Arbitration Act 1996, sec. 69-71.

(19) Arbitration Act 1996, sec. 45.

prozessuale Fairness aufgehoben werden kann und muß. Eine solche Kontrolle auf besonders erhebliche Verfahrensverstöße bzw. ordre public-Verstöße ist sogar aus rechtsstaatlichen Gründen geboten. Andernfalls wäre die unterlegene Partei der Willkür eines anderen (der Gegenpartei, eines Dritten oder eines Schiedsrichters) ausgeliefert. Daß die unterlegene Partei versuchen wird, jede noch so enge Kontrolle (selbst mißbräuchlich) zu nutzen, ändert nichts an deren Notwendigkeit.

b) Im Detail unterscheiden sich die *Aufhebungs- und Nichtigkeitsgründe* trotz der Regelung in Art. V UNÜ und Art. IX EuÜ von Land zu Land. Art. 34 ML sieht zwingend die Aufhebungsklage, Art. 1504 mit 1502 franz. NCPC die Nichtigkeitsbeschwerde gegen französische im internationalen Schiedsverfahren erlassene Schiedssprüche vor. Am häufigsten ist die Aufhebung eines nach Ablauf der Schiedsvereinbarung erlassenen Spruchs (20). Nach sec. 68 englischer Arbitration Act 1996 wird der Schiedsspruch wegen einer „serious irregularity“ im Schiedsverfahren aufgehoben.

Im italienischen Recht ist seit 1994 in Art. 827 al. 2 c.p.c. klargestellt, daß ein Schiedsspruch bereits vor der Niederlegung oder Vollstreckbarerklärung angefochten werden kann (21).

Das niederländische Recht unterscheidet bei Aufhebung bzw. Nichtigklärung (gemäß Art. 1064 ff R.V.) nicht zwischen nationalen und internationalen Schiedssprüchen (22). Auch Österreich läßt die Aufhebungsklage gegen alle Schiedssprüche zu, wenn für den Rechtsstreit ein österreichisches Gericht zuständig war, die Zuständigkeit im Vertrag vereinbart ist oder das Schiedsgericht in Österreich getagt hat (§§ 582 I, 596 I öZPO) (23).

(20) FOUCHARD, LB Nr. 58 (vgl. Art. 1504 mit 1502 Nr. 1 NCPC); ähnlich in Belgien, Art. 1704 B.W. et seq.

(21) BRIGUGLIO, LB Nr. 13.

(22) DE LY, LB Nr. 57.

(23) Vgl. FASCHING, LB Nr. 59d.

In der Schweiz sind die Aufhebungsgründe in internationalen Schiedssachen in Art. 190 II IPRG enumerativ angeführt. Die ordre public-Kontrolle ist geblieben, die nach dem Konkordat zulässige Prüfung auf klare Verstöße gegen Recht und Billigkeit ist dagegen beseitigt worden (24). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch die Revision nach dem Schiedskonkordat (einer deutschen Restitutionsklage entsprechend) bei Schiedssprüchen als Folgen strafbarer Handlungen oder in Unkenntnis wesentlicher Umstände weiter zulässig (25).

Manche Länder unterscheiden zwischen Aufhebungs- und Nichtigkeitsgründen (26), je nachdem ob nur Parteiinteressen oder öffentliche Interessen verletzt sind. Aber praktische Folgen sind mit dieser Unterscheidung selten verbunden, weil auch Nichtigkeitsgründe durch Klage geltend gemacht werden müssen.

Während in den meisten Staaten die Aufhebungsklage oder die Nichtigkeitsbeschwerde nur ausnahmsweise erhoben wird und das Gericht die meisten Aufhebungsgründe im Rahmen der Vollstreckbarerklärung ebenfalls nur auf Antrag prüft, hat der brasilianische Richter vor der Homologisierung von Amts wegen zu prüfen, ob der Schiedsspruch nichtig ist (Art. 1100 brasil. ZPO) (27).

In Syrien führt die erfolgreiche Aufhebungsklage ("requête civile") nicht nur zur Beseitigung des Schiedsspruchs, das staatliche Gericht erläßt vielmehr eine neue eigene Sachentscheidung (28).

c) *Zuständig* für Aufhebung bzw. Nichtigklärung sind die Gerichte des Ursprungsstaates des Schiedsspruchs (vgl. Art. V (1) (e) UNÜ). Da Aufhebungsklagen vielfach nur in Verzögerungsabsicht erhoben werden, muß sichergestellt sein, daß das

(24) Vgl. Schweiz. BG (30.12.1994), RIW 1995, 587, 588 f.

(25) WALTER, LB Nr. 57.

(26) So z.B. die Niederlande, Art. 1065, 1068 R.V.

(27) CARMONA, LB Nr. 31.

(28) EL-HAKIM, LB Nr. 57.

Aufhebungsverfahren rasch durchgeführt und abgeschlossen wird. Art. 34 ML sieht daher die Aufhebungsklage als einzigen *außerordentlichen Rechtsweg* zwingend vor, läßt ihn aber nach Abs. 3 innerhalb von drei Monaten nach Empfang des Schiedsspruchs durch die betroffene Partei zu (29). In der Schweiz ist für die Anfechtung internationaler Schiedssprüche das Bundesgericht als erste und einzige Instanz zuständig (Art. 191 I IPRG); in Frankreich muß der Appellationsgerichtshof innerhalb eines Monats nach Zustellung des für vollstreckbar erklärten Schiedsspruchs angerufen werden (Art. 1505 NCPC). Auch der deutsche Regierungsentwurf von 1996 will die Entscheidung über Aufhebung und Vollstreckbarerklärung beim Oberlandesgericht konzentrieren (§ 1062 I Nr. 4 E-ZPO) (30). Gegen dessen Entscheidung soll nur die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof zulässig sein (§ 1065 I E-ZPO).

58. *Wiedereröffnung des Schiedsverfahrens oder Verbrauch der Schiedsvereinbarung.*— a) Vielfach ist der *Schiedsvertrag* mit der Durchführung des Schiedsverfahrens *verbraucht*; nach Aufhebung des Schiedsspruchs muß vor dem staatlichen Gericht geklagt werden, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder keine neue Schiedsabrede treffen (31). Abweichend vom geltenden deutschen Recht soll künftig mit Aufhebung des Schiedsspruchs die Schiedsvereinbarung im Zweifel wieder aufleben (§ 1059 V E-ZPO). Die Reformkommission ist der Ansicht, daß das Wiederaufleben der Entscheidungskompetenz regelmäßig dem Willen der Parteien entspricht (32).

(29) Für Hongkong vgl. MORGAN, LB Nr. 61.3; ebenso § 1059 I, III dt. E-ZPO; in Schweden innerhalb von 60 Tagen (SmL § 26 I); in Belgien, Art. 1707 I B.W. (drei Monate); in der Schweiz 30 Tage, vgl. WALTER, LB Nr. 57.

(30) Ähnlich in Italien: beim Corte d'Appello, Art. 828 I, 831 IV, V c.p.c.

(31) Deutschland, BORK, LB Nr. 57, 58; Niederlande, ausdrücklich Art. 1067 R.V.; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 58.1.5; zur Lage in Syrien s.o. Nr. 57 b (a.E.).

(32) *Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts*, 1994, s. 201; ebenso Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/5274, s. 60.

b) Der *Fortbestand* einer gültigen Schiedsvereinbarung entspricht auch wohl international der überwiegenden Meinung. In der Schweiz ist der Schiedsauftrag erst erfüllt, wenn der Schiedsspruch endgültig geworden ist. Wird er dagegen aufgehoben, so liegt nur ein fehlerhafter Erfüllungsversuch vor; das Schiedsverfahren ist daher bis zum Erlaß eines neuen Schiedsspruchs fortzusetzen (33).

In England kann der High Court einen Schiedsspruch beim Nachweis erheblicher Verfahrensfehler auf Antrag aufheben und die Sache in geeigneten Fällen an das Schiedsgericht zur Neuentscheidung zurückgeben (34).

Wird ein internationaler Schiedsspruch in Italien aufgehoben, so muß die Sache, sofern ein gültiger Schiedsvertrag vorliegt, erneut vor dem Schiedsgericht verhandelt und entschieden werden, es sei denn, die Parteien hätten das Gegenteil vereinbart (Art. 838, 830 c.p.c.) (35).

In Frankreich hat die Cour de Cassation im Arrêt *Fougerolle* entschieden, daß die Parteien in Fällen von fraude verlangen können, daß die Schiedsrichter ihren Spruch zurücknehmen und neu entscheiden (36). Auch diese mehrfach bestätigte Rechtsprechung verdeutlicht, daß eine ausnahmslose Bindung an einen einmal erlassenen Schiedsspruch nicht sachgerecht sein kann.

In Brasilien wird ein fehlerhafter Schiedsspruch aufgehoben und die Sache dem Schiedsgericht zur Verbesserung zurückgegeben; in Fällen einer unwirksamen Schiedsvereinbarung oder eines fehlerhaft besetzten Schiedsgerichts wird der Spruch

(33) WALTER, LB Nr. 58; ebenso in Belgien, VAN HOUTTE, LB Nr. 61d (anders bei Fehlen einer Schiedsvereinbarung oder bei namentlich bezeichneten Schiedsrichtern); in Österreich, FASCHING, LB Nr. 58; in Griechenland KERAMEUS ZZP 92 (1979), 413, 427.

(34) Arbitration Act 1996, sec. 68; *Consultation Doc. Part III, ArbInt* 1994, 203, 233 f.

(35) BRIGUGLIO, LB Nr. 13.2 (s. 63).

(36) Cass.civ. (1re), *Rev. arb.* 1993, 91.

dagegen endgültig für nichtig erklärt (Art. 1102 brasil. ZPO) (37).

e) Nach einer Reihe von Rechtsordnungen bzw. institutionellen Schiedsordnungen ist eine *Schiedsvereinbarung* nur eine *bestimmte* (meist verlängerbare) *Zeit* gültig, damit das Schiedsgericht das Verfahren nicht ungebührlich verzögert.

Nach Art. 1495 mit Art. 1456 NCPC dauert das Amt des Schiedsrichters auch in internationalen Verfahren, die in Frankreich stattfinden, sofern nichts anderes vereinbart ist, nur sechs Monate. Nur die Parteien oder das Gericht, nicht aber die Schiedsrichter selbst können diese Frist verlängern (38). Art. 18 der ICC-Rules sieht ebenfalls eine Sechsmonatsfrist für den Erlaß des Schiedsspruchs vor, die vom "Gerichtshof" der ICC auf Antrag des Schiedsrichters oder auch von Amts wegen verlängert werden kann (Art. 18 (2) ICC-Rules). Wird die Frist nicht rechtzeitig verlängert, so ist ein verspätet erlassener Schiedsspruch aufhebbar.

59. *Nationale und a-nationale Schiedssprüche.*— a) In den meisten Ländern gibt es nur inländische oder ausländische Schiedssprüche, aber keine Sondergruppe der internationalen Schiedssprüche, geschweige denn übernationale (a-nationale) Schiedssprüche (39). In der Regel hat der *Spruch* seine *Nationalität* nach dem Sitz des Schiedsgerichts (40). Nach deutscher (41) und japanischer Tradition (42) entscheidet das angewandte Verfahrensrecht. Amerikanische Gerichte haben da-

(37) CARMONA, LB Nr. 31.

(38) Vgl. FOUCHARD, LB Nr. 58.

(39) Deutschland, BORK, LB Nr. 59; Niederlande, DE LY, Nr. 59; Schweiz, WALTER, LB Nr. 59; Hongkong, MORGAN, LB Nr. 59.1.

(40) So Belgien, VAN HOUTTE, LB Nr. 59.

(41) Vgl. BORK, LB Nr. 59. Der deutsche Regierungsentwurf geht dagegen zur Sitztheorie über, § 1025 I E-ZPO (BT-Drucks. 13/5274, s. 31).

(42) UENO, LB Nr. 59.

gegen teilweise auf die Nationalität der Parteien abgestellt (43). Dagegen meinen neuerdings manche, der Schiedsspruch habe a-nationalen oder delokalisierten Charakter, wenn das Schiedsverfahren nach dem Willen der Parteien keinem nationalen Recht unterliegt. Ein solcher freischwebender Schiedsspruch ("*sentence flottante*") soll nach dem UNÜ anerkannt und vollstreckt werden können.

b) Zwar meinen manche Autoren, denationalisierte Schiedssprüche existierten nur im "akademischen Traumland". Aber seit 1960 und noch mehr seit dem Gesetz von 1981 ist in Frankreich anerkannt, daß Schiedsvereinbarung, Schiedsverfahren und Schiedsspruch keinem nationalen Recht unterstellt werden müssen (44). Weder das Gesetz noch die französischen Gerichte unterstellen, wenn es die Parteien nicht wollen, das Schiedsverfahren dem Recht des Ortes, an dem es abgewickelt wurde. Selbst wenn der internationale Schiedsspruch, der in Frankreich erlassen wurde, dort (gemäß Art. 1504 mit 1502 NCPC) annulliert werden kann, kann er sonst nicht als französischer Schiedsspruch angesehen werden. Um die Berücksichtigung der Annullierung im Ursprungsland zu verweigern, hat die Cour de Cassation erklärt, daß es bei einem in der Schweiz erlassenen und von einem Schweizer Gericht annullierten Schiedsspruch um einen internationalen Schiedsspruch handelt, der nicht in die Rechtsordnung der Schweiz integriert war (45). Hat ein internationaler Schiedsspruch keine Nationalität, so ist es nur konsequent, daß ein Staat zwar seine Anerkennung und Vollstreckung verweigern, den Schiedsspruch aber nicht mit weltweiter Wirkung aufheben kann (46).

(43) *Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, 710 F. 2d 928 (2d Cir. 1983).

(44) FOUCHARD, LB Nr. 59.

(45) L'arrêt *Hilmarton*, Cass.civ. (1ère) (23.3.1994), *Rev. arb.* 1994, 327 (note JARROSSON).

(46) So zuerst L'arrêt *Gotaverken*, Cour d'appel de Paris, *Yearbook Comm. Arb.* 1981, 221.

d) Diese Lösung wird aber den Anforderungen an ein geordnetes und gegliedertes Rechtsschutzsystem nicht gerecht. Sicherlich kann und wird es immer in Ausnahmefällen hinkende Entscheidungen geben, weil politisch motivierte Hindernisse oder Aufhebungsgründe von anderen Staaten nicht anerkannt werden. Hinkende Entscheidungen sind aber grundsätzlich von Übel und allenfalls in Notsituationen zu akzeptieren, man sollte sie aber nicht als Fortschritt und generelle Lösung propagieren. Nichts anderes geschieht aber, wenn man in einer nationalstaatlichen Rechtswelt internationale Schiedsverfahren von der Erdung an das staatliche Recht völlig lösen will. Es kann praktisch nicht richtig sein, daß der unterliegende Beklagte eventuelle Verstöße gegen *due process of law* oder *misconduct* der Schiedsrichter in jedem möglichen Vollstreckungsstaat neu nachweisen muß, Beweismittel unbegrenzte Zeit aufbewahrt werden müssen und ein Streit über die Wirksamkeit eines Schiedsspruchs niemals endgültig entschieden werden kann. Die *Aufhebung des Schiedsspruches* im Ursprungsstaat muß deshalb generell *weltweite Wirkung* haben. Eine mit einem geordneten Rechtsschutz vereinbare Lösung kann folglich nur darin bestehen, das anwendbare materielle Recht und das Verfahrensrecht zu vereinheitlichen und auf einen angemessenen Standard zu bringen, nicht aber die internationale Schiedsgerichtsbarkeit faktisch außerhalb des Rechts anzusiedeln.

60. *Aufhebung des Schiedsspruchs durch das staatliche Gericht.*— Inländische Schiedssprüche entscheiden grundsätzlich endgültig in der Sache; sie stehen deshalb regelmäßig rechtskräftigen Urteilen gleich (§ 1040 dt. ZPO).

a) Solche Aussagen sind aber nur dann zutreffend, wenn der Schiedsspruch in der Sache grundsätzlich nicht nachgeprüft, sondern nur beim Vorliegen schwerwiegender Verfahrensmängel, etwa i.S. von Wiederaufnahmegründen (im weiteren Sinne) aufgehoben werden kann. Das UNCITRAL Model Law folgt

hierbei in Art. 34, 36 dem bewährten Muster von Art. V UNÜ (47): Die Gründe für die Aufhebung eines inländischen Schiedsspruchs sind danach (im wesentlichen) dieselben wie die für die Ablehnung der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches. Sieht man in der Schiedsgerichtsbarkeit eine echte parteiautonome Alternative zu staatlichen Gerichten, so erscheint eine solche Gleichbehandlung als konsequent und sachlich richtig. Sachliche Fehler des Schiedsspruchs berechtigen danach wie bei einem rechtskräftigen Gerichtsurteil nicht zur Anfechtung, solange der Spruch nicht dem *ordre public* widerspricht.

Das italienische Recht hat auch bei der Reform von 1994 sämtliche Gründe für die Aufhebung eines Schiedsspruchs in Art. 829 al. 1 c.p.c. auch gegenüber internationalen Schiedssprüchen beibehalten (Art. 838 c.p.c.) und den Kreis der Anfechtungsgründe nicht gemäß Art. 34 ML eingeschränkt. Eine Aufhebung wegen Verstößen gegen das materielle Recht ist aber bei internationalen Schiedssprüchen nicht zulässig, sofern die Parteien nicht das Gegenteil vereinbart haben (Art. 829 al. 2, 838 c.p.c.) (48). Hat das Schiedsgericht jedoch eine andere als die vereinbarte Rechtsordnung angewandt, so kann der Spruch wegen Überschreitung des Schiedsauftrags aufgehoben werden (s.u. Nr. 63).

b) Neu ist die Möglichkeit des Art. 34 IV ML, daß das staatliche Gericht das *Aufhebungsverfahren aussetzen* kann, damit das Schiedsverfahren wieder aufgenommen oder sonstige Maßnahmen getroffen werden können, um den Aufhebungsgrund zu beseitigen. Diese Befugnis wird vor allem für Schiedssprüche gegenüber Streitgenossen begrüßt, weil auf diese Weise die Kosten für die Wiederholung des gesamten Verfahrens gespart oder vermieden wird, daß das gesamte Schiedsverfahren nutzlos wird.

(47) Ebenso Hongkong, MORGAN, LB Nr. 61.2).

(48) BRIGUGLIO, LB Nr. 13.2 (s. 61).

61. *Einfluß internationaler Übereinkommen.*— Zwischen den meisten Handelsnationen gilt inzwischen das UNÜ 1958. Teilweise gelten ergänzende Handels- und Freundschafts-abkommen. Das UNÜ kennt aber kein Verfahren der Vollstreckbarerklärung; diese erfolgt in jedem Land nach den nationalen Regeln.

Das UNÜ (Art. V) schließt die sachliche Prüfung der Rechtsanwendung des Schiedsgerichts durch das staatliche Gericht aus und hat die Anfechtungsgründe des UNCITRAL-Modellgesetzes und viele nationale Gesetze beeinflusst. Vielfach sind die Gründe der Versagung der Anerkennung und Vollstreckung des Art. V UNÜ verallgemeinert und werden auch gegenüber Nichtvertragsstaaten angewandt (49) oder sind identisch geregelt (wie in Art. 1076 niederl. R.V.).

Das UNCITRAL-Modellgesetz ist teilweise direkt übernommen worden, teilweise hat es die nationalen Gesetzgeber zu eigenen Reformen angeregt.

62. *Verzicht auf die Anfechtung des Schiedsspruches oder Ausschluß der Anfechtung.*— Nach dem Prinzip der Parteiautonomie können Schiedsparteien nach Erlass eines Schiedsspruches (in Kenntnis des Ergebnisses) auf Rechtsbehelfe dagegen verzichten. Aber können sie dies bereits vorher? Darf ein solcher Verzicht unterstellt oder gar bestimmten Parteien aufgezwungen werden?

a) Haben die Parteien ein ICC-Schiedsverfahren vereinbart, so wird damit nach *Art. 24 II ICC-Rules* vermutet, daß sie auf jede Art von Rechtsmittel verzichtet haben, freilich nur, soweit ein solcher Verzicht wirksam erklärt werden kann. Die englischen Gerichte hatten darin zu Recht einen Verzicht auf den allgemeinen appeal an das staatliche Gericht gesehen. Nach

(49) So in der Schweiz, Art. 194 IPRG; in Deutschland *de lege ferenda* § 1061 I E-ZPO.

Ansicht des deutschen BGH soll diese Regel dagegen nur berufungsähnliche Rechtsbehelfe ausschließen, die zur Nachprüfung des Schiedsspruchs in der Sache führen. Die (unverzichtbare) Aufhebungsklage sei davon überhaupt nicht erfaßt (50).

b) Nach *Art. 192 I schweiz. IPRG* können Schiedsparteien ohne Schweizer Wohnsitz, Sitz oder Niederlassung die Anfechtung eines Schiedsspruchs ganz oder teilweise ausschließen und zwar durch ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder durch spätere Abrede (51). Wird ein Verzicht vorab erklärt und kommt es im Schiedsverfahren zu schweren Verstößen gegen die Gebote der Gleichheit oder des rechtlichen Gehörs, so dürfen die Parteien aber an einen solchen Verzicht nicht gebunden werden. Ergibt die Verfahrensrüge letztlich einen *ordre public*-Verstoß, so muß der Verzicht als unwirksam angesehen werden. Tatsächlich wird er von (gut beratenen) vorsichtigen Parteien auch kaum vereinbart werden. Gegenüber einer Vollstreckung in der Schweiz bleiben der Partei ungeachtet des Verzichts zudem die Einwendungen des Art. V UNÜ (Art. 192 II schweiz. IPRG).

Auch in Japan hält man einen Verzicht auf die Anfechtungsklage bei Verstößen gegen den *ordre public* oder *due process of law* für unwirksam (52).

c) *Belgien* ist 1985 noch einen Schritt weitergegangen: Nach Art. 1717 IV belgischer CJ ist die Aufhebungsklage gegen einen belgischen Schiedsspruch kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn keine der Schiedsparteien Belgier oder eine juristische Person mit Sitz, Niederlassung oder Geschäftssitz in Belgien ist. Man verwies damals darauf, daß willkürliche Schiedssprüche selten seien, solche Aufhebungsklagen daher meist in dilatorischer Absicht erhoben würden und sich der Betroffene ja im Rahmen

(50) BGHZ 96, 40, 42 = NJW, 1986, 1436.

(51) Der schwedische Entwurf eines Schiedsgesetzes von 1995 sieht in sec. 52 Entsprechendes vor, vgl. LINDELL, LB s. 22; LINDELL, LB s. 15.

(52) UENO, LB Nr. 60-67; ähnlich in Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 63.

des jeweiligen Vollstreckungsverfahrens wehren könne. Zusätzlich kann die Vollstreckung in Belgien nur wegen ordte public-Verstößen abgewehrt werden (Art. 1710 (3) B.W.).

Für Streitigkeiten aus Investitionsverträgen hat auch Griechenland die Aufhebungsklage gesetzlich ausgeschlossen.

d) Dagegen wird die *Aufhebungsklage* nach Art. 34 ML als zwingender *unverzichtbarer Rechtsbehelf* angesehen (53).

In Deutschland, Dänemark (54), den Niederlanden (55) und in Österreich (56) wird freilich ein Vorabverzicht auf die Aufhebungsklage als unzulässig und unwirksam angesehen. Die Möglichkeit, den Schiedsspruch im Wege der im Gesetz genannten Gründe anzufechten, sei für den Rechtsschutz unverzichtbar. Erst in Kenntnis des Schiedsspruchs kann auf solche Minimalgarantien verzichtet werden. Auch Italien hat den drakonischen Vorabverzicht nicht zugelassen (57).

Nicht ganz in diesen Zusammenhang gehört Art. 1101 brasil. ZPO, wonach sich die Parteien eine Vertragsstrafe für den Fall versprechen können, daß sie gegen die Vollstreckbarerklärung einen zulässigen aber unbegründeten Rechtsbehelf einlegen (58).

e) Da die *Aufhebungsklage* kein allgemeines, sondern nur ein *außerordentliches Rechtsmittel* ist, das zur Überprüfung des Schiedsspruchs auf schwerwiegende Mängel ähnlich einem Wiederaufnahmeverfahren führt, kann man den Verzicht nicht mit einem allgemeinen Rechtsmittelverzicht vergleichen. Die größere Staatsferne internationaler Schiedsgerichte spricht nicht für den Vorabverzicht auf jegliche Kontrolle. Auch der Hinweis auf den Vorrang von Schnelligkeit im internationalen Schiedsverfahren gegenüber einer staatlichen Überwachung des Schiedsge-

(53) Hongkong, MORGAN, LB Nr. 62.1.

(54) PHILIP, in Sanders, *International Handbook*, Denmark, 1986, s. 23.

(55) DE LY, LB Nr. 62.

(56) FASCHING, LB Nr. 61d.

(57) BRIGUGLIO, LB Nr. 13.1.

(58) CARMONA, LB Nr. 30.

richts geht fehl. Denn es geht nur in wenigen Fällen um eine Kontrolle im staatlichen Interesse, sondern primär darum, Mindestanfordernisse des individuellen Rechtsschutzes zu gewährleisten. Schiedssprüche können von den Staaten nur dann wie staatliche Urteile vollstreckt werden, wenn prozessuale Minimalstandards beachtet werden und ihre Einhaltung kontrolliert werden kann. Die Neigung zur Denationalisierung internationaler Schiedsgerichte sollte daher ihre Grenzen in einer Minimalgarantie eines rechtsstaatlichen Rechtsschutzes für die Schiedsparteien finden. Auch ein unterschiedliches Rechtsschutzangebot für Inländer und Ausländer ist schon an sich grundsätzlich von Übel. Es ist deshalb zu begrüßen, daß Aufhebungsgründe und Gründe zur Ablehnung der Vollstreckbarerklärung in Art. 34 und Art. 36 ML weitgehend übereinstimmen.

Mit der Aufhebung im Heimatstaat muß der Schiedsspruch grundsätzlich seine Wirkung weltweit verlieren. Der Ausschluß der Aufhebungsklage in der Hoffnung auf eine Kontrolle bei der Vollstreckbarerklärung vermeidet nicht einfach eine Verdoppelung der staatlichen Kontrolle, sondern führt zu einem "exequatur shopping". Der unterlegene Beklagte kann danach nie einen Schiedsspruch endgültig abwehren; der Weg zu einem neuen Verfahren vor dem Schiedsgericht oder dem staatlichen Gericht wird bei dieser Lösung nie mehr eröffnet. Auch wenn wohl kein Inland die Vollstreckbarerklärung eines a limine unanfechtbaren Schiedsspruchs aus ordre public-Gründen verweigert, schränkt ein solcher Ausschluß den Rechtsschutz des unterlegenen Beklagten über Gebühr und unzumutbar ein. Bei einer Klageabweisung ist die Lage für den Schiedskläger sogar noch schlechter, da ihm jede Möglichkeit abgeschnitten wird, selbst größte Mängel geltend zu machen.

Man kann deshalb nur vermuten, daß Belgien wegen der Regelung des Art. 1717 IV C.J. derzeit als Schiedsort für ICC-Verfahren vielfach gemieden wird. Nach einem Gesetzentwurf

vom 17.6.1994 (59) soll der bisherige Ausschluß der Aufhebungsklage daher durch eine Regelung nach Schweizer Vorbild ersetzt werden.

63. *Überschreitung des Schiedsauftrags.*— Ob eine abrede-
widrige Entscheidung nach *lex mercatoria* im Aufhebungs- bzw.
Vollstreckungsverfahren beanstandet werden kann, ist streitig.

Bei inländischen Schiedssprüchen kommen die Rüge eines
unzulässigen Verfahrens (§ 1041 II Nr. 1 dt. ZPO) oder eines
ordre public-Verstoßes als Folge eines materiellen Rechtsfehlers
(§ 1041 II Nr. 2 dt. ZPO) in Betracht.

Bei ausländischen Schiedssprüchen könnte in Deutschland
eine Überschreitung des Schiedsauftrags nach Art. V (1) (c)
UNÜ oder ein *ordre public*-Verstoß (Art. V (2) (b) UNÜ bzw. §
1044 II Nr. 2 ZPO) gerügt werden (60).

In der offensichtlichen Abweichung von der Parteiermäch-
tigung liegt ein Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Grundanfor-
derungen des Schiedswesens und damit ein Verstoß gegen den
ordre public. Ob ein solcher Verstoß einen Inlandsbezug vo-
raussetzt, erscheint mir zweifelhaft.

In Schweden ist die Überschreitung des Schiedsauftrags
Aufhebungsgrund (61), ebenso in Belgien (62), England (63),
Frankreich (64), in den USA (65) und in der Schweiz (66) sowie
nach Art. 34 (2) (a) (iii) ML.

(59) *Chambre des Représentants de Belgique*, no. 1504/1 - 93/94, Art. 13.

(60) FASCHING, LB Nr. 64; in Deutschland § 1044 II Nr. 2 ZPO.

(61) LINDELL, LB s. 16 f.

(62) Art. 1704 II (d) B.W.

(63) *Arbitration Act 1996*, sec. 67 (1) (a), 68 (2) (b).

(64) *Cour de Cass. (1re Ch.civ.) (Communauté urbaine de Casablanca c/ Soc. Degrémont)*, *Rev.arb.* 1995, 88 (Verstoß gegen *ordre public*).

(65) CARBONNEAU, LB II 54-69.

(66) Art. 190 lit. c IPRG; WALTER, LB Nr. 64.

64. *Verstoß gegen das Schiedsverfahrensrecht.*— Hat ein staatliches Gericht Schiedsverfahren nach staatlichem Recht ohne Ermächtigung durch die betroffenen Parteien verbunden, so kann ein Schiedsspruch dem Einwand nach Art. V (1) (d) oder gar dem *ordre public* Einwand (Art. V (2) (b)) UNÜ unterliegen. Abzustellen ist auf das von den Parteien vereinbarte Recht, nur hilfsweise auf das Recht des Schiedsortes. Auf die *lex fori* des Vollstreckungsstaates kommt es nicht an.

Außerdem kann nicht jeder Verfahrensfehler zur Versagung von Anerkennung und Vollstreckung führen, sondern man muß einen *wesentlichen Verfahrensfehler* verlangen, der nach dem anwendbaren Verfahrensrecht einen Aufhebungsgrund bilden würde. Die Partei darf außerdem nicht mit der Geltendmachung des Verfahrensfehlers präkludiert sein. *Dore* verweist zwar richtig darauf, daß das Recht am Schiedsort dem von den Parteien vereinbarten - in bewußter Abweichung von Art. 1 II (c) GA 1927 - stets subsidiär ist, aber nicht jeder Verfahrensfehler kann die Versagung der Anerkennung rechtfertigen. Außerdem kann die Partei wohl auch in Grenzen vorab auf die Rüge verzichtbarer Verfahrensmängel verzichten.

Eine alte Streitfrage geht dahin, ob *due process* ein einheitlicher internationaler Standard ist oder ob auf das jeweilige nationale Recht, sei es des Sitzstaates bei der Aufhebungsklage (Art. 34 II (a) (ii) ML) oder des jeweiligen Vollstreckungsstaates im Vollstreckungsverfahren (Art. 36 I (a) (ii) ML) verwiesen wird. Ausdrücklich wird in beiden Regeln auf keine Rechtsordnung Bezug genommen.

Anerkannt ist jedenfalls, daß Verstöße gegen *due process of law* gerügt werden können, gleichgültig, inwieweit sie im einzelnen aufgeführt sind oder/und ob sie als *ordre public*-Verstöße anzusehen sind (67). Verstöße gegen das rechtliche Gehör (Art. V (1) (b) UNÜ) oder andere zwingende Verfahrensregeln sind

(67) Vgl. DE LY, LB Nr. 68; Art. 34 (2) (a) (ii) ML; vgl. MORGAN, LB Nr. 64.1.

Grund, den Schiedsspruch aufzuheben, sofern das Ergebnis davon beeinflusst sein kann (68).

65. *Verstoß gegen den internationalen ordre public.*— a) Nach Art. V (2) (b) UNÜ kann jedes Vollstreckungsstatut die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs verweigern, wenn diese gegen seinen *ordre public* verstoßen würde (69). Grund dafür können fundamentale Rechtsverstöße im Schiedsverfahren gegen die Verfahrensgerechtigkeit oder des Schiedsspruchs gegen das materielle Recht sein. Überwiegend wird vertreten, den *ordre public* in internationalen Fällen enger zu verstehen als in nationalen, die Kontrolle internationaler Schiedssprüche also liberaler zu handhaben sei (70). Europäische Maßstäbe hierzu können der Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK entnommen werden (71). Stimmt man dem zu, sind solche Verstöße selten, aber ihre Prüfung kostet Zeit.

Ein *Verzicht* auf die *ordre public*-Kontrolle findet bisher nicht statt und auf sie sollte auch künftig nicht verzichtet werden. Das italienische Recht kennt zwar in Art. 829 al. 1 c.p.c. nicht den *ordre public*-Verstoß als Aufhebungsgrund; aber die meisten Mängel, die darunter subsumiert werden, fallen unter einen anders benannten Aufhebungsgrund (72). Ohne besondere gesetzliche Grundlage wird ein Schiedsspruch aufgehoben, wenn er gegen zwingende Normen des *ordre public* verstößt (73). Durch die *ordre public*-Prüfung kann der Schiedsbeklagte die Vollstreckung unter Umständen lange hinauszö-

(68) Belgien, Art. 1704 al. 2 (g); Deutschland, §§ 1041 I Nr. 1 und 4, 1044 II ZPO; Österreich, § 595 I Z. 2 ZPO; Schweiz, Art. 190 II (d) IPRG.

(69) Ebenso Art. 34 (2) (b) (ii) ML; Belgien, Art. 1704 al. 2 (a) B.W.; Schweiz, Art. 190 II (c) IPRG.

(70) Deutschland: BGHZ 110, 104 = *NJW*, 1990, 2199; DE LY, LB Nr. 69; Griechenland, KOUSSOULIS, LB S. 11; anders in Syrien, EL-HAKIM, LB Nr. 66.

(71) Vgl. DE LY, LB Nr. 68.

(72) BRIGUGLIO, LB Nr. 13.2 (s. 61).

(73) BRIGUGLIO, LB Nr. 13.3 (s. 62).

gern. Außerdem bleiben in Grenzen Divergenzen zwischen dem ordre public international in verschiedenen Staaten bestehen.

Läßt man die Schiedsfähigkeit in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu, so bleibt für einen materiellen ordre public wie in den USA kaum ein Anwendungsbereich (74). Ein nationales Verbot einen Schiedsvertrag zu schließen, ist jedenfalls nicht Bestandteil des ordre public international (Art. V (2) (b) UNÜ) (75). Wird der ordre public-Vorbehalt auch national nur i.S. von Verstößen gegen Grundwertungen einer Rechtsordnung verstanden (76), so braucht man eigentlich nicht zwischen nationalem und internationalem ordre public unterscheiden (77). Schiedssprüche, die zu Straf-Schadensersatz verurteilen, können wohl wie staatliche Urteile nur partiell anerkannt werden.

b) RUBINO-SAMMARTANO hat daher vorgeschlagen, die nationale Prüfung und *Vollstreckbarerklärung abzuschaffen*. Stattdessen soll ein internationaler Schiedsgerichtshof den Schiedsspruch als internationale bzw. a-nationale Berufungsinstanz anhand eines einheitlichen "tronc commun" und eines einheitlichen Verfahrensrechts überprüfen. Bestätigt der Schiedsgerichtshof den Spruch, so sollte dieser in allen Vertragsstaaten des (ergänzten) New Yorker Übereinkommens kraft Gesetzes (ohne weiteres Verfahren) vollstreckbar sein (78), was bisher nur für Schiedssprüche nach dem Washingtoner Weltbankübereinkommen (Art. 54 I, III ICSID) vorgesehen ist, die rechtskräftigen nationalen innerstaatlichen Urteilen gleichgestellt sind.

Für begrenzte Aufgabengebiete erscheint die Einrichtung eines solchen Schiedsgerichtshofs durchaus sinnvoll. Eine Zuständigkeit für alle internationalen Handelsstreitigkeiten dürfte aber schon aus praktischen Gründen (Kapazität; Entfernung zu

(74) Vgl. CARBONNEAU, LB Nr. II 54-69 (ordre public international unknown in US arbitration law).

(75) Ministère tunésien de l'Équipement c/société Bec Frères, Cour d'appel de Paris, *Rev. arb.* 1995, 275.

(76) BGHZ 122, 16 = *NJW*, 1993, 1801/02.

(77) In Österreich FASCHING, LB Nr. 66.

(78) RUBINO-SAMMARTANO, s. 512, 513.

Parteien; Sprache; kulturelle Unterschiede) scheitern. Regionale Schiedszentren ließen sich zwar organisieren, aber die meisten Staaten dürften derzeit nicht bereit sein, auf die *ordre public*-Kontrolle gegenüber allgemeinen Schiedssprüchen, die in internationalen Handelssachen ergehen, generell zu verzichten.

66. *Anerkennung und Vollstreckung.*— Da die Wirkung von Schiedssprüchen im Ausland Teil eines eigenen Generalthemas ist, möchte ich hierauf nur kurz eingehen.

a) *Versagung der Anerkennung und Vollstreckung.*— Schiedssprüche werden häufig direkt honoriert. Zunehmend muß aber zumindest die Vollstreckbarerklärung erfolgen, bis dann doch freiwillig geleistet wird. Schiedssprüche werden zwar rechtskräftigen Urteilen gleichgestellt. Vor einer Vollstreckung bedarf es aber meist der staatlichen *Vollstreckbarerklärung* (79), soweit sie nicht ausnahmsweise wie nach Art. 54 I 1, III ICSID wie inländische Urteile zu vollstrecken sind. Die Staatskontrolle im Verfahren der Vollstreckbarerklärung ist, soweit sie erfolgt zwingend; die Parteien können sie nicht abbedingen (80). Für ausländische Schiedssprüche ist die Bewilligung teilweise einem höheren Gericht zugewiesen (81). In Brasilien werden ausländische Schiedssprüche durch das Oberste Bundesgericht nur homologisiert, wenn sie im Heimatstaat homologisiert (bzw. für vollstreckbar erklärt) sind (82). Dieses Erfordernis der förmlichen Anerkennung hat das UNÜ zusammen mit der sachlichen Überprüfung des Schiedsspruchs erfreulicherweise beseitigt.

b) Die Gründe für die Versagung von Anerkennung und Vollstreckung in Art. 36 ML entsprechen praktisch unverändert

(79) So in Belgien, Art. 1710 B.W. et seq.; in Deutschland §§ 1042 ff ZPO, vgl. ST. KILGUS, *Zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung englischer Schiedssprüche in Deutschland*, 1995; in Österreich, FASCHING, LB Nr. 67.

(80) Niederlande, DE LY, LB Nr. 64. So auch die Gerichte in Syrien, was EL-HAKIM, LB Nr. 16, kritisiert.

(81) So in Österreich, § 82 EO, FASCHING, LB Nr. 69.

(82) CARMONA, LB Nr. 33.

Art. V UNÜ (83). Nach dem UNCITRAL-Model Law sind die Gründe für die Aufhebung des Schiedsspruchs im Ursprungsland gemäß Art. 34 und die Gründe für die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung nach Art. 36 ML weitgehend identisch (84). Es kommt also häufig zu einer Doppelkontrolle des Schiedsspruchs. Ein Schiedsspruch, der im Ursprungsland aufgehoben worden ist, kann nicht anerkannt und vollstreckt werden (Art. 36 I (a) (v) ML).

c) Derzeit ist das Gegenteil relativ häufig. Denn der *Meistbegünstigungsgrundsatz* des Art. VII UNÜ ermöglicht, daß ausländische Schiedssprüche auch dann anerkannt werden, wenn sie im Ursprungsland aufgehoben wurden. Art. IX (2) EuÜ schränkt die im Ausland anzuerkennenden Aufhebungsgründe ein: eine Aufhebung wegen eines internen ordre public-Verstoßes bzw. aus einem anderen als in Abs. 1 aufgeführten Grund wird im Ausland nicht beachtet. In solchen Fällen braucht sich der Anerkennungsrichter also nicht darum zu kümmern, ob der Schiedsspruch im Ursprungsstaat verbindlich geworden und geblieben ist.

d) Diese Auflockerung der doppelten Prüfung (Wirksamkeit im Ursprungsstaat und Anerkennungsfähigkeit im Vollstreckungsstaat) hat das *französische Recht* 1981 radikal durchgeführt. Danach ist die Aufhebung eines ausländischen oder internationalen Schiedsspruchs nach Art. 1502 franz. NCPC in Frankreich überhaupt irrelevant (85). Diese (generelle) Mißachtung der erfolgreichen Aufhebung des Schiedsspruchs im Ausland (Heimatstaat) wird teilweise begrüßt. In meinen Augen ist sie jedoch kein Fortschritt. Hinkende Schiedssprüche stören den

(83) Inhaltlich übereinstimmend § 7 schwed. LUSK, vgl. LINDELL, LB s. 18.

(84) Ebenso in den Niederlanden, DE LY, LB Nr. 67. Aus formellen Gründen hat Hongkong die Art. 35, 36 ML nicht übernommen, vgl. MORGAN, LB Nr. 67.3.

(85) Vgl. *Société Hilmarton c/Société OTV*, Cour de Cassation (1re Ch.civ.), *Rev. arb.* 1994, 327 (note JARROSSON); *Ministère tunésien de d'Equipment c/ Soc. Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, 275 (note GAUDEMET); FOUCHARD, LB Nr. 61, 62; so bereits *Pabalk v. Norsolor*, Cour de Cass. (1re Ch.civ.), *Yearbook Comm.Arb.* XI (1986), 484.

internationalen Entscheidungseinklang, ohne den Rechtsschutz für die Schiedsparteien zu verbessern. In Einzelfällen sind hinkende Rechtsverhältnisse international sicherlich unvermeidlich. Aber erstrebenswertes Ziel kann die national relative Gültigkeit eines Rechtsverhältnisses kaum sein. Solche Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit liegt nicht im Interesse des internationalen Wirtschaftsverkehrs. Die durch Art. IX EuÜ geschaffene Möglichkeit, daß ein im Ausgangsstaat (wegen eines *ordre public* Verstoßes oder fehlender subjektiver Schiedsfähigkeit) aufgehobener Schiedsspruch dennoch in einem anderen Staat anerkannt wird, wird damit durch Art. 36 I (a) (ii) ML zu Recht wieder beseitigt.

Durch Einleitung eines Aufhebungsverfahrens verliert ein Schiedsspruch freilich in der Regel noch nicht seine Wirkung und müßte daher für vollstreckbar erklärt werden. Soweit ein Aufhebungsverfahren aber anhängig ist, kann das Gericht das Vollstreckungsverfahren aussetzen oder Sicherheitsleistung anordnen (Art. 36 II ML), um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden.

Da Art. 36 ML aber generell anzuwenden ist (Art. 1 II ML), können sich eventuell Divergenzen für den Fall ergeben, daß der Ursprungsstaat das Model Law nicht übernommen hat.

Nationale Schiedssprüche kann ein belgisches Schiedsgericht für vorläufig vollstreckbar erklären ohne Rücksicht auf einen dagegen eingelegten Rechtsbehelf vor einem "Ober-Schiedsgericht".

67. *Vollstreckungsverfahren.*— Vielfach sind Schiedssprüche im normalen streitigen Gerichtsverfahren durch Urteil für vollstreckbar zu erklären. Auf die Gegenseitigkeit wird verzichtet, aber das Verfahren dauert doch wenigstens mehrere Monate (86).

(86) Korea, SONG, LB s. 19; Japan, § 802 japan. ZPO, UENO, LB Nr. 60-67.

Im Verfahren der Vollstreckbarerklärung kann der Beklagte zugleich Aufhebungsgründe geltend machen. Das Urteil erster Instanz kann mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln, in Deutschland mit Berufung und Revision angefochten werden.

Moderner ist sicherlich ein grundsätzlich einseitiges Beschlußverfahren zur Vollstreckbarerklärung (87).

Wenn man Schiedsgerichte als echte Alternative zur Justiz ansieht, macht es auch keinen Sinn, ausländische Schiedssprüche weniger als inländische Schiedssprüche zu kontrollieren. Eine strengere Kontrolle und ein schwierigeres Vollstreckungsverfahren für ausländische Schiedssprüche verbietet bereits Art. III UNÜ. Allerdings wird diese Norm wohl nicht überall respektiert (88). Im Ergebnis erscheint es einzig sachgerecht, alle Schiedssprüche in der gleichen Weise für vollstreckbar zu erklären bzw. zur Vollstreckung zuzulassen (89).

68. *Schiedsvergleiche.*— In den meisten Ländern sind Schiedsvergleiche als solche nicht vollstreckbar. Soweit sie aber Vollstreckungstitel sind, ist ihre Vollstreckbarerklärung möglich und besonders geregelt (90). Sie sollte letztlich denselben Regeln unterliegen wie die Vollstreckung inländischer Schiedssprüche (91).

Da Schiedsvergleiche keine Entscheidungen sind, können sie nicht aus den sonstigen Gründen, sondern nur wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder den *ordre public* angefochten bzw. ihre Vollstreckbarerklärung verhindert werden (92).

(87) So Hongkong, MORGAN, LB Nr. 68.4.

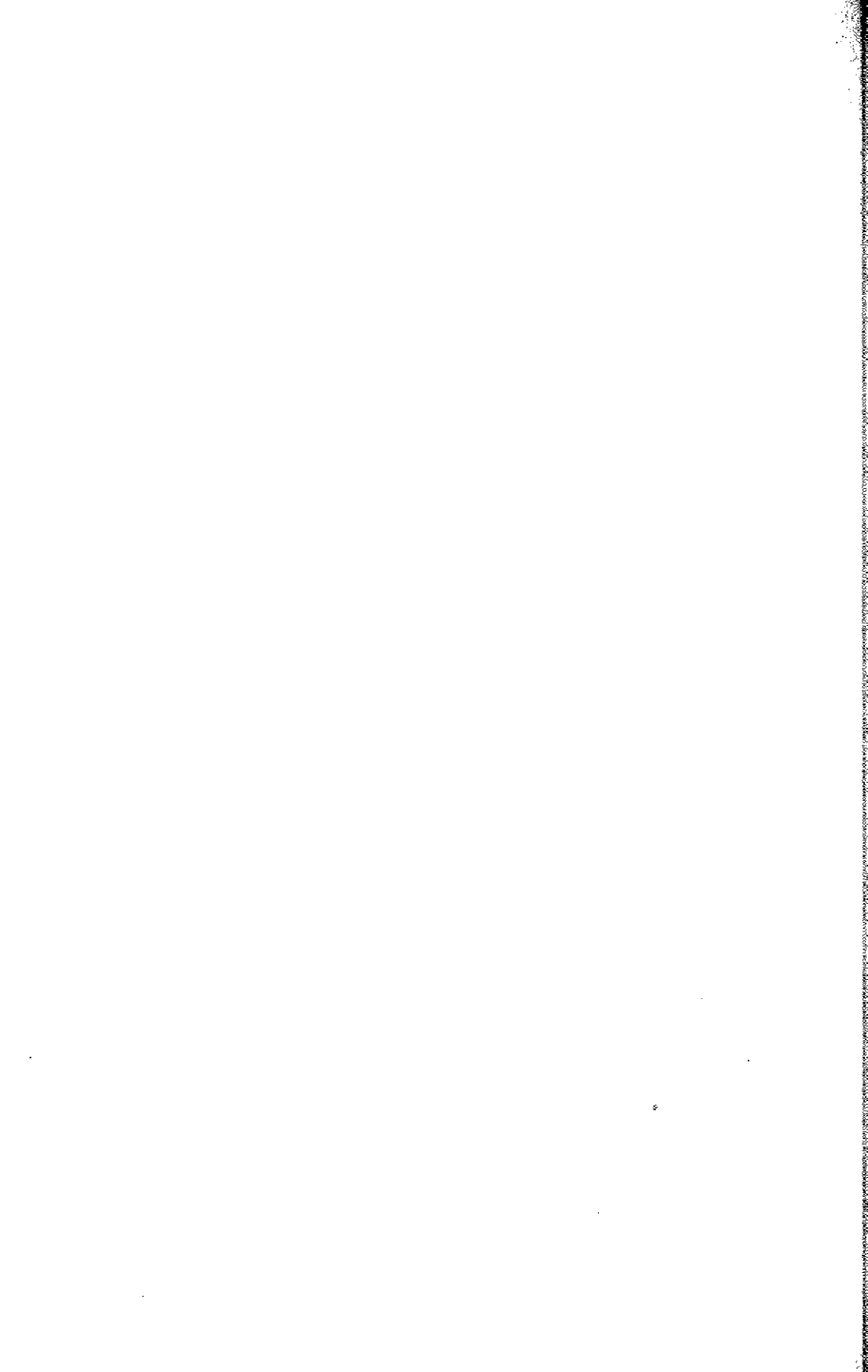
(88) Vgl. EL-HAKIM, LB Nr. 59, 60.

(89) So Hongkong, MORGAN, LB Nr. 69.1.

(90) So in Deutschland, § 1044a ZPO (das künftige deutsche Recht sieht den Erlaß eines Schiedsspruchs auf der Grundlage des Vergleichs vor, § 1053 I 2 E-ZPO); in Belgien, Art. 1715, 1716 B.W.; in den Niederlanden, Art. 1075, 1076 R.V.

(91) So für Hongkong, MORGAN, LB Nr. 71.3.

(92) So Niederlande, DE LY, LB Nr. 65; Deutschland, § 1044a II ZPO.



KÜNFTIGE ENTWICKLUNGEN DES RECHTS DER INTERNATIONALEN HANDELSCHIEDSGERICHTSBARKEIT

69. *Bedarf für weitere Regelung und Modernisierung.*— a) In Staaten, die das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in letzter Zeit vollständig neu geregelt haben, ist man mit der gegenwärtigen Rechtslage im allgemeinen zufrieden und sieht kein Bedürfnis nach größeren Reformen. Dies gilt vor allem für Länder, die das UNCITRAL-Modellgesetz übernommen haben (1). Da das Modellgesetz den Interessen der Beteiligten im wesentlichen gerecht wird, wird sogar vorgeschlagen, auf seiner Grundlage ein einheitliches europäisches Schiedsrecht per Staatsvertrag zu schaffen.

Gleichwohl gibt es einige Vorschläge, das UNCITRAL-Modellgesetz zu verbessern:

(1) Probleme haben sich teilweise beim Verfahren der *Ersatzbestellung eines Schiedsrichters* ergeben. Die Regelung in Art. 11 (3) (a) ML soll zu umständlich und zeitraubend sein (2). In Hongkong wird freilich die Aufforderung, einen Schiedsrichter zu bestellen einer auswärtigen Partei förmlich nach den Regeln über die Auslandszustellung zugestellt und dabei sogar eine konsularische Bestätigung der Schiedsvereinbarung und eine beglaubigte Übersetzung aller Unterlagen benötigt. Das

(1) Hongkong, MORGAN, LB Nr. 73.2; Kanada, CHIASSON, LB s. 4 f.

(2) MORGAN, LB Nr. 72.2.

Modellgesetz selbst verlangt dies jedoch nicht, sondern läßt die Fristen ab dem "Empfang einer Aufforderung durch die andere Partei" laufen, ohne nähere Förmlichkeiten für den Empfang vorzuschreiben. Immerhin hat der High Court von Hongkong in solchen Fällen die säumige Partei zur Schadloshaltung für die entstehenden Kosten verurteilt. Als mögliche Alternativen anstelle der bisherigen Regelung wird vorgeschlagen, a) die Befugnis des von einer Seite ernannten Schiedsrichters nach Fristablauf allein zu entscheiden, oder b) der Übergang des Ernennungsrechts auf die lokale Schiedsorganisation.

(2) Allgemeinere Bedeutung haben dagegen Schwierigkeiten mit der *Schriftform*, die Art. 7 (2) ML für die *Schiedsvereinbarung* verlangt. Denn Charterpartien, Konnossemente (bill of lading) und Noten von Schiffsmaklern werden in der Praxis nicht unterschrieben (3). Zur Lösung wird vorgeschlagen, daß die Ausführung eines Vertragsangebots, das eine Schiedsvereinbarung enthält oder auf eine solche verweist, der Form genügen soll, wenn dies handelsüblich ist. Ähnliche Probleme gibt es bei der Schriftform für Gerichtsstandsvereinbarungen, insbesondere nach Art. 17 EuGVÜ. Hier wie dort müßte eine einheitliche moderne Lösung gefunden werden, die allen modernen Geschäftspraktiken, insbesondere auch dem Einsatz von Mitteln der Telekommunikation gerecht wird, ohne von einer aktuellen Zustimmung zur Schieds- bzw. Gerichtsstandsvereinbarung abzusehen. Da eine Schiedsvereinbarung nach Art. 7 II 2 ML auch auf rügeloser Einlassung beruhen kann, wird vorgeschlagen, daß das Schiedsgericht dem Beklagten für die Einlassung Fristen setzen und diese gegebenenfalls verlängern kann (4).

(3) Vorgeschlagen wird ferner eine Ergänzung von Art. 32 (2) ML um die Möglichkeit, eine *Schiedsklage wegen Prozeßver-*

(3) MORGAN, LB Nr. 72.3.

(4) MORGAN, LB Nr. 72.5.

schleppung abzuweisen (dismiss a claim for want of prosecution) (5).

(4) Vorgeschlagen wird auch, dem Schiedsgericht anstelle des staatlichen Gerichtes die Befugnis zu übertragen, *Kostensicherheit* und *Sicherheit* für die Hauptforderung anzuordnen sowie *Ortsbesichtigungen* zu beschließen (6).

(5) Beklagt wird schließlich, daß das Model Law keine ausreichenden Instrumente gegen *pflichtwidriges Verhalten der Schiedsrichter* zur Verfügung stellt (7).

b) Gelegentlich wird betont, daß auch die internationalen Übereinkommen einer Modernisierung bedürften, ohne allerdings näher auszuführen, worin sie bestehen sollte (8). Tendenziell gehen solche Vorschläge aber wohl dahin, die Anforderungen an eine *Vollstreckbarerklärung* zu reduzieren, einfacher zu gestalten und die doppelte Überprüfung des Schiedsspruchs im Ursprungs- und im Vollstreckungsstaat zu beseitigen (9). Beanstandet wird etwa, daß die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches voraussetzt, daß der Streitgegenstand doppelt schiedsfähig ist, sowohl nach dem Recht des Ursprungsstaates (Art. V (1) (a) UNÜ) wie nach dem Recht des Vollstreckungsstaates (Art. V (2) (a) UNÜ). Dies sei zu viel, es müsse letzteres genügen (10). Noch weiter geht der Vorschlag, einen *internationalen Schiedsspruch* einzuführen, der in allen Ländern aus den gleichen Gründen aufgehoben bzw. für vollstreckbar erklärt werden kann (11). In die gleiche Richtung geht ein Vorschlag, die

(5) MORGAN, LB Nr. 72.6.

(6) MORGAN, LB Nr. 72.8.

(7) MORGAN, LB Nr. 73.4.

(8) FOUCHARD, *Rev. arb.* 1994, 461.

(9) Vgl. VON BERNUTH, *Die Doppelkontrolle von Schiedssprüchen durch staatliche Gerichte*, 1995, s. 79 ff.

(10) N. KRISHNAMURTHI, *Liber amicorum P. Sanders*, 1982, s. 207, 208.

(11) STROHBACH, *Liber amicorum P. Sanders*, 1982, s. 305, 308 ff.

Kontrolle am Sitz des Schiedsgerichts und die Vollstreckbarkeit per Staatsvertrag zu verbinden. Danach soll die unterliegende Partei Aufhebungsklage nur unter Sicherheitsleistung für die Hauptsache erheben können. Erweist sich die Aufhebungsklage als unbegründet, sei die siegreiche Partei aus der Sicherheitsleistung zu befriedigen. Sei die Aufhebungsklage dagegen begründet, dürfe der Schiedsspruch weltweit nicht mehr vollstreckt werden (12).

Auf der anderen Seite wird aber betont, daß Übereinkommen einer solchen neuen Stufe nicht das UNÜ 1958 ersetzen sollten, da es weltweit verbreitet und gut eingespielt sei (13). Außerdem wird darauf verwiesen, daß ein Bedürfnis besteht, die Schiedsfähigkeit des Staates und seiner Untergliederungen für Handelsgeschäfte bindend zu regeln.

c) Es ist hier nicht der Ort auf einzelne Punkte zur Reform des nationalen Schiedsrechts näher einzugehen. Lediglich drei Vorschläge zum französischen Recht sollen wegen ihrer allgemeinen Bedeutung herausgehoben werden. Befürwortet wird hier eine *Erweiterung der Vergleichsfähigkeit* (bisher nach Art. 2060 Code Civil). Danach sollte das Vergleichsverbot für juristische Personen des öffentlichen Rechts entfallen, die Vergleichsgrenze des "ordre public" sowie das Verbot von Schiedsklauseln in Art. 2061 Code Civil abgeschafft werden. Schiedsklauseln sollten außer in Arbeits- und Verbrauchersachen allgemein zulässig sein (14).

Vorgeschlagen wird die Möglichkeit, das Schiedsverfahren bei Tod, Abwesenheit oder Rücktritt eines Schiedsrichters ohne Ersatz fortzusetzen, wenn es sich um bewußte Verzögerungen handelt (15). Erweitert werden sollte auch die Macht des Gerichts zu Ersatzvornahmen bei Störungen im Ablauf des Schiedsverfahrens. Außerdem wird vorgeschlagen,

(12) W.L. CRAIG, *ArbInt* 3 (1988), 174, 226.

(13) STROHBACH, aaO, s. 306.

(14) FOUCHARD, LB Nr. 71.

(15) FOUCHARD, LB Nr. 71.

die Anfechtung internationaler Schiedssprüche wegen "fraude" wieder ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen sowie die gesamte Regelung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vollständiger und aus sich heraus verständlicher zu gestalten (16).

d) Während die UNCITRAL-Rules im allgemeinen Zustimmung erfahren, wird teilweise eine Vereinfachung der ICC-Rules i.S. einer stärkeren Unabhängigkeit der Schiedsrichter von der Schiedsorganisation bzw. dem "Schiedsgerichtshof" empfohlen.

70. *Anpassung der Schiedsregeln an die Bedürfnisse der internationalen Wirtschaft.*— Hier wird vor allem eine Regelung der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit für erforderlich angesehen. Die Einschaltung von Subunternehmern oder Fragen der Drittfinanzierung erforderten eine gewisse Einbeziehung Dritter (17). Nun sollte freilich niemand gezwungen werden, sich gegen seinen Willen am Schiedsverfahren zu beteiligen. Möglich und nützlich wäre aber etwa, daß die Streitverkündung durch die Schiedspartei zugelassen wird und die Verjährung ihres Regreßanspruchs unterbricht, oder daß parallele Verfahren vor Schiedsgericht oder staatlichen Gerichten ausgesetzt werden, bis das vorgreifliche Schiedsverfahren entschieden ist.

Dagegen scheint es mir schon von der Befugnis des Schiedsgerichts, ein zweckmäßiges Verfahren anzuordnen, gedeckt zu sein, wenn das Schiedsgericht bei ihm anhängige Verfahren zwischen den gleichen Beteiligten verbindet oder doch eine gleichzeitige Verhandlung mehrerer, voneinander abhängiger Streit-sachen anordnet. Eine Klarstellung, daß solche Befugnisse bestehen (18), mag nützlich, im allgemeinen aber nicht erforderlich sein.

(16) Vgl. PH. KÉBOULANGER, *Rev. arb.* 1992, 357.

(17) FASCHING, LB Nr. 72.

(18) MORGAN, LB Nr. 72.7.

71. *Informationen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.*—

a) Eine generelle *Veröffentlichung* wichtiger Schiedssprüche in anonymisierter Form wird meist gebilligt und aus den verschiedensten Gründen empfohlen (19). Die vorhandenen Informationsmittel werden aber meist als ausreichend angesehen.

b) Von der Praxis wird gleichwohl vielfach ein *Informationsdefizit* beklagt: Parteien und Anwälte wüßten nicht Bescheid über die Schiedsgerichtsbarkeit, die einzelnen Institutionen, Verfahren und Rechtsschutzmöglichkeiten. Informationen tue Not. Beide Aussagen widersprechen sich aber nur scheinbar. Für Wissenschaftler wie für Praktiker gibt es objektiv sicherlich genug, wenn nicht zu viel Informationen. Aber bei einer Unzahl konkurrierender Schiedsinstitutionen und Schiedsordnungen fehlt eine Übersicht über Vor- und Nachteile (wie generell bei größeren Märkten). Vor allem aber scheint eine ausreichende Beherrschung des Verfahrensrechts, seine Internalisierung, nicht immer gewährleistet zu sein. Dieses Defizit kann nur durch eine stärkere Vereinheitlichung und die Vermittlung einheitlicher Standards überwunden werden.

72. *Erreichtes und offene Ziele.*— a) Das Leitmotiv des modernen internationalen Schiedsrechts ist die *Parteiautonomie* (20). Sie bedeutet freie Wahl der Schiedsrichter, freie Verfahrenswahl innerhalb der Grenzen von *due process* (rechtliches Gehör und Gleichheit), Gestaltungsfreiheit auch gegenüber Schiedsordnungen institutioneller Schiedsgerichte und freie Wahl des in der Sache anwendbaren Rechts, hilfsweise Bestimmung des Rechts durch das Schiedsgericht.

Die *Parteiautonomie* ist von den Staaten anzuerkennen. Sie führt aber nicht zu völlig a-nationalen, delokalisierten Schieds-

(19) FOUCHARD, LB Nr. 74.

(20) England: *Coppée Lavalin v. Ken-Ren* [1994] 2 *W.L.R.*, 631, 639 ("first principle of arbitration") (H.L.(E.)) (Lord MUSTILL); für den schwedischen Entwurf, LINDELL, LB s. 21; für Frankreich FOUCHARD, LB Nr. 70.

gerichten. Denn bei aller nötigen Freiheit müssen stets minimale justizförmige Verfahrensgarantien gewahrt bleiben und bedarf es deshalb einer vernünftigen Kompetenzverteilung zwischen Schiedsgericht, Gerichten des Sitzlandes und Gerichten des Vollstreckungsstaates. Für den Bereich des internationalen Handels sollten sich staatliche Gerichte und und Schiedsgerichte nicht als Rivalen oder Gegner ansehen, sondern als beiderseits legitime Teile eines gegliederten System des internationalen Rechtsschutzes, wobei die staatlichen Gerichte die Schiedsgerichte soweit nötig unterstützen sollten.

Von diesem Gleichgewicht zwischen Parteiautonomie, Gleichheit der Parteien, Gewährleistung eines fairen Verfahrens und Zusammenarbeit von staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten geht das UNCITRAL-Modellgesetz aus. National notwendige Modernisierungen des Schiedsrechts sollten sich daher an diesem Modellgesetz orientieren. Selbst wenn einzelne Staaten es nicht oder nicht unverändert übernehmen, wie etwa der englische Entwurf von 1994, sollten sie doch versuchen, weitgehende Kompatibilität zu erreichen. Länder, die seit jeher auf Parteiautonomie gesetzt haben, wie Dänemark, sehen naturgemäß daher kein Bedürfnis, ihre kurze Regelung anzupassen (21).

b) Ein Ziel des Modellgesetzes war es, Ansporn und Modell für die *Modernisierung des nationalen Schiedsrechts* zu sein, es zugleich aber auch zu *vereinheitlichen*. Dieses Ziel wurde bisher nur partiell erreicht. Vor allem ist es bisher nicht gelungen, die Länder, in denen das Gros internationaler Schiedsverfahren abgewickelt wird (u.a. Frankreich, die Schweiz und England) auf das UNCITRAL-Modell einzustimmen. Die außerordentlich liberale französische Konzeption "im internationalen Schiedsverfahren erlassener Schiedssprüche" unter Anerkennung einer a-nationalen Schiedsgerichtsbarkeit fügt sich nur schwer in das Rechtsschutzsystem des Modellgesetzes ein. Indem das

(21) PHILIPP, LB s. 5.

französische Recht die Parteien ganz auf sich stellt, liefert es sie nüchtern betrachtet zugleich in unvertretbarer Weise der Willkür der Schiedsrichter aus. Auch wenn Willkür sicherlich die absolute Ausnahme ist, so gilt doch allgemein: Machtmißbrauch kann nur durch die Möglichkeit einer angemessenen Kontrolle und Korrektur verhindert werden.

c) Eine *Universalität des Schiedsrechts* ist sicherlich wünschenswert. Sie läßt sich aber nur erreichen, wenn und soweit im praktischen Ergebnis ein einheitliches bzw. *vereinheitlichtes internationales Schiedsverfahrensrecht* zur Verfügung steht. Dazu bedarf es *weiterer Harmonisierung*. Das Modellgesetz geht hierzu sicherlich den richtigen Weg, indem es versucht die verwirrende Verfahrensvielfalt nicht durch zwingendes Recht, sondern durch ein beispielgebendes Modell abzubauen. Die Entwicklung einer *lex mercatoria arbitralis* als a-nationale Rechtsquelle ist aber ebenso wenig wünschenswert wie die Anerkennung einer a-nationalen materiellen *lex mercatoria*. Die Vereinheitlichung muß in Einklang mit den nationalen Rechten bleiben. Nur durch die Entwicklung praktikabler Formen können auch die bestehenden Gegensätze, etwa zwischen common law- und kontinentalen Verfahren besser überbrückt werden. Ob dagegen die Schaffung einer (neuen) weltweiten Schiedsorganisation neben dem inzwischen von der Internationalen Handelskammer Paris und den nationalen Vereinigungen aufgebauten Netz dazu wirklich viel beitragen würde, möchte ich bezweifeln. Gleiches gilt für die Einrichtung einer einheitlichen Instanz für die Auslegung des New Yorker UNÜ und eines künftigen vereinheitlichten Schiedsrechts.

d) Die *Hindernisse* für eine Harmonisierung des internationalen Schiedsrechts sind zum Teil *nichtjuristischer Art*. Angesichts der Tradition der großen institutionellen Schiedsgerichte bzw. Schiedsorganisationen und der großen Freiheit, die Schiedsgerichten (mit Recht) zugestanden wird, besteht in vielen Staaten, vor allem in den Entwicklungsländern und den sog. Schwellenstaaten immer noch die Furcht, Schieds-

gerichte seien gegenüber ihren Interessen voreingenommen, sie griffen wie teilweise die Großmächte in die Souveränität ihrer Länder ein oder beschränkten die Würde der nationalen Gerichte.

e) Eine Harmonisierung des internationalen Schiedsrechts läßt sich sicherlich leichter erreichen, wenn man nur die *internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* regelt. Alle sind sich einig, daß die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ein flexibles, geschmeidiges Instrument bleiben muß, das nicht durch zu subtile nationale Traditionen eingeengt werden darf (22). Vielfach wird auch betont, daß zu starke Formalisierung und Justizialisierung die größten Feinde der Schiedsgerichtsbarkeit seien (23). All dies ist sicher richtig. Und auch die Entwicklung einer weltweiten *lex mercatori* wird nicht zuletzt deshalb befürwortet, damit die internationalen Schiedsgerichte sich unabhängig vom nationalen Recht entwickeln können.

In der Sache möchte ich diesem Ansatz freilich widersprechen. Gewiß hat der internationale Wirtschaftsverkehr nach wie vor seine Besonderheiten. Dennoch unterscheiden sich Geschäfte mit Gütern, Dienstleistungen und Kapital nicht grundlegend voneinander, wenn sie innerhalb des gleichen Staates abgewickelt werden oder in irgendeiner Weise Staatsgrenzen überschreiten. Fragen des Konsenses, Störungen bei der Abwicklung beruhen stets auf gleichen Gründen. Mechanismen zur Beseitigung von Störungen und zur Beilegung von Streitigkeiten können und sollten sich deshalb ebenfalls nicht wesentlich unterscheiden. Jedenfalls für den Handels- und Wirtschaftsverkehr macht es kaum Sinn, die internationale Streitbeilegung in größerem Maße der Privatautonomie zu überantworten als im nationalen Rahmen. Funktioniert ein internationaler "Schiedsmarkt" wirklich ohne staatliche bzw. gerichtliche Eingriffe, so ist es auch nicht gerechtfertigt, die

(22) Vgl. FOUCHARD, LB Nr. 75.

(23) CARBONNEAU, LB Nr. 70-76.

gleichen Unternehmen im Binnengeschäft stärkeren Staatskontrollen zu unterwerfen. Freilich will ich damit nicht bestreiten, daß jeder Staat die Befugnis hat, seine internen Angelegenheiten in den Grenzen des Völkerrechts frei zu regeln.

f) Die *Andersartigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* gegenüber der staatlichen Justiz, nationalen Schiedsgerichten und anderen alternativen Methoden der Streitbeilegung beruht in gewissem Sinne auf einem Traum von einer idealen Form der Rechtsprechung. Aber es ist ein Traum. Denn in der Praxis verfahren auch internationale Schiedsgerichte stark angelehnt an nationale Traditionen. Abweichungen davon bei der Gestaltung des Verfahrensablaufs, bei der Sachaufklärung und einer etwaigen Beweisaufnahme begegnen vielfach auf Unverständnis und auf Widerstände. Gleichwohl muß ein "internationales" Verfahren, vor allem mit Beteiligten aus unterschiedlichen Rechtskreisen, flexibel bleiben, damit es überhaupt sinnvoll durchgeführt werden kann. Aber rechtsstaatliche Mindestanfordernisse, die Garantien von due process bzw. natural justice sind einzuhalten, unabhängig von der Nationalität der Parteien und der Internationalität des Rechtsstreits. Eine vollständige Lösung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom staatlichen Rechtsschutz ist daher abzulehnen, eine Minimalkontrolle von due process bzw. Sanktionen wegen misconduct sind beizubehalten. Ein vollständiger Verzicht auf jede Kontrolle von Rechtsstaatlichkeit ist in gleicher Weise von Übel und verfehlt wie eine vollständige Rechtskontrolle des Schiedsspruchs durch staatliche Gerichte. Die Aufhebung des Schiedsspruchs im Ursprungsland wegen Verstößen gegen einen Aufhebungsgrund des Art. V UNÜ sollte uneingeschränkt weltweite Wirkung haben.

g) Unterhalb dieser due process-Schwelle besteht das Bedürfnis, eine ganze Reihe *praktischer Fragen zu verbessern*. GILLIS WETTER hat 1990 und 1993 eine Reihe von Punkten aufgezählt, die weder im UNCITRAL Model Law noch in den meisten modernen Schiedsgerichten geregelt sind, die aber doch einer

Regelung bedürften, damit für die Parteien ein sicheres und berechenbares Verfahren zur Verfügung steht. Hier lassen sich u.a. Regelungen von discovery und pre trial hearings, der Befugnis Zinsen vor und nach Erlaß des Schiedsspruchs zu regeln oder Fragen der Sicherheitsleistung für Kosten und Hauptsache aufzuführen. Nur weil in der Praxis ein erhebliches Bedürfnis nach stärkerer Hilfestellung oder beispielhafter Anleitung für Schiedsrichter und Parteien besteht, läßt es sich auch erklären und rechtfertigen, warum UNCITRAL mit den neuen "Guidelines for Preparatory Conferences in Arbitral Proceedings" eher technische Handreichungen gibt und eine Reihe untergeordneter Fragen aufgreift.

b) Als Fernziel kann man sich schließlich die Entwicklung eines international oder doch regional *leichter vollstreckbaren Schiedsspruchs* vorstellen. Da die meisten Staaten das New Yorker Übereinkommen ratifiziert haben, ist der Verzicht auf das Gegenseitigkeitserfordernis (Art. I (3)) kein großes praktisches Problem mehr. Dabei könnte die Freizügigkeit in mehreren Stufen erleichtert werden, etwa könnten ausländische Schiedssprüche mit inländischen gleichgestellt, weitere Gruppen von Schiedssprüchen wie inländische Urteile (24) behandelt oder eine Vollstreckbarkeit kraft Gesetzes nach Bestätigung des Schiedsspruchs durch eine internationale Instanz, etwa im Auftrag der UN (25) eingeführt oder regional, etwa in der EU, auf die Nachprüfung der meisten Aufhebungsgründe im Vollstreckbarerklärungsverfahren verzichtet werden. Alle diese Punkte bedürfen aber weiterer Diskussion (26).

(24) So STROHBACH, *Liber amicorum P. Sanders*, 1982, s. 305.

(25) So V. PECHOTA, *Am. Rev. Int. Arb.*, 3 (1992), 17, 28.

(26) Eine Zusammenfassung dieses Berichts in englischer Sprache ist veröffentlicht in *Rivista dell'Arbitrato* 1996, 211-237.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES
NACIONALES Y LOS INTERNACIONALES

SUMARIO: I. Introducción.— II. Resumen de los informes nacionales.— III. El derecho procesal supranacional.— IV. Las relaciones entre el derecho supranacional y el orden jurídico interno.— V. La situación particular del derecho internacional de los derechos humanos.— VI. Tribunales internacionales y transnacionales. VII.— Organismos no jurisdiccionales.— VIII. La ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales en el ámbito interno.— IX. La jurisprudencia supranacional y los tribunales nacionales.— X. Conclusiones.

I. *Introducción.*— 1. Uno de los aspectos más dinámicos del desarrollo jurídico en los últimos años, de especial relevancia desde la creación de las Comunidades Europeas, ha sido el de la relación entre los *tribunales nacionales* y los *supranacionales* (utilizado este vocablo de manera aproximada para comprender tanto los organismos jurisdiccionales de carácter internacional como los de naturaleza transnacional), pues estos últimos se han multiplicado de manera considerable con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

2. En efecto, con motivo de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, cuya Carta fue suscrita por 50 Estados el 26 de junio de 1945, en la ciudad de San Francisco, la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional se transformó en la Corte Internacional de Justicia. Las bases normativas de este tribunal se encuentran en el Capítulo XIV, artículos 92 a 96, de dicha Carta, y su Estatuto fue expedido también en San Francisco y forma parte integral de la Carta. Este es un tribunal de naturaleza internacional que sigue los lineamientos tradicionales, pero con motivo de la suscripción en Roma, el 25 de marzo de 1957, de los tratados económicos que crearon las Comunidades Europeas, con los protocolos firmados en Bruselas el 18 de abril

de ese año y que entraron en vigor en enero de 1958, se inició el establecimiento de tribunales transnacionales, con la introducción del Tribunal de las Comunidades con sede en la ciudad de Luxemburgo.

3. A partir de entonces se han establecido otros tribunales, tanto internacionales como las Cortes Europea (1959) e Interamericana de Derechos Humanos (1979), como transnacionales, entre los que se encuentran el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (1984) y otros organismos que, si bien no realizan funciones estrictamente jurisdiccionales, colaboran con los dos primeros tribunales, es decir, las Comisiones Europea (1954) e Interamericana (1959) de Derechos Humanos; y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1986), esta última como un antecedente para la futura creación de un organismo jurisdiccional similar a los anteriores. También podemos señalar en esta dirección al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creado por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, protocolo que entró en vigor en 1976.

4. Es importante el examen de las resoluciones pronunciadas por los citados organismos no jurisdiccionales, cuya naturaleza discutiremos en su oportunidad, pues si bien no tienen carácter de sentencias en sentido estricto, sino de recomendaciones no obligatorias, los propios organismos, además de la vinculación de algunos de ellos a los tribunales internacionales mencionados, han establecido precedentes (aunque no se quiere hablar de jurisprudencia en sentido estricto, se ha utilizado con frecuencia dicho término) de gran trascendencia respecto de la interpretación de los tratados y convenios sobre derechos humanos que han tenido influencia, así sea indirecta, en los tribunales nacionales.

5. Podemos señalar, como lo hace un sector importante de la doctrina, que la vinculación de los tribunales internos con las decisiones de los de carácter transnacional, o sea, los de las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea) y del Pacto Andi-

no, no sólo son obligatorias, sino que tienen además carácter ejecutivo, en tanto que las que provienen de los tribunales internacionales (Cortes Internacional de Justicia, Europea y Americana de Derechos Humanos) no tienen aplicación directa por los tribunales de carácter nacional, salvo excepciones establecidas por el ordenamiento interno.

6. Una mención especial debe hacerse respecto de los tribunales de derechos humanos, pues si bien tienen carácter internacional y sus decisiones, aun cuando obligatorias no son ejecutivas en forma directa en el ámbito interno, asumen una considerable influencia, en virtud de que son cada vez más numerosos los ordenamientos nacionales que no sólo otorgan jerarquía superior a los tratados ratificados por los Estados respectivos, sino inclusive naturaleza constitucional o equivalente, por lo que los jueces y tribunales internos aplican cada vez con más frecuencia, algunos incluso por mandato constitucional, tanto los derechos consagrados en dichos instrumentos supranacionales como la interpretación que de los preceptos de dichos tratados realizan los citados tribunales de derechos humanos. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos asume de manera creciente una situación particular en las citadas relaciones entre los organismos jurisdiccionales transnacionales y de carácter internacional, respecto de sus relaciones con los del orden interno.

7. Un aspecto que debe destacarse es el relativo a la formación de una nueva disciplina dentro del campo del derecho supranacional. Tradicionalmente existía un acervo doctrinal muy importante en el terreno del llamado derecho internacional privado, por lo que se refiere a las normas de carácter procesal en los calificados como conflictos de leyes, y que se había denominado derecho procesal internacional. Igualmente se habían examinado ciertos aspectos de las instituciones procesales relativas al arbitraje internacional, pero en cambio se habían quedado rezagadas las investigaciones sobre las normas procesales aplicables a los procedimientos ante los tribunales supranacionales.

8. Sin embargo, debido al florecimiento de los organismos jurisdiccionales de naturaleza supranacional, se advierte la preocupación, cada vez más intensa, de los cultivadores del derecho procesal por analizar los espectaculares avances realizados por la doctrina científica surgida en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX y que se desarrolló de manera considerable en este siglo en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos. Aun cuando las denominaciones son siempre relativamente arbitrarias y tienen carácter didáctico, tal vez pueda utilizarse la de "*derecho procesal supranacional*" para describir, más que definir, esta rama de la ciencia procesal, de creciente trascendencia.

9. Lo anterior justifica que el tema de las relaciones entre los tribunales internacionales (en realidad, supranacionales) y los nacionales se discuta en un Congreso Internacional de Derecho Procesal, como lo es el organizado en la ciudad de Taormina, ya que esta materia se ha abordado anteriormente y con frecuencia en los Congresos de Derecho Internacional. Por otra parte, la trascendencia que han adquirido los conflictos entre las normas constitucionales y las de carácter supranacional, como lo ha puesto de relieve el destacado comparatista y procesalista italiano Mauro Cappelletti, a quien rendimos homenaje en esta ocasión, ha determinado que también se examinen las cuestiones relativas a las relaciones entre los derechos constitucional e internacional, como ocurrió en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de Querétaro, México, durante los días 3 a 6 de octubre de 1994.

10. Con independencia de que se sustente un enfoque monista o dualista sobre el derecho internacional, lo cierto es que para encontrar soluciones a los complejos problemas que presentan las relaciones entre los tribunales supranacionales y los de carácter interno, se deben unir los esfuerzos de los cultivadores de los derechos internacional, constitucional y procesal, ya que hasta hace poco tiempo hemos estado relativamente aislados. Esta situación no debe continuar, sino por el contrario, es precisa una aproximación y colaboración constante entre estas tres

disciplinas. Estamos convencidos de que haber incluido esta materia en este Congreso es un paso importante en tal dirección.

II. *Resumen de los informes nacionales.*— 11. Hemos recibido informes sobre las relaciones entre los tribunales internacionales y los de carácter nacional en varios países, por lo que haremos una breve síntesis de cada uno de ellos, que citaremos por orden alfabético de los autores.

12. A) AYALA CORAO, Carlos Manuel (con la colaboración de ZUBILLAGA, Marianela) (Venezuela): *Informe sobre las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales.* En primer lugar los autores examinan a los tribunales internacionales o comunitarios a que está sometido el ordenamiento nacional en Venezuela. De acuerdo a los tratados suscritos y aprobados por ese país, el mismo está sometido a tres tribunales internacionales, a saber: a) el Tribunal de Justicia Andino; b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y c) el Tribunal Internacional de Justicia. Se hace una descripción de la organización y el funcionamiento de dichos organismos jurisdiccionales de carácter supranacional. También se hace referencia a la organización judicial interna, que está dividida por materias, por circunscripciones territoriales y de acuerdo a la cuantía de las pretensiones respectivas

13. Los autores analizan el control constitucional en el ordenamiento jurídico venezolano, el que se fundamenta en la supremacía de la Constitución Nacional (artículo 117), cuyas normas prevalecen por encima del resto de la normativa y demás actos que dicten los órganos que ejercen los poderes públicos nacionales, estatales y municipales. El citado control judicial se efectúa por dos vías: a) existe un control concentrado que ejerce la Corte Suprema de Justicia, ya que no existe un tribunal constitucional especializado. Corresponde únicamente a la propia Corte Suprema pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los

actos dictados por los poderes públicos de los tres niveles, por conducto de una acción de inconstitucionalidad de carácter popular, ya que puede ser intentada por cualquier ciudadano; la sentencia posee fuerza *erga omnes* y efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado; b) la segunda vía es mediante el llamado control difuso, que tiene su fundamento en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el que impone a todos los jueces venezolanos el deber de velar por la supremacía de la Constitución y los faculta para desaplicar en un caso concreto una norma determinada, si a su juicio está viciada de inconstitucionalidad, pero sólo con efectos para ese caso concreto. El asunto puede llegar, por medio de impugnaciones, ante la Corte Suprema de Justicia, la que de acuerdo con el artículo 131 de su Ley Orgánica debe establecer en el fallo definitivo, los efectos de su decisión en el tiempo.

14. En seguida, el informe se refiere a los vínculos entre los tribunales internos y los internacionales. Al respecto se aborda, en primer lugar, el derecho comunitario andino, respecto del cual se ha creado un *recurso de interpretación judicial* ante el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, de acuerdo con el cual, cuando un juez nacional conozca de un litigio en el cual deba aplicarse alguna norma comunitaria, podrá solicitar al citado Tribunal transnacional su opinión sobre la interpretación de aquélla, con apoyo en el artículo 29 del Tratado que creó dicho organismo jurisdiccional. Cuando se trate de decisiones que no sean susceptibles de impugnación, *la interpretación judicial es obligatoria*, por lo que dicho recuso tiene doble carácter, que depende de si la decisión sobre la cual recaiga el fallo tiene o no instancias superiores. En caso afirmativo, la solicitud de interpretación tiene, para el juez nacional, carácter facultativo; en caso contrario, es obligatoria, por lo que en este último supuesto el juez nacional debe suspender el procedimiento hasta no recibir del Tribunal Andino la interpretación correspondiente.

15. En relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y lo mismo puede afirmarse respecto de la Corte Inter-

nacional de Justicia), no existe ninguna vinculación entre los tribunales nacionales y el citado organismo internacional. Sin embargo, resulta evidente que la interpretación de los derechos humanos realizada por la citada Corte Interamericana debe vincular a los jueces venezolanos, pero en todo caso la interpretación que efectúen los tribunales nacionales podría ser supervisada o controlada por la Comisión Interamericana y, en última instancia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16. En el informe venezolano se examina la jerarquía de los tratados internacionales y comunitarios en el ámbito interno, en particular los que permiten plantear controversias a los órganos jurisdiccionales de carácter trasnacional, así como la obligación de los jueces internos para aplicar normas de carácter supranacional. A este respecto, la Constitución venezolana de 1961 no contiene norma que determine expresamente el rango de los tratados internacionales suscritos por el Estado venezolano, respecto a las normas constitucionales o legales vigentes. Únicamente se establece que los tratados que suscriba el Presidente de la República, para tener efecto en Venezuela, deberán ser aprobados por el Congreso en forma de ley, y por ello la doctrina ha considerado que los tratados, en principio, tienen el rango de ley.

17. De acuerdo con un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 29 de abril de 1965, y con apoyo en el artículo 8º. del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que "En casos de aplicación del derecho internacional público, los jueces atenderán primero los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados se aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República", puede llegarse a la conclusión de que la Constitución tiene preeminencia sobre los tratados y éstos sobre las leyes nacionales, en los casos de aplicación del derecho internacional.

18. Por lo que respecta al derecho comunitario, existen aspectos peculiares que conviene precisar. Cuando Venezuela se

adhirió al Acuerdo de Cartagena, el órgano legislativo, al examinar dicho instrumento, incluyó en la ley aprobatoria un precepto en el sentido de que: "Las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que modifiquen la legislación venezolana, o sean competencia del poder legislativo, requieren la aprobación mediante ley, del Congreso de la República". Dicho texto se justificó sobre la base de que, de acuerdo a la cual redacción constitucional, no eran viables, por una parte, la aplicación directa de normas comunitarias y, por la otra, la delegación a órganos supranacionales de competencias legislativas. Por esta razón, para aplicar en Venezuela las normas dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena que versaran sobre materia de reserva legal, de manera tradicional se cumplía con el procedimiento de la aprobación previa por el Congreso Nacional de la normativa en cuestión. Este procedimiento de recepción previa por el poder legislativo nacional fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en una discutida sentencia del 10 de julio de 1990.

19. Por otra parte, el propio Congreso aprobó el Protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena, llamado "Protocolo de Quito", en cuya ley aprobatoria no incluyó un precepto sobre reserva legal, por lo que un sector de la doctrina afirma que esta omisión implica la derogación implícita de la propia reserva, pero sobre esta cuestión no se ha producido pronunciamiento judicial. Lo cierto es que a partir de 1992 el Ejecutivo Nacional modificó su conducta anterior y ordenó publicar directamente en la Gaceta Oficial varias decisiones de la Comisión respectiva, que son materia de reserva legal. Se encuentra pendiente ante la Corte Suprema una impugnación contra la publicación en la Gaceta Oficial de 5 de agosto de 1992, de la Decisión 313 de la Comisión del Pacto Andino sobre el Régimen Común de la Propiedad Industrial, por considerarse que dicha publicación viola la normativa constitucional que exige la aprobación previa del poder legislativo nacional por ser materia de reserva legal.

20. Actualmente se discute en el Congreso venezolano un proyecto de reforma constitucional en el cual se propone incluir una disposición que autorice expresamente a delegar competencias a órganos supranacionales y que sus decisiones sean de aplicación inmediata en el país, así como otro precepto, no del todo claro, en el cual se pretende establecer la preeminencia de los tratados de derechos humanos sobre la legislación interna.

21. Para concluir, el informe venezolano señala brevemente los procedimientos para resolver las contradicciones entre las normas transnacionales y las de carácter interno, así como el valor de las decisiones de los tribunales internacionales o comunitarios en el ámbito nacional. Por lo que respecta al Pacto Andino, no se establece un procedimiento de ningún tipo para resolver este tipo de controversias. En todo caso, podría intentarse la *acción de incumplimiento*, que puede promoverse por la Junta o un Estado miembro contra aquellos Estados miembros que no hayan cumplido con sus obligaciones comunitarias. En relación al valor de las decisiones, de acuerdo al Tratado del Tribunal Andino, sus sentencias en principio gozan de plena ejecutoriedad en los países miembros, ya que no requieren de homologación o *exequatur*.

22. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 68 de la Convención Americana, son obligatorias para los Estados partes, ya que los mismos se comprometieron a cumplir con sus sentencias. Además, dicho precepto dispone en su parte final que: "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". En cuando a dicha ejecución interna debe tomarse en consideración que, de acuerdo a lo establecido en los artículos 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 48 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Gobierno venezolano tiene ciertos privilegios, en el sentido de que sus bienes no pueden ser objeto de medidas judiciales preventivas o ejecutivas, los que

obstaculizan en la práctica la ejecución judicial de dichos fallos. Existe actualmente en la Corte Suprema de Justicia un recurso de nulidad por inconstitucionalidad de los citados privilegios procesales, por considerarse que los mismos atentan no sólo contra la autonomía e independencia del poder judicial, sino también contra los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad.

23. B) BUERGENTHAL, Thomas: (Estados Unidos): *International Tribunals and National Courts. The Internationalization of Domestic Adjudication* (1). El autor considera que debido al creciente número de tribunales internacionales, tanto jurisdiccionales como organismos cuasi-judiciales, el importante número de resoluciones que han pronunciado han comenzado a tener influencia sobre los tribunales nacionales, no sólo cuando estos últimos deben interpretar tratados, sino también cuando invocan, lo que sucede con frecuencia, la jurisprudencia de los primeros, con el objeto de evitar interpretaciones de la legislación interna que puedan violar las obligaciones internacionales de los Estados respectivos o de armonizar las leyes nacionales con los principios del derecho internacional.

24. Para ilustrar sus afirmaciones, el profesor Buergenthal cita dos casos muy conocidos en esta dirección. El primero es el de *Pratt and Morgan v. The Attorney General for Jamaica*, resuelto por el Consejo Privado británico en funciones de Corte Constitucional de Jamaica. El caso fue planteado por dos personas condenadas a muerte en dicho país, cuyo proceso se había prolongado durante 14 años, hasta la sentencia definitiva de 2 de noviembre de 1993. El citado Consejo modificó su jurisprudencia anterior e interpretó la Constitución de Jamaica de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 5 (2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según habían sido aplicados, re-

(1) Este informe fue publicado recientemente con el mismo título en la obra *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin-Heidelberg, 1995, pp. 687-703.

spectivamente, por la Comisión Interamericana y por el Comité de las Naciones Unidas, ambos de Derechos Humanos, por considerar que la prolongación de la situación de los afectados en peligro de ser ejecutados en varias ocasiones, debía juzgarse como un tratamiento cruel, inhumano y degradante, como lo habían determinado ambos organismos en sus resoluciones sobre las reclamaciones de los promoventes.

25. Además de lo anterior, el Consejo Privado citó en su fallo el conocido caso *Soering v. United Kingdom*, resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos el 7 de julio de 1989 con apoyo en el artículo 3º. de la Convención Europea, de la cual no es parte Jamaica, pero que fue tomada en consideración para la elaboración de su Constitución cuando le fue concedida su independencia del Reino Unido.

26. El otro caso mencionado por el profesor Buergethal fue resuelto por la Corte Suprema de Argentina el 7 de julio de 1992, *Ekmejdjian v. Sofovich*, en la cual dicho tribunal se apartó de su criterio tradicional y aplicó en forma directa, por estimarlo *self executing*, el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Argentina en 1984, y que regula el llamado "derecho de respuesta", tal como fue interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva número 7, resuelta el 29 de agosto de 1987.

27. El autor aclara que los casos mencionados se decidieron en países que tienen diversos regímenes jurídicos respecto a la aplicación interna de los tratados internacionales, pues en tanto que el Reino Unido no incorpora inmediatamente dichos instrumentos en su derecho interno, puesto que se requiere una ley del Parlamento para conferir dicho *status*, Argentina seguía el ejemplo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos en el artículo 31 del texto original de su Constitución de 1853-1860, que otorgaba a los tratados ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado, el carácter de ley federal (situación que se modificó en las reformas constitucionales de

22 de agosto de 1994, como veremos más adelante). Lo anterior nos permite señalar la tendencia hacia la constante internacionalización de muchas cuestiones que anteriormente se consideraban como estrictamente nacionales.

28. De acuerdo con el autor, este movimiento hacia la internacionalización de los tribunales internos se debe, entre otros, a tres factores: en primer término, a la existencia de tribunales con jurisdicción para conocer de reclamaciones formulados por Estados e individuos que alegan la violación de obligaciones jurídicas internacionales; en segundo lugar, al reconocimiento por los tribunales internos (que no ha sido fácil, pues en ocasiones ha requerido de presiones políticas) de que vivimos en un mundo en que la constante interacción de los tribunales nacionales e internacionales es de interés nacional, porque promueve el desarrollo del derecho interno; y, finalmente, a la existencia de instituciones jurídicas nacionales que permiten y facilitan dicha interacción.

29. Este importante informe se puede complementar, por lo que se refiere a la situación en los Estados Unidos, con otro estudio muy documentado del profesor Buerghenthal, (2) en el cual se refiere específicamente a la situación de los tribunales norteamericanos en esta materia. Cita como ejemplos los casos de *Foster v. Nelson*, resuelto por la Corte Suprema Federal en 1828 con una ponencia del ilustre Presidente John Marshall, y *Sei Fuji*, que decidió la Corte Suprema de California en 1952.

30. Del análisis de estos fallos y otros similares puede llegarse a la conclusión de que, de acuerdo con el artículo VI de la Constitución Federal de 1787, los tratados tienen el carácter de ley federal, y para que los tribunales estadounidenses los apliquen directamente, es decir, los consideren *self executing*, deben examinar la naturaleza específica de las obligaciones sustantivas que asumen los Estados parte, para lo cual es necesario determi-

(2) "Self Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law", en *Recueil des cours*, Dordrecht, Holanda, Nijhoff, Vol. 235 (1991-IV), pp. 306-400, especialmente pp. 370-382.

nar las intenciones y la práctica de los otros órganos del gobierno, es decir, el Ejecutivo y el Congreso, en la negociación, ratificación y cumplimiento del tratado respectivo. En este sentido, el lenguaje del citado instrumento es relevante para confirmar o apoyar las conclusiones de los jueces sobre las obligaciones que los Estados Unidos han intentado asumir. La determinación de los organismos jurisdiccionales internos al respecto se aproxima a la doctrina sobre las "cuestiones políticas".

31. C) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Brasil). *Relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales*. El punto de partida del estudio del jurista brasileño se apoya en lo dispuesto por esta materia en la Constitución de 1988. Dicha Carta federal después de proclamar que el Brasil se rige en las relaciones internacionales por el principio, *inter alia*, de la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4 (II), lo constituye como Estado Democrático de Derecho, que tiene como fundamento, *inter alia*, la dignidad de la persona humana (artículo 1 (III), y dispone (de acuerdo con la propuesta presentada por el profesor Cançado a la Asamblea Nacional Constituyente y aceptada por ésta) que los derechos y garantías en ella expresados no excluyen otros que resultan del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que sea Parte el Brasil (artículo 5 (2). Dicho precepto agrega que las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tiene aplicación inmediata (artículo 5 (1).

32. Lo establecido en el citado artículo 5 (2) de la Constitución brasileña de 1988 se inserta en la nueva tendencia que se observa en las Constitucionales latinoamericanas recientes de otorgar un tratamiento especial y diferenciado, también en el ámbito del derecho interno, a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados. El carácter especial de los tratados que establecen la protección internacional de los derechos se encuentran, en efecto, reconocidos y sancionados por la Carta Federal de 1988. Para los tratados internacionales en

general se exige la intervención del poder legislativo por medio de un decreto con fuerza de ley para otorgar a sus disposiciones vigencia y obligatoriedad en el ámbito de ordenamiento jurídico interno, de manera diversa, los tratados de protección internacional de los derechos humanos de los cuales Brasil es Estado Parte, integran, de acuerdo con los artículos 5 (2) y 5 (1), de esa Carta Federal, el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados, y que son directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno.

33. El órgano de mayor jerarquía del poder judicial brasileño es el Supremo Tribunal Federal (STF), que ejerce al mismo tiempo funciones de tribunal constitucional y de órgano supremo del poder judicial ordinario. De acuerdo con las disposiciones de la Carta Federal, dicho tribunal posee tanto competencia original como de impugnación, y esta última se divide en ordinaria (artículo 102 (I)), como extraordinaria (artículo 102 (III)). En recurso ordinario decide sobre los instrumentos constitucionales tales como el hábeas corpus, el hábeas data y el *mandado de segurança*, que hubiesen sido denegados en única instancia por los tribunales superiores. En materia de recurso extraordinario ejerce el STF la función de guardián de la Constitución.

34. La Constitución brasileña de 1988 admite el examen por parte del STF y por conducto del recurso extraordinario (artículo 102 (III) (b)), de la constitucionalidad de los tratados, de acuerdo con la tradición de ese país. Sin embargo esta disposición tiene efectos exclusivamente teóricos si se toma en consideración que sólo en una ocasión, en 1974, fue planteada ante el STF la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Convención número 110 de la Organización Internacional del Trabajo en relación con las Cartas federales de 1946 y 1967 (y en cuanto a esta última, respecto de la enmienda constitucional número 1 de 1969).

35. En efecto, cualquiera que sea la solución de derecho constitucional sobre la jerarquía de la normativa internacional de protección en el ámbito de derecho interno, los Estados son

concientes de que no pueden violar las obligaciones convencionales de carácter internacional sin que se configure de manera inmediata una responsabilidad internacional. En tal virtud si un tribunal nacional priva de efectos a un tratado en el orden interno, dicho tratado conserva su vigencia en la esfera internacional, con el agravante de la posible configuración de la responsabilidad del Estado respectivo, ya que las bases para la suspensión o extinción de un tratado se encuentran previstas en el mismo y en el derecho de los tratados.

36. Por lo que respecta a la actual posición del Brasil en relación con los tribunales internacionales, dicho país no figura entre aquellos que reconocen la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia con apoyo en el artículo 36 (2) de su Estatuto. Sin embargo, en el pasado Brasil reconoció en dos oportunidades la jurisdicción obligatoria de La Haya, ya que firmó la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria por un período de diez años el 26 de enero de 1937 y nuevamente la suscribió el 12 de febrero de 1948 por un lapso de cinco años.

37. En el plano regional Brasil todavía no ha reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no obstante ser Estado Parte en dicha Convención.

38. Debe destacarse la postura iniciada por la Constitución Federal de 1988 (artículos 5 (2) y 5 (1), que asegura la aplicabilidad de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de los cuales Brasil es Parte, ya que dichos derechos se integran a los derechos consagrados constitucionalmente. en efecto, debe partirse de la premisa de la aplicabilidad directa de las normas de los tratados de los derechos humanos por lo que respecta los derechos garantizados, en virtud de la obligación del Estado de adoptar medidas internas para implementar y armonizar la legislación nacional con las normas obligatorias de los tratados de derechos humanos, obligación que debe considerarse *adicional* a las obligaciones inmediatas del Estado en relación

con cada uno de los derechos garantizados establecidos en dichos tratados. No puede negarse la aplicabilidad directa de las normas convencionales de protección de los derechos humanos bajo el pretexto de falta de reglamentación interna, ya que ésta es una actitud contradictoria con el desarrollo contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos.

39. Es alentador que las conquistas del derecho internacional en favor de ser humano se proyecten en el derecho constitucional y lo enriquezcan, ya que esto demuestra que la búsqueda de una protección cada vez más eficaz de la persona humana encuentra sus raíces en el pensamiento tanto del derecho internacional como en el constitucional. De acuerdo con dicha protección, el Estado no puede dejar de cumplir sus obligaciones convencionales de carácter internacional con el argumento de supuestos obstáculos de orden constitucional o interno y con mayor razón no podrá escudarse para cumplir con un tratado de derechos humanos del cual es parte dicho Estado, por el simple hecho de que sus tribunales lo interpreten en el ámbito interno de manera diferente de que se establece en el campo del derecho internacional. En última instancia, los fundamentos de la protección de los derechos humanos trascienden el derecho estatal y el consenso generalizado formado actualmente respecto de la necesidad de la internacionalización de su protección, ya que corresponde a una manifestación cultural de nuestros tiempos, justificada jurídicamente por la coincidencia de objeto entre el derecho internacional y el derecho interno en lo que concierne a la protección de la persona humana. (3)

(3) Cfr. CAÑADO TRINDADE A. A., *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, De Saraiva, 1991; Id. *Reflexiones sobre Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, (Cuaderno 3-95), 1995; Id. (Editor), *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.*, San José, Costa Rica-Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Comisión de la Unión Europea, 1996.

40. D) FERNANDEZ SEGADO, Francisco (España): *Relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales. Ponencia nacional sobre España*. En su documentado estudio, el autor examina primeramente cuáles son los organismos jurisdiccionales de carácter supranacional a los cuales está sometido el Estado Español, y señala en primer tiempo al *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (ahora Unión Europea, con posterioridad a la vigencia del Tratado de Maastricht), encargado de garantizar el cumplimiento y aplicación del Tratado Constitutivo de dichas Comunidades, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. El referido Tratado de Maastricht ha establecido, además, un *Tribunal de Primera Instancia*, cuyas decisiones pueden impugnarse ante el citado Tribunal de Justicia, que decide en último grado.

41. La integración de España, primero a las Comunidades y ahora a la Unión Europea, ha tenido una influencia decisiva en cuanto a las competencias de los tribunales internos, ya que por una parte éstas se amplían para conferirles, con carácter general, el conocimiento de todos los procesos de derecho comunitario que no estén atribuidos expresamente al Tribunal de Justicia, pero por otra parte se sustraen a los propios jueces nacionales la interpretación y el control de legalidad de las normas comunitarias, que decide en última instancia el organismo supranacional.

42. En segundo término, España está sometida al *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ya que el 24 de noviembre de 1977 firmó el Convenio Europeo para los Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que ratificó el 4 de octubre de 1979, instrumento que estableció tanto la Comisión como el citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción reconoció el Estado español. De acuerdo con el artículo 52 de la citada Convención de Roma, las sentencias del Tribunal Europeo son firmes e inapelables y las Altas Partes contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones de dicho organismo jurisdiccional en los litigios en que sean partes.

43. El profesor Fernández Segado hace una cuidadosa descripción de los órganos jurisdiccionales españoles, su estructura y competencias dentro del marco de una organización autonómica. Dichos órganos están encabezados por el Tribunal Supremo, y comprenden en orden descendente: la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia (de las Comunidades Autónomas), los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción en lo penal; los tribunales de lo contencioso-administrativo; de lo social; de menores, y de vigilancia penitenciaria, así como los Juzgados de Paz. Está, además, el Tribunal Constitucional, que es el intérprete supremo de la Carta Fundamental.

44. En seguida, el autor aborda el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ámbito interno. Considera que de acuerdo con el régimen constitucional español, los tratados deben supeditarse a las normas de la Ley Fundamental, ya que el artículo 95.1 dispone que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional, y el inciso siguiente faculta al gobierno o a cualquiera de las dos cámaras legislativas para requerir al Tribunal Constitucional que declare si existe o no esa contradicción.

45. Por el contrario, las disposiciones de un tratado ratificado por el Estado español son resistentes a la ley, es decir, no pueden ser modificados por una ley posterior. en virtud de que el artículo 96.1 de la Constitución española establece que las disposiciones de los tratados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. Pero a su vez, para la modificación de las leyes existentes cuando contradigan a las normas de un instrumento internacional, debe acudir a lo dispuesto por el artículo 94.1, que exige la previa autorización de las Cortes Generales para ratificar tratados que supongan la modificación o derogación de alguna ley. En tal virtud, aquellos otros instrumentos cuya celebración es

competencia del gobierno no pueden de modo alguno modificar disposiciones legislativas.

46. A continuación, el profesor Fernández Segado examina el valor de las decisiones de los tribunales internacionales o comunitarios en el ámbito nacional español, e inicia su análisis con la naturaleza de los efectos de las decisiones del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, cuya jurisdicción es obligatoria para los Estados miembros, sin ninguna exigencia adicional de consentimiento y sin la posibilidad de limitaciones o reservas, todo ello compatible con el principio de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, primacía cuyo fundamento reside en la naturaleza y en los principios característicos de la integración. Cita los casos *Simenthal* y *Comisión contra Italia*, resueltos por dicho Tribunal los días 9 de marzo de 1978 y 15 de octubre de 1986, respectivamente. En el primero se estableció que la norma comunitaria hace inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional, y que a la inversa, la vigencia de la norma comunitaria impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida que fueren incompatibles con las normas comunitarias. En el segundo caso se sentó el criterio de que no es suficiente la inaplicación judicial, sino que es necesario que la incompatibilidad entre una norma nacional y una comunitaria, inclusive de efecto directo, sea eliminada definitivamente mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico de las que deban ser modificadas.

47. El autor llega a la conclusión de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene, respecto de los tribunales internos, una función análoga a la de un Tribunal de Casación, en la medida que debe garantizar la unidad de criterios interpretativos y unificar la doctrina jurisprudencial, pero esta atribución se ejerce por medio del instrumento de cooperación que constituyen las cuestiones prejudiciales.

48. La situación es diversa en relación con el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ya que sus resoluciones no tienen fuer-

za vinculante en el ámbito interno, si se toma en consideración que el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 245/1991, determinó que la Convención de Roma no obliga a dar efectos internos a las sentencias del organismo jurisdiccional europeo mediante la anulación de la autoridad de la cosa juzgada o de la fuerza ejecutoria de una decisión judicial nacional que infrinja la citada Convención, a juicio de dicho tribunal internacional, pero lo anterior no significa que los poderes públicos puedan permanecer indiferentes a una declaración de la instancia jurisdiccional europea, pues el mismo Tribunal Constitucional ha señalado en varias ocasiones que nada de lo que afecte a los derechos fundamentales puede ser ajeno a las autoridades públicas españolas.

49. Por otra parte, debe tomarse en consideración que, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que dicha Carta reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España. Lo anterior significa que la propia Constitución hace suya la interpretación de los derechos y libertades realizada por el Tribunal Europeo. A este respecto el tratadista español Eduardo García de Enterría considera que dicha interpretación internacional debe entenderse como vinculación a un *standard* mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y por la jurisprudencia constitucional, cuyo examen refleja con nitidez un constante influjo de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo.

50. E) FIX-ZAMUDIO, Héctor (México): *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los nacionales en el ordenamiento mexicano*. El Estado mexicano sólo ha aceptado la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia conforme al artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la misma, a través de la declaración depositada el 28 de octubre de 1947, pero no se ha sometido a la

competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tampoco ha ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, al haber ratificado y aprobado la Convención Americana, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de mayo de 1981, con algunas reservas y declaraciones interpretativas, ha reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

51. Por otra parte, el ordenamiento mexicano conserva todavía el criterio tradicional sobre la jerarquía de los tratados internacionales que se inspira en el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, es decir, que los mismos, una vez aprobados por el Senado Federal, adquieren la naturaleza de leyes federales, que no pueden contrariar a las normas de la Carta Federal, ya que el artículo 133 de la Constitución Mexicana es una traducción casi literal del precepto norteamericano citado.

52. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han establecido un criterio claro sobre el alcance del citado precepto por lo que respecta a la eficacia de los tratados internacionales en el ámbito interno, pues en tanto que algunos tratadistas examinan la cuestión desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, otros consideran que son de diversa naturaleza las cuestiones jurídicas que derivan de los tratados internacionales y de su relación con el orden jurídico interno, siguiendo un criterio dualista según el cual debe definirse si el problema se encuadra en el ámbito de competencia del derecho internacional o del nacional, lo que se complica si se toma en consideración que el ordenamiento jurídico mexicano tiene carácter federal.

53. Lo cierto es que los tribunales mexicanos, en particular los federales, en muy pocas ocasiones se han pronunciado sobre la eficacia de los tratados internacionales en el ámbito interno y tampoco han precisado las posibles relaciones entre los organismos jurisdiccionales o parajudiciales con los internos. Por otra parte, con apoyo en las aportaciones de los diversos autores me-

xicanos que han analizado el citado artículo 133 constitucional, entre ellos Mario de la Cueva, Felipe Tena Ramírez, Antonio Martínez Báez, Jorge Carpizo, y más recientemente Raúl Medina Mora, Ricardo Méndez Silva, Jorge Adame y Fernando Vázquez Pando, debe realizarse un análisis con un criterio progresivo que pueda aportar soluciones más adecuadas, siguiendo las tendencias de los recientes cambios que se observan en Latinoamérica, y una corriente similar debe introducirse en la jurisprudencia tradicional de los tribunales federales mexicanos, cuando menos semejante a la que se produjo en el cambio del criterio tradicional de la Corte Suprema Argentina que hemos mencionado con anterioridad, ya que el artículo 31 de la Carta Federal de ese país, antes de la reforma de agosto de 1994, era muy similar al mencionado precepto fundamental mexicano.

54. Además de lo anterior, debe tomarse en consideración la reciente Ley sobre la Celebración de los Tratados, publicada el 2 de enero de 1992, que se inspira en algunos principios consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, pero con algunos aspectos peculiares de carácter tradicional. Así, el artículo 9º. de este ordenamiento dispone que el Gobierno mexicano no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias cuando "esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación". Un criterio similar, aun cuando no tan categórico, figura en el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte Internacional de Justicia que hemos señalado con anterioridad, ya que en su parte conducente se estableció que dicha declaración no era aplicable "a aquellas controversias emanadas de asuntos que, en opinión del Gobierno de México, sean de la jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos".

55. El citado precepto de la Ley sobre la Celebración de Tratados requerirá de un análisis muy agudo de carácter doctrinal y de una interpretación judicial cuidadosa, para armonizar las

limitaciones que contiene con la citada Convención de Viena y respecto de la evolución que se observa en los restantes ordenamientos latinoamericanos, que han procurado adaptarse a los acelerados cambios que implica la creciente influencia de las normas y los organismos supranacionales sobre los ordenamientos internos, con mayor razón en virtud de que el artículo 11 de la citada Ley dispone de manera imprecisa que: "Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8º. (que señalan los requisitos que deben llenar los tratados respectivos), tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables".

56. Esta situación del ordenamientos mexicano, que todavía conserva criterios tradicionales, se ha complicado con la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (TLC, o NAFTA por sus siglas en inglés), que entró en vigor el 1º. de enero de 1994, y que introduce organismos de solución de controversias tanto respecto de conflictos en materia de prácticas desleales de comercio internacional como en controversias de carácter general (Capítulos XIX y XX). En el primer supuesto, es decir, en materia de prácticas desleales de comercio internacional, las Partes se obligan a reemplazar la impugnación judicial interna de las resoluciones definitivas que impongan cuotas *antidumping* o impuestos compensatorios con la revisión judicial que realice un panel binacional integrado por cinco árbitros. La decisión del panel (en realidad, tribunal arbitral) es obligatoria y no podrá ser impugnada ante un tribunal nacional (artículo 1904.11). Tratándose de controversias generales, la decisión del llamado panel arbitral no es vinculante, sino que tiene el carácter de recomendación, sobre cuya base las Partes pueden llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

En caso de no lograrla, las Partes pueden suspender a la otra u otras los beneficios que les corresponden conforme al Tratado mientras el conflicto permanezca sin solución.

57. El problema de la eficacia de las decisiones de los tribunales arbitrales se presenta respecto de las prácticas desleales de comercio internacional, ya que tienen carácter obligatorio y no pueden ser impugnadas ante los tribunales internos. Sin embargo, en el ordenamiento mexicano se ha procurado encontrar una solución que no afecte el sistema de impugnaciones del ordenamiento nacional, especialmente el juicio de amparo, pero al mismo tiempo, hacerlo compatible con las disposiciones del TLC. Por este motivo, como la autoridad investigadora competente en materia de dichas prácticas desleales es la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, sus decisiones, que tienen carácter administrativo, pueden combatirse ante el Tribunal Fiscal de la Federación, pero no antes de que transcurra el plazo previsto para solicitar la integración de un panel. En caso de solicitarse la integración del citado panel, éste atrae la resolución de la controversia y queda anulado el recurso ante el mencionado Tribunal Fiscal (artículos 97 y 98 de la Ley de Comercio Exterior y 202, fracciones XII y XIII del Código Fiscal de la Federación, según reforma publicada el 22 de diciembre de 1993).

58. Por último, es conveniente destacar que tratándose de conflictos entre particulares, se introduce un procedimiento novedoso conforme a los artículos 2020.1 y 2020.2 del citado Tratado. Cuando una cuestión de interpretación y aplicación del propio instrumento surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquier Parte considere que amerita su intervención o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de alguna de las Partes, esa Parte lo notificará a las otras y a su sección del Secretariado de la Comisión de Libre Comercio (órgano trilateral de administración del TLC), a la que corresponde interpretar el Tratado. De no poder acordarse dicha interpretación, el gobierno de la Parte de que se trate podrá someter su propia interpretación.

59. F) GREENWOOD, Christopher (Reino Unido): *Relationship Between International Courts and the Courts of the United Kingdom*. El autor considera que el tema de las citadas relaciones judiciales no puede comprenderse sin hacer referencia a las que se establecen entre el derecho internacional y el ordenamiento del Reino Unido. Al respecto señala que si bien en un tiempo el tema estuvo sujeto a controversia, actualmente se reconoce que el derecho internacional consuetudinario forma parte del ordenamiento interno, pero no puede prevalecer sobre el texto claro de las disposiciones legislativas, y cita al respecto los precedentes de la Corte de Apelaciones de Inglaterra (*Tremdrex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* (1977) QB 529) y *Mortenson v. Peters* (1906) 8 F (J) 93), resuelto por la Scottish Court of Judiciary.

60. Por el contrario, los tratados internacionales no son parte del ordenamiento del Reino Unido, ya que dichos instrumentos son concluidos por la Corona en ejercicio de una prerrogativa real y de acuerdo con un principio constitucional establecido, según el cual la propia Corona no puede utilizar sus facultades para modificar el ordenamiento interno. En tales condiciones, los tribunales británicos no pueden otorgar eficacia a un tratado, de acuerdo con la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *JH Rayner Ltd v. Department of Trade and Industry* (1990) (2 AC 418). Tampoco puede invocarse un tratado para oponerse a una acción que se apoye en derechos establecidos por la legislación del Reino Unido, según el precedente establecido por la misma Cámara en el caso *Walker v. Baird* (1892) (AC 491).

61. En virtud de que los tribunales internacionales son creados por medio de tratados, los efectos de sus decisiones ante los tribunales británicos dependen esencialmente de la forma en que el tratado respectivo haya sido implementado en el ordenamiento interno del Reino Unido. Como no han sido incorporados al derecho interno la Carta de las Naciones Unidas, el Esta-

tuto de la Corte Internacional de Justicia ni la Convención Europea de Derechos Humanos, las resoluciones de la citada Corte Internacional y de la Corte Europea de Derechos Humanos no tienen efectos directos en el ámbito del derecho británico. Sin embargo, los tribunales británicos se refieren en ocasiones a esos fallos como indicios del contenido del derecho internacional. Con mucha mayor frecuencia se invocan las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, las que se toman en consideración para interpretar las disposiciones legislativas del Reino Unido de acuerdo con los términos de la Convención de Roma. Como ejemplo, el profesor Greenwood cita el importante fallo de la Cámara de los Lores en el asunto *ATT. Gen. v. Guardian Newspapers (Núm. 2) (1988) (3 All ER 545)*, en el cual se invocó tanto la Convención Europea como los precedentes internos sobre la libertad de palabra.

62. La situación del Tribunal de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) es muy diferente, ya que los tratados respectivos obligan a los tribunales del Reino Unido a otorgar efecto directo y aplicar las decisiones de los instrumentos de integración y la legislación adoptada al respecto. Cuando un tribunal británico envía la cuestión al Tribunal de Luxemburgo, la resolución de este último tiene efectos vinculatorios en el Reino Unido, y por esta vía se han realizado considerables cambios en la legislación interna, incluyendo la de las impugnaciones establecidas en la legislación británica. Las decisiones del citado Tribunal transnacional se consideran de mayor jerarquía que las pronunciadas por los tribunales del más alto nivel en el Reino Unido.

63. Como conclusión, el distinguido jurista británico considera que con la importante excepción de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las decisiones de los tribunales internacionales sólo tienen un efecto indirecto en el Reino Unido. Sin embargo, se observa la tendencia creciente a reconocer su importancia y se citan en los tribunales británicos con mayor frecuencia de lo que ocurría hace pocos años.

64. G) HITTERS, Juan Carlos (Argentina): *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los nacionales en la República Argentina*. El tratadista argentino cultiva de manera simultánea las disciplinas de los derechos procesal e internacional, por lo que se ha distinguido en el cultivo del derecho procesal supranacional. (4) El autor señala que Argentina suscribió y ratificó la Convención Americana y se sometió expresamente a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año de 1984, al haberse restablecido la normalidad constitucional con posterioridad a la dictadura militar. Lo anterior implica que los fallos de la citada Corte son obligatorios para el Estado Argentino y sus tribunales, pero no tienen carácter ejecutivo.

65. En Argentina no existe un tribunal constitucional especializado, ya que la función de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad corresponde en última instancia a la Corte Suprema de Justicia, que se estableció de acuerdo con el modelo de la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, es decir, opera el llamado control difuso, ya que corresponde a todos los tribunales, ya sean locales o federales, desaplicar las disposiciones legales contrarias a la Constitución Federal, y para que un asunto provincial pueda ser llevado a la esfera nacional, se requiere la existencia de un "caso federal", o sea, la contradicción entre la ley local y la Carta Federal. En este último supuesto se puede impugnar el fallo respectivo ante la Corte Suprema por medio del "recurso extraordinario", pero las decisiones del más alto tribunal sólo tienen efectos entre las partes, es decir, en caso de que la disposición legislativa impugnada se considere inconstitucional, sólo implica su desaplicación en el caso concreto.

(4) Es importante su obra en dos volúmenes *Derecho internacional de los derechos humanos*. I. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Pacto de San José de Costa Rica. La Carta Social Europea*. II. *El sistema interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 1991 y 1993, en los cuales no sólo aborda los aspectos sustanciales, sino que analiza con profundidad las cuestiones de carácter procesal.

66. La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema había determinado que los tratados internacionales tenían, de acuerdo con el paradigma norteamericano, el carácter de leyes federales ordinarias cuando se incorporaban al derecho interno, pero no podían aplicarse directamente por los tribunales internos. Sin embargo, esa jurisprudencia se modificó en el año de 1992 en los casos *Ekmejdjian y Servini de Cubría*, en los cuales la Corte Suprema argentina consideró que en principio la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como "Pacto de San José", es *self executing* y, por lo mismo, estaba dicho instrumento por encima del derecho interno, por lo que era obligatorio en el país.

67. En la reforma constitucional del 12 de agosto de 1994, en el nuevo texto del artículo 75, inciso 22, se otorgó carácter constitucional a ciertos Tratados internacionales sobre derechos humanos enumerados expresamente, y a los tratados comunitarios (de integración) se les confirió jerarquía superior a las leyes internas, pero por debajo de la Constitución (artículo 75, inciso 24).

68. Por lo que respecta al citado derecho comunitario, rige el modelo del MERCOSUR, que no cuenta con un tribunal similar al de Luxemburgo. La solución de los conflictos por aplicación del Tratado de Asunción y el Protocolo de Brasilia, que crearon dicha comunidad, se resuelven provisionalmente por negociación directa y un Tribunal Arbitral.

69. H) KARGADOS, Panagiotis (Grecia): *Relationships between National and International Courts*. El autor aclara que su estudio se refiere exclusivamente a las relaciones entre los tribunales griegos y el Tribunal Europeo de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia, y que esas relaciones se circunscriben a la cuestión de si los propios tribunales griegos están legalmente vinculados por las resoluciones de los citados organismos jurisdiccionales de carácter supranacional.

70. Para determinar las relaciones entre las resoluciones del Tribunal de la Unión Europea y los tribunales griegos, es preciso esclarecer primeramente (ya que no existen disposiciones específicas ni en el derecho comunitario ni en el ordenamiento interno de Grecia), si el citado derecho comunitario europeo tiene o no prioridad sobre el derecho griego. La respuesta es claramente afirmativa, en el sentido de que el derecho comunitario tiene primacía no únicamente sobre las leyes ordinarias, sino inclusive respecto de las disposiciones constitucionales y que, además, posee un efecto directo en el ámbito interno, tal como fue establecido desde un principio por la jurisprudencia del citado Tribunal de Luxemburgo, la que también determinó que la superioridad del derecho comunitario no depende, en caso de conflicto, de modificaciones en el derecho interno, ya que en su caso deben suprimirse las disposiciones nacionales contrarias.

71. La Constitución griega de 1975, actualmente en vigor, adoptó una clara orientación internacional, ya que su artículo 28, párrafo 1, dispone expresamente en su parte relativa, que "Las reglas generalmente aceptadas del derecho internacional, así como los tratados internacionales son ... parte inseparable del derecho interno griego y prevalecen sobre cualquier otra disposición de carácter interno". Además, los párrafos 2 y 3 del mismo artículo otorgan al órgano legislativo, de acuerdo con ciertas condiciones expresas, la facultad de delegar algunas "competencias" nacionales a "órganos de organizaciones internacionales" y a restringir en algunos aspectos la soberanía nacional.

72. Desde el punto de vista del Tribunal de Justicia europeo, el derecho comunitario tiene prioridad respecto del derecho interno en su totalidad, es decir, inclusive respecto del derecho constitucional de carácter nacional, pero el citado Tribunal no ha pretendido resolver las contradicciones entre el mismo derecho comunitario y los preceptos constitucionales internos. Este examen no es necesario, en virtud de que en todo caso el derecho comunitario tiene primacía inclusive sobre las normas fundamentales internas. Por lo que se refiere al ordenamiento grie-

go, el derecho comunitario no tiene efecto directo *per se* o *ipso iure*, ya que se requiere que los tratados respectivos sean aprobados por el Parlamento, a fin de que el derecho comunitario forme parte del derecho griego interno, y en principio adquiera primacía inclusive sobre el derecho constitucional de ese país. Sin embargo, es preciso aclarar que, de acuerdo con el artículo 28, parágrafo 3, de la Carta griega, dicha superioridad sólo tiene efectos si no se afectan, entre otros aspectos, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución nacional.

73. En principio, un posible conflicto entre el derecho comunitario y el interno de Grecia en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales, debe ser resuelto por el Tribunal de Luxemburgo en favor del derecho nacional, pero como tanto Grecia como la Comunidad están vinculados a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, el Tribunal Europeo ha desarrollado, sobre esta base, una amplio catálogo de derechos fundamentales, por lo que hay posibilidad de diferencias, pero en ese supuesto predomina el derecho griego sobre derechos humanos. Sin embargo, existen dos aspectos en los cuales tiene superioridad el derecho comunitario, es decir, respecto a las concepciones de los derechos de equidad y libertad económicas, en los cuales las disposiciones del derecho griego no tienen primacía sobre el concepto comunitario sobre estos dos derechos, ya que ambos, por su carácter amplio e impreciso, no pueden dejarse a las concepciones dispares de carácter nacional.

74. Por otra parte, en principio los tribunales griegos están vinculados a los fallos pronunciados por el Tribunal de Luxemburgo, en tanto el derecho comunitario tiene precedencia sobre el derecho interno, excluyendo los derechos fundamentales, salvo los relativos a la equidad y la libertad económicas, con el objeto de asegurar la uniformidad en la interpretación del propio derecho comunitario. Sin embargo, esta situación no es tan simple, si se toma en cuenta que, conforme al artículo 71 del Tratado de la Unión europea, son los Estados miembros los que de-

ben tomar las medidas necesarias para la ejecución de las decisiones del Tribunal de Justicia. Por este motivo, el efecto obligatorio de las resoluciones de dicho Tribunal comunitario desde el punto de vista del ordenamiento interno de Grecia, sólo se produce cuando se cumple con los requerimientos de la "cosa juzgada", así como con el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

75. Por lo que respecta a los efectos de las resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos ante los tribunales griegos, la cuestión se puede resolver con el examen de la Convención de Roma de 1950, tal como ha sido interpretada por la citada Corte, por un lado, y por los tribunales internos de Grecia, por la otra, ya que no existe una legislación específica en el ordenamiento griego que regule dicha cuestión. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la mencionada Convención europea fue aprobada por el Parlamento, por lo que forma parte del derecho interno y tiene prioridad sobre la legislación nacional en los términos del artículo 28 de la Constitución griega. Por tanto, cuando en un caso determinado la Corte Europea de Derechos Humanos considere que existe un contraste entre la Convención y la Constitución griega en su regulación de un determinado derecho, los tribunales internos se sentirán vinculados más a los preceptos constitucionales que a los de la Convención, ya que la Carta fundamental de Grecia ha excluido de manera expresa a los derechos humanos que consagra de la regulación de los tratados internacionales, sin excepción, incluyendo la Convención de Roma.

76. Por tanto, el problema relativo a si los tribunales griegos están legalmente vinculados a las decisiones de la Corte Europea no se resuelve únicamente de acuerdo con el principio de la prioridad de la Convención sobre el derecho ordinario o constitucional interno. Inclusive si la Convención fuera elevada a un rango superconstitucional, de ello no podría inferirse que los tribunales internos de Grecia se encuentren necesariamente vinculados a los fallos del citado tribunal internacional. En opinión

del profesor Kargados, las resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos, para tener efectos vinculantes ante los tribunales internos de Grecia, deben cumplir con los requisitos de la "cosa juzgada" y los relativos al reconocimiento de sentencias extranjeras, en la misma forma que las decisiones de otros tribunales internacionales, entre ellos las de la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisdicción ha reconocido Grecia.

77. La tercera cuestión que aborda el autor se refiere precisamente a los efectos de los fallos de la citada Corte Internacional de Justicia. Al respecto debe tomarse en cuenta que esta última decide sobre controversias de derecho internacional entre los Estados únicamente, en tanto que los tribunales nacionales resuelven sobre conflictos entre particulares o entre éstos y autoridades públicas nacionales, por lo que resulta difícil que los tribunales griegos acepten la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte Internacional sobre la base de la "cosa juzgada". Pero aun en el supuesto de que el mencionado tribunal internacional hubiese decidido de manera definitiva sobre cierta materia y un tribunal griego deba resolver sobre la misma cuestión o sobre una que dependa de alguna forma de un asunto preliminar decidido por la Corte de La Haya, no por ello se encuentra asegurado el efecto vinculante del fallo de esta última si no se cumplen los mencionados requisitos, lo que no ocurre con frecuencia.

78. I) MOYANO BONILLA, César.(Colombia): *Las relaciones entre los tribunales internos colombianos y el derecho, las relaciones y los tribunales internacionales*. En su extenso y documentado informe, el internacionalista colombiano aborda cuatro aspectos esenciales. En primer término, la organización judicial interna; en segundo lugar, la incorporación y jerarquía del derecho internacional y comunitario en el derecho interno colombiano; luego examina el procedimiento para dirimir conflictos entre las normas internacionales o comunitarias y las disposiciones del ordenamiento interno; y, finalmente, examina los tribunales internacionales a que está sometido el ordenamiento interno.

79. Sobre estas cuatro cuestiones, el autor considera, en primer lugar, que la impartición justicia en Colombia está a cargo de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces. Igualmente, se imparte por la justicia penal militar.

80. Respecto a la recepción del derecho internacional en el derecho colombiano, debe distinguirse entre las normas consuetudinarias, los principios y los tratados internacionales. Por lo que respecta a las primeras, la Constitución no establece ningún procedimiento para la incorporación del derecho consuetudinario, aunque en repetidas oportunidades hace referencia a sus normas y exige su aplicación, como en los estados de excepción, cuando dispone la vigencia de las disposiciones del derecho internacional humanitario, muchos de cuyos preceptos son consuetudinarios, por lo que el autor considera que se incorporan automáticamente al ordenamiento colombiano..

81. En cuanto a los principios del derecho internacional, tampoco se dispone de un sistema especial de recepción, ya que se exige tan sólo su previa aceptación, la cual se entiende que puede ser realizada mediante un tratado internacional, una resolución de un organismo internacional votada favorablemente por el gobierno colombiano, o por un acto internacional unilateral. En cuanto a los tratados internacionales, si bien su incorporación no exige una transformación de la norma internacional, la manifestación de voluntad del Estado en obligarse internacionalmente requiere el cumplimiento de dos requisitos previos: a) obtener la aprobación del Congreso, es decir, la autorización para que el Presidente de la República, o la persona a quien él otorgue plenos poderes, pueda realizar tal acto, y b) que la Corte Constitucional haya declarado constitucionales tanto el tratado como la ley aprobatoria.

82. Dentro del texto constitucional colombiano se incluyó una norma sobre el respeto a los principios del derecho internacional. Esta disposición no es indispensable para el cumpli-

miento de dichos principios, pues aún sin ese precepto el Estado debe cumplir la normatividad internacional, como expresamente se ha obligado en diversos instrumentos internacionales, tales como la Carta de la OEA y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Además, la Constitución ha incluido disposiciones programáticas, las cuales permiten el control de la política exterior del Estado tanto por el Congreso como por la Corte Constitucional.

83. Las normas consuetudinarias tienen un rango superior a la propia Constitución, pues Colombia reconoció en su Carta Fundamental que sus relaciones internacionales estarán regidas por los principios del derecho internacional aceptados por ella, y uno de esos principios la obliga a someter su conducta a las prescripciones del ordenamiento internacional, como se expresa en el artículo 31 de la Carta de la OEA. Por tanto, el profesor Moyano estima que Colombia no podrá aplicar ninguna disposición de su derecho interno que sea contraria al derecho internacional consuetudinario.

84. En cuanto a los tratados internacionales, la Constitución de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, hace una distinción entre los que se refieren a los derechos humanos y los que regulan otros temas. Los primeros prevalecen sobre las normas constitucionales. En cuanto a los demás tratados, la misma Ley Fundamental no determina expresamente su jerarquía, pero el autor considera que debe aplicarse el principio de la primacía del derecho internacional, reconocido para las normas de carácter consuetudinario. Además, también rige dicha preeminencia para los Estados que son parte de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, como es el caso de Colombia, a excepción de lo dispuesto por el artículo 46 de dicho Tratado, que se refiere a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. Este principio de la primacía del derecho internacional produce dos obligaciones para los Estados: a) el deber de adecuar su ordenamiento interno al derecho internacional, bien sea convencio-

nal o consuetudinario, y b) la prevalencia, en principio, del ordenamiento internacional sobre el interno.

85. En cuanto a las normas comunitarias que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, en primer lugar, éstas se incorporan en principio directamente al ordenamiento interno; en segundo término, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para su aplicación, absteniéndose de dictar normas que pueden obstaculizarla o que sean contrarias a las disposiciones comunitarias; y finalmente, éstas deben aplicarse con prelación a la legislación estatal. Las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a la aplicación del ordenamiento comunitario tienen derecho a pedir ante los tribunales nacionales la reparación de los perjuicios que sufran, sin olvidar que existe, además, la acción de incumplimiento, que puede ser ejercida por la Junta del Acuerdo o por otro Estado, cuando considere que un país miembro ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Cartagena.

86. Las normas de *ius cogens*, tal como lo ha interpretado la Corte Constitucional colombiana, ocupan la cúspide del ordenamiento jurídico, imponiéndose, aún, por encima de la voluntad de los Estados.

87. En Colombia existen cuatro procedimientos para dirimir los conflictos entre las normas internacionales o comunitarias, y las de carácter interno: uno político, que se realiza por el Congreso; otro de naturaleza judicial, ante la Corte Constitucional; el que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y el consagrado por el Tratado que creó el Tribunal del Acuerdo de Cartagena. El control de constitucionalidad sobre los tratados internacionales ante la Corte Constitucional, según el texto de la Ley Fundamental y la jurisprudencia más reciente de dicho organismo especializado, es previo a la manifestación del consentimiento estatal en obligarse internacionalmente. Este control se ejerce sobre el tratado y su ley aprobatoria y se refiere a su constitucionalidad, tanto intrínseca como

extrínseca, y la Corte Constitucional colombiana ha entendido que su control se extiende también a las normas internacionales de *ius cogens*, las que priman incluso sobre el ordenamiento constitucional. Finalmente, los tribunales nacionales colombianos están en la obligación de acudir al Tribunal del Acuerdo de Cartagena a efectos de la interpretación prejudicial del derecho comunitario.

III. *El derecho procesal supranacional.*— 88. Hasta hace poco tiempo, los cultivadores del derecho procesal no se habían ocupado de manera específica del análisis de los procedimientos ante los organismos internacionales, por considerarlos dentro del campo del derecho internacional público. Sin embargo, el surgimiento de varios instrumentos de solución de conflictos supranacionales, que adquieren cada vez mayor vigor, despertó el interés de los procesalistas, y por ello puede hablarse actualmente de una nueva disciplina dentro del ámbito del derecho procesal, la que puede calificarse como *derecho procesal supranacional*. Esta disciplina abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica y, por supuesto, el sector más dinámico, que es el que corresponde al campo de los derechos humanos. (5)

89. Dentro del derecho internacional público tradicional podemos situar las normas procesales que regulan la tramitación de los asuntos que se someten al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, con residencia en La Haya, la que resuelve los conflictos planteados entre los Estados que han suscrito el Estatuto de la propia Corte y a todos los asuntos especialmente previstos por la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y

(5) Cf. HITTERS, J. C., *El derecho internacional de los derechos humanos*, citado en la nota anterior, tomo II, pp. 469-472.

convenciones vigentes (artículo 36.1 del citado Estatuto). Por cierto que si bien son muy numerosos los estudios sobre la citada Corte Internacional de Justicia, no abundan, en cambio, los análisis de carácter estrictamente procesal, porque como lo hizo notar el ilustre procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, esta materia se ha reservado casi exclusivamente a los tratadistas de derecho internacional, que además, son los que han sido designados jueces de dicho Tribunal, y por ello son muy pocos los tratadistas del derecho procesal que han incursionado en el campo. (6)

90. Por lo que respecta al derecho procesal comunitario, éste comprende el estudio de las normas instrumentales que se aplican en la solución de los conflictos sometidos al Tribunal de Luxemburgo, es decir, el de la actual Unión Europea, así como en la tramitación de los asuntos de que conoce el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, creado en 1979 por la Comunidad Andina y establecido en la ciudad de Quito, Ecuador, el 19 de agosto de 1983. (7)

91. Como es bien sabido, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido un desarrollo espectacular, y además de los internacionalistas, se han ocupado del mismo también los procesalistas. Para no señalar sino un ejemplo, destacan los estudios de Mauro Cappelletti, notable comparatista y procesalista italiano. (8)

(6) "Protección procesal internacional y derechos humanos", en la obra *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 277-281. Este estudio fue reproducido posteriormente en el libro del mismo autor *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1975.

(7) Como ejemplos de estudios procesales sobre la estructura y funcionamiento de dichos tribunales podemos mencionar las obras de SILVA DE LAPUERTA, R., *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 1993 y SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Ecuador, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, esp. pp. 131-184.

(8) Mencionaremos sólo algunos de sus numerosos estudios sobre esta materia: "Justicia constitucional supranacional", en su libro *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987, pp. 215-241, y "Le pouvoir judiciaire dans un Etat Fédéral ou une Union

92. Por otra parte, resulta comprensible que el procedimiento ante el Tribunal del Acuerdo de Cartagena hubiese tenido un desarrollo muy lento en la práctica, debido a las dificultades que han afrontado los países que integran la Comunidad Andina, lo que explica la limitada atención de los análisis sobre las normas que regulan este tribunal. Sin embargo, este órgano puede asumir una mayor trascendencia en un futuro próximo, por la reciente tendencia hacia la integración económica de los países latinoamericanos. En esta misma dirección también se advierte la creciente importancia de la solución de controversias, especialmente las de carácter comercial, con motivo de la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre México, los Estados Unidos y Canadá, (9) así como de otros instrumentos similares, como el llamado MERCOSUR, en el cual participan Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

93. El sector más dinámico de esta disciplina procesal es la relativa a la solución de controversias sobre derechos humanos. El notable procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien fue uno de los primeros en plantear la necesidad de un examen sistemático de las cuestiones procesales en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, (10) expresó sus dudas de que pudiera hablarse, al menos en el año de 1974, en el cual escribió su clásico ensayo, de una rama autónoma dentro del campo de la ciencia del derecho procesal. Sin embargo, señaló que en el supuesto de que se ampliaran posteriormente los estudios sobre este sector, lo que ha ocurrido de manera dinámi-

Transnationale", en la obra *Le pouvoir des juges*, trad. al francés de René David, Aix-en-Provence-Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 1990, pp. 281-357.

(9) Cfr. WYTKER, Jorge, "Panorama general de solución de controversias en el comercio internacional contemporáneo" y SERRANO MIGALLÓN, F., "El mecanismo de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", ambos estudios en la obra *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, México, UNAM, 1994, pp. 17-65 y 67-94, respectivamente.

(10) Ver el estudio mencionado en la nota 6 de este trabajo.

ca en los últimos años, podría hablarse del *derecho procesal relativo a los derechos fundamentales de la persona humana*. (11)

94. Sin embargo, en congruencia con la disciplina que se ha calificado como *derecho internacional de los derechos humanos*, (12) la denominación que nos parece más adecuada y que puede tener una mayor aportación, es la de *derecho procesal internacional de los derechos humanos*, (13), ya que los nombres de "derecho procesal supranacional" que utiliza el tratadista argentino Juan Carlos Hitters (ver *supra* párrafo 55), o el de "proceso transnacional", empleado por el también procesalista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni, (14) cuando se contraen, como lo usan estos dos autores, exclusivamente a la tutela adjetiva de los derechos fundamentales de la persona humana, resultan demasiado amplios, pues consideramos que se refiere al género del cual es sólo un sector la materia a que nos referimos.

95. Debemos hacer la aclaración de que, en nuestro concepto, la citada disciplina genérica del derecho procesal supranacional no sólo comprende el estudio de las normas instrumentales que regulan la organización y funciones de los organismos internacionales y supranacionales de carácter estrictamente jurisdiccional, sino también el análisis de los procedimientos ante los órganos parajudiciales que auxilian a los tribunales respecti-

(11) Obra citada, p. 24.

(12) Cfr. a este respecto, entre otras, las obras de BUERGENTHAL, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1988; PIZA R. R. y TREJOS, G., *Derecho internacional de los derechos humanos. La Convención Americana*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1989; HITTERS J. C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, dos volúmenes y en los que se incluye también la parte procesal; BUERGENTHAL T., GROSSMAN, C. y NIKKEN, P., *Manual (del Derecho) Internacional de Derechos Humanos*, Caracas- San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

(13) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, editada por Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 148-151.

(14) Cfr. su libro *El proceso transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1992.

vos, como son las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos, que realizan actividades de instrucción en las reclamaciones individuales que posteriormente pueden someterse a las Cortes respectivas, ante las cuales actúan en forma similar a un ministerio público, aun cuando no se trate propiamente de procesos de carácter penal, (15) por lo que resulta inseparable su análisis procesal respecto de la actividad de los tribunales internacionales a los que sirven de apoyo. Aun cuando no está vinculado con un organismo jurisdiccional, también cabe el estudio del procedimiento que se sigue ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que se trata de un órgano que también tiene naturaleza parajudicial, como lo examinaremos más adelante.

IV. *Las relaciones entre el derecho supranacional y el orden jurídico interno.*— 96. La mayor parte de los distinguidos juristas que han elaborado los informes nacionales que se incluyen en esta ponencia general considera acertadamente que para estudiar las relaciones entre los tribunales supranacionales y los organismos jurisdiccionales internos, es preciso analizar previamente la cuestión relativa a la vinculación recíproca entre el derecho supranacional y el orden jurídico externo.

97. Ya en la primera posguerra, la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919, llamada de Weimar, estableció en su artículo 4º. que: "Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho del *Reich*".

98. Esta situación progresó notablemente en la segunda posguerra, en tres direcciones: la primera, en cuanto al reconoci-

(15) Cfr. FLIX-ZAMUDIO H., "Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra editada por Domingo García Belaúnde, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, pp. 869-870.

miento de la primacía del derecho internacional general; en segundo término, por medio de la creación del llamado derecho comunitario o de la integración; y finalmente, respecto del derecho internacional de los derechos humanos.

99. A) Por lo respecta al primer sector, una buena parte de las Constituciones de los países europeos reconoce de manera expresa la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional general sobre las disposiciones del derecho interno, no sólo las de carácter convencional incorporadas al derecho nacional, sino inclusive las de carácter consuetudinario (o generalmente reconocidas), algunas de las cuales han adquirido el carácter de *ius cogens*, (16) en virtud de su aplicabilidad inmediata en el ámbito interno, como lo señalan los artículos 10 de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y 8º. de la Carta Portuguesa de 1976, reformada en 1982. (17)

100. El más significativo de estos preceptos es el citado artículo 25 de la Constitución alemana, el cual dispone: "las normas general del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".

101. La mayoría de los ordenamientos de Europa Occidental han establecido disposiciones de una decidida orientación internacionalista. Al respecto podemos recordar las reflexiones del profesor Panagiotis Kargados en su informe sobre Grecia, cuya Constitución de 1975 reconoce expresamente, en su artículo 28,

(16) Aun cuando no existe un concepto pacífico sobre las normas internacionales consuetudinarias que pueden calificarse de *ius cogens*, puede consultarse al respecto al cuidadoso estudio del tratadista mexicano GÓMEZ ROBLEDO A., *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, México, UNAM, 1982.

(17) Cfr. entre otros, los estudios fundamentales de LA PERGOLA A., *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de Luis Cascajo y Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985; *Id.*, *Poder exterior y Estado de Derecho*, trad. de José Luis Cascajo, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1987.

parágrafo 1, la preeminencia del derecho internacional consuetudinario y convencional sobre las disposiciones legales internas (ver *supra* párrafo 71). De manera diversa, como lo expresa el profesor Christopher Greenwood en su informe británico, en el Reino Unido (ver *supra* párrafos 59 y 60), sólo el derecho internacional consuetudinario se incorpora al ordenamiento interno, pero no así los tratados, y esta es la orientación de la mayor parte de los países que forman parte de la *Commonwealth*. En los Estados Unidos, no obstante su vinculación con la tradición del *common law*, estableció en su artículo VI (que ha tenido una influencia significativa en los ordenamientos constitucionales federales latinoamericanos), que los tratados internacionales aprobados por el Senado tienen el carácter de leyes federales y no pueden contradecir las disposiciones constitucionales (ver lo expuesto por el profesor Thomas Buergenthal, *supra* párrafo 39).

102. Los países de Europa Oriental que estaban bajo la influencia del derecho soviético, a partir de 1989 modificaron sus Constituciones o adoptaron nuevos textos fundamentales, de acuerdo con los principios de los ordenamientos de Europa Occidental, por lo que también establecieron disposiciones de orientación internacionalista y comunitaria, ya que varios de estos países pretenden incorporarse paulatinamente a la Unión Europea (18).

103. Inclusive los ordenamientos latinoamericanos, además de sufrir la influencia norteamericana, tradicionalmente se mostraron renuentes a admitir la superioridad del derecho internacional en el ámbito interno, debido a la dolorosa experiencia de las intervenciones de las grandes potencias y de laudos internacionales desfavorables. Sin embargo, en época más reciente se ha manifestado un cambio de actitud frente al propio derecho internacional, pues de manera paulatina se advierte la tendencia a reconocer una cierta preeminencia, así sea cautelosa en sus

(18) Cfr. BARTOLE S., y otros, "Trasformazioni costituzionali nell'Est europeo", en *Quaderni costituzionali*, Padova, Il Mulino, diciembre de 1991, pp. 383-597.

inicios, de las normas de carácter supranacional. En esta dirección podemos señalar los artículos 3º. de la Constitución de Ecuador (1978) y 4º. de la Carta Fundamental de Panamá (1972-1983), los que disponen que dichos países reconocen y acatan las normas y principios del derecho internacional, así como los artículos 18 de la Constitución de Honduras (1982) y 144 de la Carta de El Salvador (1983), los que establecen que en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la Ley Fundamental). A su vez, el párrafo primero del artículo 7º. de la Constitución de Costa Rica de 1979 expresa que: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

104. Con un criterio similar, los artículos 137 y 141 de la Constitución paraguaya de 1992 preceptúan que los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados poseen una jerarquía superior a las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones inferiores, ya que sólo se encuentran subordinadas a la Constitución como Ley Suprema de la República. Por otro lado, la parte relativa del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución argentina, reformada el 22 de agosto de 1994, dispone en su texto vigente que: "los tratados y concordatos concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales tienen jerarquía superior a las leyes".

105. B) Otro sector importante en el cual se advierte una evolución muy dinámica en relación tanto con los instrumentos supranacionales como con los ordenamientos internos, inclusive de carácter constitucional, es el relativo al *derecho comunitario o de integración*, que surgió primeramente en los países de Europa Occidental en la segunda posguerra y que se ha desarrollado de manera considerable en los últimos años, con repercusiones, así sean modestas, en el derecho latinoamericano.

106. Por lo que respecta al derecho comunitario europeo, una gran parte de los ordenamientos internos respectivos reconoce de manera expresa o implícita la superioridad del primero sobre los derechos nacionales en cuanto a las materias de la integración, situación que se vigoriza con la entrada en vigor del Tratado suscrito en la ciudad holandesa de Maastricht (o Maastrique) el 7 de febrero de 1992, que transforma las Comunidades en una verdadera Unión Europea, como culminación de los diversos tratados de París, Roma y Bruselas que dieron origen a las citadas Comunidades Europeas (19).

107. Aun cuando dicho instrumento corresponde al campo del derecho transnacional, ha producido efectos muy significativos en los ordenamientos constitucionales de los países que lo han suscrito, en virtud de los acalorados debates sobre la necesidad o conveniencia de introducir modificaciones en los textos fundamentales vigentes antes de la ratificación del mencionado tratado. En algunos países fue incluso necesario realizar consultas populares por medio de referéndum, que en unos casos fueron afirmativas por estrecho margen, mientras que en otros fueron desfavorables, como ocurrió en Dinamarca, donde se llevó a cabo una segunda consulta, esta vez positiva, y en Noruega, que no logró la aprobación, no obstante los esfuerzos de su gobierno (20).

108. Lo cierto es que los debates se centraron en la cuestión de si la transformación de las Comunidades Europeas en Unión Europea, que también tiene facultadaes muy amplias en materia política y social y no sólo en los aspectos económicos (los cuales se extienden a la creación de una moneda común y un Banco

(19) Cfr. CARTOU L., *L'Union européenne. Traités de Paris, Rome, Maastricht*, París, Dalloz, 1994, pp. 51-65; PRYCE, Roy, "The Maastricht Treaty and the New Europe", en la obra *Maastricht and Beyond. Building the European Union*, editada por Andrew Duff, John Pinder y Roy Pryce para el Federal Trust, London, Routledge, 1994, pp. 3-16.

(20) Cfr. DUFF A., "Ratification" (del Tratado de Maastricht), en la obra *Maastricht and Beyond*, citada en la nota anterior, pp. 53-68.

Central Europeo), implica verdaderas transferencias de soberanía a una organización cuasi federal, o si sólo establece limitaciones a la propia soberanía de los Estados miembros (21).

109. Debido a las citadas repercusiones constitucionales se plantearon instancias ante los órganos de justicia constitucional de algunos de los Estados miembros de la citada Unión Europea sobre la compatibilidad de las disposiciones del citado Tratado con los preceptos constitucionales de carácter nacional (22). Como los ordenamientos de Francia y España establecen la posibilidad, que es más amplia en el primer país, de acudir previamente a dichos órganos para que decidan sobre la conformidad de las cláusulas de un tratado internacional con las disposiciones fundamentales nacionales, el resultado de estas instancias fue la realización de reformas constitucionales antes de que se produjera la ratificación respectiva.

110. En Francia se presentaron tres instancias ante el Consejo Constitucional, una por el Presidente de la República y dos por grupos parlamentarios. El mencionado Consejo Constitucional pronunció dos decisiones, en las cuales consideró que algunas cláusulas del Tratado de Maastricht eran contrarias a la Carta Francesa, y por este motivo el 25 de junio de 1992 se aprobaron varias reformas constitucionales, la más importante de las cuales creó un nuevo Título, el XIV, denominado "De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea". Esto permitió efectuar la ratificación respectiva, pero además se

(21) El 19 de septiembre de 1991 se efectuó una importante mesa redonda internacional en Aix-en-Provence, sobre el tema "La justicia constitucional y los acuerdos de Maastricht", en la cual se pusieron de relieve las repercusiones constitucionales de los mismos en los ordenamientos constitucionales de Alemania, España, Francia, Italia y Portugal. Al respecto, cfr. la *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Núm. 12, 1992; PRYCE R., "The Treaty Negotiations", en el libro colectivo *Maastricht and Beyond*, citado en las dos notas anteriores, pp. 36-52.

(22) Cfr. GREWE, Constance y WEBER A., "Le Traité sur l'Union devant les juridictions constitutionnelles", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1993, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 11-30.

sometió a referéndum el 20 de septiembre de ese año la ley aprobatoria del mismo Tratado (23).

111. Por lo que respecta a España, la consulta del Tribunal Constitucional fue mucho más restringida, pues se refirió de manera exclusiva a la compatibilidad del artículo GB 10 del Tratado de la Unión Europea con el artículo 13.2 de la Constitución española en relación con el sufragio activo en las elecciones municipales. El último precepto tuvo que ser reformado, de acuerdo con la declaración del citado Tribunal Constitucional de fecha 1º de julio de 1992, con el objeto de poder ratificar el Tratado. Sin embargo, la doctrina considera que éste es un aspecto muy secundario y que son numerosas las disposiciones del Tratado de la Unión Europea que afectan el texto actual de la Constitución española, por lo que, o bien se reforma éste o se impone la denuncia del citado instrumento supranacional (24).

112. En la República Federal de Alemania la situación se produjo a la inversa, ya que primeramente se hizo una revisión constitucional el 21 de diciembre de 1992, a fin de permitir la ratificación del Tratado de Maastricht. En efecto, con motivo de dicha revisión se modificó el artículo 23 de la Ley Fundamental para autorizar expresamente a la República Federal a concurrir al desarrollo de la Unión Europea y a transferir a dicha institución supranacional derechos de soberanía (25). Fue con posterioridad que se interpusieron dos instancias ante el Tribunal Federal

(23) Cfr. FAVOREU L., "Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du Droit Constitutionnel International", en *Revue Générale de Droit International Public*, Núm. 1, enero-marzo de 1993, pp. 39-66; RIDEAU J., "Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française", en *Revue française de droit constitutionnel*, Núm. 2, 1990, pp. 259-296.

(24) Cfr. RUÍZ MIGUEL C., "Repercusión constitucional del Tratado de la Unión Europea", en *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 115-116, agosto-septiembre de 1991, pp. 17-25; RUBIO LLORENTE F., "La Constitución española y el Tratado de Maastricht", en *Revue française de droit constitutionnel*, Núm. 12, 1992, pp. 253-265.

(25) Cfr. AUTEXIER C., "Le Traité de Maastricht et l'ordre constitutionnel allemand", en *Revue française de droit constitutionnel*, Núm. 12, 1992, pp. 625-641.

Constitucional contra la citada ley de revisión constitucional de 31 de diciembre de 1992 y la ley de 30 del mismo mes, que aprobó el Tratado de la Unión Europea. El Tribunal Federal Constitucional, en su sentencia de 12 de octubre de 1993, desechó uno de los recursos y desestimó el otro, por considerar que el citado Tratado no infringía la Ley Fundamental reformada en 1992 (26).

113. Como lo señala certeramente el tratadista francés Louis Favoreu, es factible que se presenten instancias ante los órganos de justicia constitucional de varios países miembros de la Unión Europea que admiten la impugnación de los tratados internacionales con posterioridad a su entrada en vigor, debido a las numerosas repercusiones constitucionales que plantea el Tratado de la Unión Europea, de tal manera que se perfeccionen, ya sea jurisprudencialmente o por medio de reformas constitucionales, las normas nacionales de que el mismo autor califica como *derecho constitucional internacional* (27).

114. El profesor Kargados señala en su informe sobre Grecia, que la Constitución de 1975, dentro de su espíritu internacionalista, otorga en los párrafos 2 y 3 de su artículo 28, amplias facultades al órgano legislativo, de acuerdo con ciertas condiciones expresas, para delegar algunas "competencias" nacionales a órganos de entidades internacionales y a restringir la soberanía nacional en algunos aspectos. (ver *supra* párrafo 71).

115. Por lo que se refiere a los ordenamientos latinoamericanos, se observa en los últimos años una tendencia vigorosa hacia la integración, si bien de manera limitada, pues con excepción de la Comunidad Andina, la mayoría de los esfuerzos se han canalizado por medio de diversos tratados de libre comercio. La citada Comunidad se estableció debido al fracaso de una

(26) Cf. AUTEXIER C. y GENIUS-DEVIME B., "La Cour constitutionnelle fédérale, l'ordre constitutionnel allemand et le traité de Maastricht (à propos de la décision du 12 octobre 1993)", en *Revue française de droit constitutionnel*, Núm. 18, 1994, pp. 421-432.

(27) "Le contrôle de constitutionnalité", cit. *supra* nota 23, pp. 61-66.

integración global latinoamericana, representada por el Tratado General de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), suscrito en Montevideo de 1960, y que subsiste muy precariamente ahora como Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Dicho proyecto no ha podido prosperar debido a la situación permanente de inestabilidad política y económica de nuestros países (28).

116. Algunas Constituciones latinoamericanas, en especial las más recientes, han modificado el criterio tradicional sobre el concepto de soberanía y han establecido limitaciones a la misma, en diversos sectores, particularmente en el campo de los derechos humanos, como lo examinaremos más adelante, pero también en materia económica. Podemos citar en vía de ejemplo al artículo 227 de la Constitución colombiana de 1991, el que dispone: "El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y el Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano".

117. El artículo 3º. de la Carta ecuatoriana de 1978 establece en su parte conducente: "...Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos y, dentro de ello, la integración iberoamericana, como un sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad nacidos de la identidad. El Ecuador podrá formar, con uno o más Estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios". También en su parte relativa, el artículo 9º. de la Constitución paraguaya de 1992, preceptúa: "...La Re-

(28) Cfr. FIX-ZAMUDIO H. y CUADRA H., "Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica", en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1974, pp. 93-158.

pública podrá incorporarse a sistemas multilaterales internacionales de desarrollo, cooperación y seguridad". A su vez, los artículos 100 y 106 de la Carta peruana anterior de 1979 (la actual de 1993 no contiene disposiciones expresas en esta materia, pero tampoco la contradice), establecían: "El Perú promueve la integración económica, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones", y "Los tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre los mismos países".

V. *La situación particular del derecho internacional de los derechos humanos.*— 118. En el campo de los derechos humanos se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho supranacional. En los ordenamientos de Europa Occidental, además de los preceptos generales sobre la preeminencia de las normas y principios del derecho internacional a los que hemos hecho referencia, algunos textos constitucionales establecen de manera expresa la superioridad de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito interno. En esta dirección, los artículos 16 de la Constitución Portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978 establecen, de manera similar, que la interpretación de las normas constitucionales internas relativas a los derechos humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos (29).

119. Como ocurre con los países que han estado sometidos por largo tiempo a gobiernos autoritarios y han padecido con-

(29) Cfr. GOMES CANOTILHO J. S., y MOREIRA V., *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra, Coimbra Editorial, 1980, pp. 73-74; GARRIDO FALLA F., "Artículo 10", en *Comentarios a la Constitución*, editada por el mismo autor, Madrid, Civitas, 1980, pp. 139-144.

stantes y permanentes violaciones sobre derechos humanos, los ordenamientos de Europa Oriental, al superar el período de dominación soviética a partir de 1989, en sus textos reformados o en las nuevas Constituciones que han establecido con posterioridad, han otorgado la mayor importancia a las declaraciones de derechos fundamentales, (30) y en su mayor parte han ratificado las Convenciones sobre Derechos Humanos, entre ellas las de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, así como el Tratado de Roma de 1950 sobre la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, e inclusive algunos de ellos se han sometido a la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, como lo examinaremos con posterioridad.

120. Como un ejemplo significativo podemos citar las disposiciones de la Constitución de la Federación Rusa, publicada el 5 de noviembre de 1993, (31) que reconocen de manera expresa la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, en el artículo 17(1) de la citada Carta Fundamental, se preceptúa: "En la Federación Rusa se reconocen y garantizan los derechos y libertades del hombre y del ciudadano de conformidad con los principios universalmente reconocidos, las normas de derecho internacional y la presente Constitución". A lo anterior debe agregarse el reconocimiento, también expreso, de la jurisdicción internacional en este materia, por el artículo 46 (3), el cual establece que toda persona tiene, de

(30)Cfr. BARTOLE S. y otros, "Trasformazioni costituzionali nell'Est europeo", cit. *supra* nota 18, pp. 387-597.

(31) Se han publicado dos traducciones al castellano del texto de la Constitución rusa de 1993. Una fue realizada por el tratadista mexicano BECERRA RAMÍREZ M., *La Constitución Rusa de 1993*, México, UNAM, 1995. pp. 27-77 La segunda versión se publicó en el *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, en trad. de la Embajada Argentina ante la Federación Rusa, Núms. 105-107, Buenos Aires, enero a marzo de 1995. Existe también una traducción al francés de LESAGE M. y GÉLARD P., en *Revue française de droit constitutionnel*, Núm. 17, 1994, pp. 195-223.

conformidad con los tratados internacionales a los que pertenezca la Federación Rusa, la facultad de dirigirse a los organismos internacionales para la defensa de los derechos y libertades del hombre, siempre que se hayan agotado todos los recursos legales a que tenga derecho en el ordenamiento nacional.

121. La región en la cual se observa una evolución muy dinámica hacia el reconocimiento de la superioridad, en el ámbito interno, del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el de carácter convencional, es América Latina, debido a que fueron numerosos los países que padecieron por varios años gobiernos autoritarios de carácter militar (32). En esa dirección el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985 consagra el principio de que los tratados y convenciones sobre derechos humanos aceptados y ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el derecho interno.

122. También destaca la parte relativa del artículo 5º. de la Constitución chilena de 1980, tal como fue reformada por plebiscito de 30 de julio de 1989: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes" (33).

123. Como lo destaca el conocido tratadista brasileño Antônio Cançado Trindade, (ver *supra* párrafos 31 y 32) una situación similar a la anterior se advierte claramente en el artículo 5º. de la Carta Federal de su país de 1988, precepto que enumera un amplio catálogo de derechos fundamentales así como sus garantías procesales, y que en sus incisos finales, 1º. y 2º., dispone:

(32) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en su libro *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 445-455.

(33) Cfr. BLANC RENARD N. y otros, *La Constitución Chilena*, Valparaíso, Universidad Católica, Tomo I, pp. 36-40.

“Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”, y “Los derechos y garantías consagradas en esta Constitución *no excluyen otros* derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o *de los tratados internacionales en que sea parte la República Federativa del Brasil*”.

124. A este respecto también debe hacerse referencia a la reforma a la Carta de Costa Rica de 1949, por Decreto promulgado el 18 de agosto de 1989, que modificó los artículos 10 y 18 constitucionales. El primero de los citados preceptos creó una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia y el segundo establece que: “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos establecidos en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República. Ambos recursos serán de la competencia de la Sala indicada en el artículo 10”. En su nutrida jurisprudencia, dicha Sala Constitucional ha realizado, en forma muy extensa, la aplicación directa de los citados tratados internacionales de derechos humanos, no obstante los escasos años que tiene de funcionamiento, el cual ha sido muy intenso por el gran número de asuntos de carácter constitucional que ha debido resolver (34).

125. La evolución que hemos descrito en los párrafos anteriores ha culminado con el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos establecidos en los instrumentos reconocidos por los Estados latinoamericanos. Si bien no de una manera expresa, se encamina hacia esta dirección el artículo 93 de la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991, el cual dispone que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden

(34) Cfr. HERNÁNDEZ VALLE R., *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1990, pp.144-145.

interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia". En su segunda parte ese precepto sigue el modelo de los artículos 16 de la Constitución portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978 (ver *supra* párrafo 118).

126. El artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 reconocía, de manera expresa y sin restricciones, la naturaleza fundamental de los tratados relativos a los derechos humanos, ya que dicho precepto disponía que: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

127. La nueva Carta Fundamental de Perú, aprobada por referéndum de 31 de octubre de 1993 y promulgada el 29 de diciembre siguiente, suprimió dicho precepto y en su lugar introdujo la disposición final Cuarta, la cual establece que las normas relativas a "los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú". Esta norma incorporó el modelo de las Cartas de Portugal y España, introducido ya en el mencionado artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991 (ver *supra* párrafo 125).

128. Además, los artículos 56.1 y 57, párrafo segundo, de la misma Carta peruana de 1993, disponen que: "Los tratados relativos a los derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República", y que: "Cuando afecten disposiciones constitucionales, deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución". Un sector de la doctrina considera como un retroceso la supresión del citado artículo 105 de

la Constitución de 1979 y su sustitución por los tres preceptos mencionados (35).

129. Ya habíamos señalado anteriormente que los artículos 137 y 141 de la Constitución de Paraguay de 1992 preceptúan que los tratados internacionales poseen una jerarquía superior a las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones inferiores, pero se encuentran subordinados a la Constitución, considerada como Ley Suprema de la República (ver *supra* párrafo 95). Esta parece ser la regla para los instrumentos internacionales de carácter general. Sin embargo, dicha Carta se aparta de este principio en su artículo 142, cuando determina de manera precisa: "Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución".

130. A nuestro modo de ver, el precepto anterior establece implícitamente que dichos tratados sobre derechos humanos poseen un rango similar al de las normas fundamentales, lo que se aproxima, aun cuando no de manera tan clara, a lo que disponía el artículo 105 de la Constitución peruana anterior de 1979, el cual, como se destacó con anterioridad, reconocía el carácter constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. (ver *supra* párrafo 126).

131. Principios semejantes respecto a los instrumentos supranacionales fueron consagrados en la parte relativa del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución argentina de 1853-1860, reformada el 22 de agosto de 1994. En efecto, la primera parte de dicho precepto (que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional), dispone la naturaleza superior de los tratados internacionales de carácter general y de los concordatos, pero otorga jerarquía constitucional a algunos instrumentos sobre derechos humanos, ya que dicho precepto señala de manera expresa: "... en las condiciones de su

(35) Cfr. COMISION ANDINA DE JURISTAS, *Del golpe de estado a la nueva Constitución*, Lima, 1993, pp. 220-221.

vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la primera parte de la Constitución (que se refiere a los derechos fundamentales) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocida. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de las Cámaras”.

132. Los instrumentos internacionales enumerados en el citado precepto de la Constitución argentina reformada, son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

133. Por lo que respecta a “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”, de acuerdo con lo que preceptúa la parte final del artículo 75, inciso 22 de la referida Ley Fundamental reformada en agosto de 1994 (36).

134. No obstante el avance que significa la superación de los principios tradicionales del texto original de la Constitución argentina de 1853-1850, en las citadas reformas de 1994 existen algunas limitaciones respecto del reconocimiento directo de la superioridad de los instrumentos internacionales de derechos humanos que adquieran la jerarquía constitucional que establecía

(36) Cfr. SAGÜÉS, N. P., *La Constitución de la Nación Argentina, Texto según la reforma de 1994*, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 71-72; NATALE A., *Comentario sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 99-107.

el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 a que nos hemos referido con anterioridad. (ver *supra* párrafo 126). En efecto, no obstante la primacía fundamental para ciertos instrumentos, establecida de manera expresa en el precepto mencionada de la Carta argentina reformada, los mismos no derogan artículo alguno de la primera parte de la citada Constitución, ya que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la misma Ley Fundamental. Lo anterior significa que en el supuesto de contradicción entre las normas supranacionales y los de la Constitución, prevalecerían estas últimas (lo que sería similar a lo que ocurre en el ordenamiento griego de acuerdo con el informe del profesor Kargados, ver *supra* párrafo 75), por lo que según la doctrina, se plantean ciertos interrogantes que no son de fácil resolución, si se toma en cuenta, además, que la Carta argentina reconoce derechos y garantías implícitas en su artículo 33, que no fue modificado. Existe, por tanto, un amplio campo para la interpretación constitucional (37).

135. Aun cuando no existe texto expreso en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas sobre el reconocimiento de las instancias internacionales de tutela de los derechos humanos, un número creciente de países de nuestra Región no sólo ha suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, sino que se han sometido de manera expresa a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Varios de esos países lo hicieron en cuanto superaron los gobiernos militares y recuperaron su normalidad constitucional. En la actualidad son diecisiete los países que han reconocido la competencia contenciosa del citado tribunal (ver *infra* párrafo 176).

136. El único ordenamiento fundamental latinoamericano que ha consagrado de manera expresa el reconocimiento de la

(37) Cfr. NATALE A., *op. cit.* nota anterior, pp. 104-106.

jurisdicción supranacional es la Constitución peruana, tanto en su texto anterior de 1979 como en el actualmente en vigor de 1993. El artículo 305 de la Ley Fundamental de Perú de 1979 disponía: "Agotada la jurisdicción interna (es decir, la del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales) quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que forma parte el Perú". Este precepto fue reiterado por el artículo 205 de la Carta de 1993, con la diferencia de que la etapa final interna corresponde ahora al Tribunal Constitucional.

137. El artículo 105 anterior estaba reglamentado por los artículos 39 a 41 de la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo de 7 de diciembre de 1982, en los cuales se establecía, en cuanto a estos instrumentos de protección, que los organismos internacionales a los cuales podía acudir el afectado en sus derechos fundamentales, una vez agotadas las instancias internas, eran el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (regulado por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y aquellos que se constituyeran en el futuro y que fueran aprobados por tratados que obligaran al Perú, por lo que comprendía también a la Comisión y a la Corte Interamericanas, en virtud de su ratificación de la Convención Americana y del sometimiento expreso que se hizo a este último organismo en el año de 1981. Además, dicho ordenamiento disponía que la resolución del organismo jurisdiccional supranacional respectivo, no requería, para su validez y eficacia, de reconocimiento, de revisión ni de examen alguno (38).

VI. *Tribunales internacionales y transnacionales.*— 138. Haremos el intento de realizar un breve examen de los diversos tri-

(38) Cfr. BOREA ODRÍA A., *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos JVC Editores, 1992, pp. 429-434; ZUBÍA REINA F., *Acción de amparo*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, pp. 108-110.

bunales supranacionales establecidos a partir de la segunda posguerra, y de señalar de manera sintética su organización y funcionamiento, para con posterioridad tener una base para establecer algunos lineamientos sobre las relaciones entre los primeros y los tribunales de carácter nacional.

139. Si se toman en cuenta las aportaciones doctrinales, podemos intentar una clasificación que sólo tiene validez para efectos de análisis, entre *tribunales internacionales* y *tribunales transnacionales*. Los primeros serían aquéllos cuyas decisiones tienen carácter obligatorio pero no ejecutivo, mientras que los tribunales transnacionales poseen la posibilidad, así sea teórica, del cumplimiento coactivo de sus fallos en el ámbito interno. Por supuesto que esta distinción no es absoluta y varía de acuerdo con las disposiciones de los ordenamientos nacionales, ya que son los Estados, en última instancia, los que deciden sobre el grado y la extensión que confieren a la supremacía de las normas supranacionales. Por ello es que la materia resulta ser sumamente compleja y no es posible establecer reglas absolutamente generales.

140. Es en la segunda posguerra cuando se inicia el desarrollo de las jurisdicciones supranacionales, ya que si bien al finalizar la Primera Guerra Mundial se creó, como importante antecedente, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones, adoptado en Versalles el 29 de junio de 1919 y que entró en vigor el 10 de enero del año siguiente, el desarrollo firme de las citadas jurisdicciones se observa a partir de la firma y ratificación de la Carta de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita en la ciudad de San Francisco el 24 de octubre de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

141. Podemos señalar, por tanto, que pueden considerarse como tribunales internacionales la Corte Internacional de Justicia, y las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos, y como organismos jurisdiccionales de carácter transnacional los Tribunales de la Unión Europea y del Acuerdo de Cartagena.

Muy recientemente se creó un Tribunal Penal Internacional para el conocimiento de los crímenes de guerra cometidos en perjuicio de los habitantes de la antigua Yugoslavia y se han acelerado los trabajos de elaboración, por la Comisión de Derecho Internacional, del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, con el propósito de establecer un Tribunal Penal Internacional de carácter general.

142. A) El más importante de estos organismos jurisdiccionales es sin duda la *Corte Internacional de Justicia*, tanto por el gran número de países que se han sometido a su competencia, como por la naturaleza de los conflictos que debe resolver, que tienen alcance mundial. Dicha Corte, como se ha dicho y con el antecedente de la anterior Corte Permanente de Justicia Internacional, se estableció en el Capítulo XIV de la Carta de las Naciones Unidas (artículos 92 a 96), suscrita en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de 1945. El Estatuto de la citada Corte de Justicia Internacional fue aprobado por la misma Asamblea de San Francisco, el mismo día en que se firmó la Carta, y ambos instrumentos entraron simultáneamente en vigor el 24 de octubre de 1945. La normativa fue complementada por el Reglamento de la Corte expedido por la misma, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 del mencionado Estatuto el 6 de mayo de 1946, reformado el 10 de mayo de 1972. La propia Corte elaboró un segundo Reglamento, que es el vigente, el 14 de abril de 1978 (39).

143. Como la referida Corte de Justicia Internacional ha funcionado por cincuenta años y por lo mismo es muy conocida

(39) Las disposiciones respectivas en sus versiones francesa e inglesa son reproducidos en la obra de ROSENNE S., *Documents on International Court of Justice. Documents relatifs à la Cour Internationale de Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 60-275.

en su estructura y funcionamiento, nos limitaremos a recordar algunos de sus aspectos más genéricos (40).

144. La Corte Internacional de Justicia está considerada, tanto por la parte relativa de la Carta de las Naciones Unidas como por el Estatuto de dicho tribunal, "como órgano judicial principal de las Naciones Unidas". La propia Corte se integra por quince miembros, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado, designados por un período de nueve años y que podrán ser reelectos. Los integrantes de la Corte, que el artículo 2 del Estatuto considera como "un cuerpo de magistrados independientes", son electos por medio de un procedimiento muy complicado, por votación mayoritaria e independiente de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la Organización, "entre las personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional", procurando además que "en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo" (artículos 2 a 15 del Estatuto y 1 a 6 del Reglamento).

145. La Corte designa cada tres años a su Presidente y al Vicepresidente, que podrán ser reelectos así como también al Secretario (*Greffier, Registrar*). La sede de la Corte es la ciudad de La Haya, pero podrá reunirse y funcionar en otro lugar cuando lo considere conveniente, aun cuando el Presidente y el Secretario deberán residir en la sede de la Corte. El citado tribunal funciona permanentemente, excepto durante las vacaciones, cuyas fechas y duración fija la Corte. Actúa normalmente en pleno con un *quórum* de nueve magistrados, pero cada vez que lo considere

(40) Aun cuando la bibliografía es muy amplia, nos apoyamos esencialmente en los fundamentales estudios de ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court*, dos volúmenes, Leyden, A.W. Sijhoff, 1965; así como la edición bilingüe editada por dicho autor *Documents on the International Court of Justice*, cit. nota anterior.

necesario, podrá constituir una o más salas compuestas de tres magistrados, según lo disponga la propia Corte, para conocer de determinadas categorías de negocios, como los litigios de trabajo y los relativos al tránsito y a las comunicaciones. La Corte podrá establecer también, en cualquier tiempo, una sala para conocer de un asunto determinado. De conformidad con las partes, fijará el número de magistrados de dicha sala, la que podrá resolver el asunto en cuanto al fondo si las partes estuvieren de acuerdo. Toda sentencia dictada por las salas se considerará pronunciada por la Corte. Anualmente se elige la sala que resuelve los asuntos, a petición de las partes interesadas, por medio de un procedimiento sumario. Dicha sala estará integrada por cinco magistrados entre ellos el Presidente y el Vicepresidente *ex officio*, así como por otros tres titulares y dos suplentes, electos los cinco últimos por votación secreta de los integrantes de la Corte (artículos 25 a 29 del Estatuto, 15-18 del Reglamento).

146. También forman parte de la Corte, los llamados *jueces ad hoc* que pueden designar los Estados Partes en una controversia cuando en el Pleno o las Salas respectivas no figure un juez de la nacionalidad del o de los Estados interesados, y si varios tienen intereses comunes deben designar de común acuerdo un solo *juez ad hoc*, con todos los derechos, prerrogativas y obligaciones que corresponden a los restantes miembros de la Corte para el asunto o asuntos determinados de que se trata. Además, también pueden integrarse a la Corte, con voz pero sin voto, los llamados *asesores*, es decir, expertos designados por el tribunal de oficio o a petición de las partes, antes de que se cierre el procedimiento escrito de un asunto contencioso o de una opinión consultiva (artículos 31 del Estatuto y 7 a 9 del Reglamento).

147. De acuerdo con el artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los miembros de la organización son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En los términos de los artículos 34 y 35 del citado Estatuto, sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la propia Corte, la que estará abierta a los Estados partes en el propio Estatuto, de

acuerdo con las condiciones fijadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con sujeción a disposiciones especiales de los tratados vigentes. Tales condiciones no podrán de manera alguna colocar a las partes en situación de desigualdad ante la Corte, pero si un Estado no es miembro de las Naciones Unidas, pero es parte en un negocio ante la Corte, ésta fijará la cantidad con que dicha parte debe contribuir a los gastos del tribunal, a no ser que ya hubiese hecho aportaciones a dichas erogaciones con anterioridad.

148. El artículo 36 del Estatuto determina que la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometán y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes. Los Estados partes en dicho Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; y la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. Dicha declaración podrá hacerse incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por parte de varios o determinados Estados o por determinado tiempo (41).

149. Una disposición importante es la contenida en el artículo 33, de acuerdo con el cual, la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacio-

(41) El texto de las declaraciones que reconocen la competencia jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia, pueden consultarse en las versiones en francés y en inglés en la obra de ROSENNE S., *Documents on the International Court of Justice*, citada en las dos notas anteriores, pp. 602-786. La traducción castellana del Reglamento puede consultarse en las pp. 343-377.

nales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58 del mismo, que establece que el fallo de la Corte sólo es obligatorio para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Dicho precepto no restringe la facultad de la Corte para resolver un litigio *ex equo et bono* si las partes así lo conviniere.

150. El procedimiento contencioso ante la Corte tiene dos etapas, una escrita, que comprende la presentación ante la misma de las memorias, contramemorias, y si fuere necesario, de réplicas, así como de toda pieza o documento en apoyo de las mismas, en tanto que el procedimiento oral consistirá en la audiencia que la Corte otorgue a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados. El fallo es definitivo e inapelable, pero en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes. Por otro lado, únicamente podrá pedirse la revisión de la sentencia cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser un factor decisivo y que al pronunciarse el fallo fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que el desconocimiento no se deba a negligencia (artículos 56 a 61 del Estatuto 44 a 72 y 94 a 100 del Reglamento).

151. La Corte está facultada para dictar de oficio o a petición de parte medidas precautorias, calificadas como medidas provisionales de resguardo (*mesures conservatoires* o *provisional measures*). La solicitud de tales medidas tendrá prioridad respecto a los demás asuntos. Si la Corte no estuviese reunida cuando se presente la solicitud de medidas precautorias, será convocada sin

tardanza para que, con carácter de urgencia, tome una decisión al respecto. Mientras la Corte se reúne, el Presidente podrá invitar a las partes a actuar de manera tal que cualquier providencia de la Corte sobre la petición de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados. Por otra parte, el tribunal podrá establecer medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas, o medidas que deban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que hubiese formulado la petición. El rechazo de una solicitud de medidas provisionales no será obstáculo para que la parte que las haya solicitado pueda presentar una nueva petición en el mismo asunto, basada en hechos nuevos. Además, la Corte podrá revocar o modificar en todo tiempo sus decisiones sobre medidas cautelares antes del fallo definitivo si hubiese un cambio de situación jurídica que lo justifique (artículos 73 a 78 del Reglamento).

152. Aparte de su competencia contenciosa, la Corte Internacional de Justicia posee la facultad de dictar *opiniones consultivas* respecto de cualquier cuestión jurídica a solicitud de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, así como de otros órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General. Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas. Cuando el organismo petitionario estime que la respuesta es urgente o la Corte considere que se requiere de una pronta respuesta, el tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para acelerar el procedimiento, y deberá ser convocada lo antes posible a fin de celebrar audiencia y deliberar sobre la solicitud. En todo caso se establecerá un procedimiento escrito y uno de carácter oral en el cual puedan presentarse las exposiciones y observaciones pertinentes. Tanto en el supuesto de los fallos en el procedimiento jurisdiccional como en la resolución de las opiniones consultivas,

los jueces que no estén de acuerdo con la mayoría podrán emitir opiniones disidentes. (artículos 102-109 del Reglamento) (42).

153. Tanto el Estatuto como el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia han tenido una gran influencia, al menos en sus primeros tiempos, en la regulación de los tribunales regionales sobre derechos humanos, es decir, las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos, aun cuando de manera paulatina, como lo señalaremos más adelante, éstas se han apartado de algunos aspectos del modelo, en virtud de la práctica de dichos organismos jurisdiccionales, así como de la diversidad de las materias que tienen encomendadas.

154. B) La *Corte Europea de Derechos Humanos* fue creada en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, promovida por el Consejo de Europa, y suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. De esta Convención existen nueve protocolos adicionales, el último de los cuales entró en vigor en mayo de 1994. En cambio ya fue suscrito, pero no ha entrado en vigor, el Protocolo número 11, del que se hablará más adelante. El artículo 19 de la citada Convención de Roma estableció dos organismos para realizar la tutela supranacional de los derechos humanos consagrados en ella. Estos son la Comisión y la Corte Europea de los Derechos Humanos, estrechamente vinculadas entre sí, pero a la primera nos referiremos más adelante cuando abordemos los organismos no jurisdiccionales.

(42) Las estadísticas sobre los asuntos contenciosos y las opiniones consultivas resueltos por la Corte Internacional de Justicia hasta 1990 (52 decisiones en cuanto al fondo y 21 opiniones consultivas), pueden consultarse en el mencionado libro de ROSENNE S., *Documents on the International Court of Justice*, citado en las notas anteriores, pp. 901-902. En cuanto a los litigios actualmente pendientes ante la Corte y planteados entre octubre de 1990 y julio de 1993, pueden consultarse en la obra editada por CARTER B. E. y TRIMBLE P. R., *International Law. Selected Document and New Developments*, Boston, Little, Brown and Company, 1994, pp. 817-821.

155. La Corte Europea de Derechos Humanos inició sus actividades el 25 de enero de 1959 y reside, como también la Comisión Europea, en la ciudad de Estrasburgo. Se integra de un juez nacional de cada uno de los Estados firmantes de la citada Convención que se hubiese sometido a la competencia del mencionado tribunal. Son electos por la Asamblea Consultiva (ahora Parlamento Europeo) por un período de nueve años y son reelegibles. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad (artículos 38 a 40 de la Convención de Roma) (43).

156. La Corte Europea de Derechos Humanos posee facultades predominantemente contenciosas, ya que las de carácter consultivo le fueron otorgadas posteriormente en el Protocolo Adicional número 2, de acuerdo con el cual únicamente el Comité de Ministros del Consejo de Europa puede formular consultas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de la Convención y sus protocolos, pero las preguntas no pueden referirse a las cuestiones sobre el contenido o la extensión de los derechos y libertades consagradas en el título I de la propia Convención. Estas atribuciones contrastan con las muy amplias

(43) La bibliografía sobre la materia es muy abundante, pero nos apoyamos esencialmente en los siguientes estudios: VAN DIJK P. y VAN HOOF G., *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1976; JACOBS, Francis G., *The European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; VASAK K., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964; ROBERTSON A. H., *Human Rights in Europe*, 2ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1977; CASTBERG, Frede, *The European Convention on Human Rights*, New York, Oceana, 1974; GARCÍA DE ENTERRÍA E. y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1979; EISSEN M. A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L. Velázquez, Madrid, Civitas, 1985; COHEN-JONATHAN G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence-Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 1989; HITTERS J. C., *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit. nota 3

conferidas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (44).

157. Como es sabido, únicamente los Estados partes en la Convención que se hubiesen sometido a la competencia contenciosa de la Corte Europea pueden acudir directamente ante ella, ya que los particulares deben recurrir previamente la Comisión Europea de Derechos Humanos y esta última es la que estaba facultada para plantear reclamaciones individuales ante la Corte, en la inteligencia de que sólo pueden ser demandados los Estados que también se hubiesen sometido expresamente a la jurisdicción obligatoria del tribunal (artículo 48 de la Convención de Roma).

158. Este sistema se ha modificado al entrar en vigor en mayo de 1994 el Protocolo número 9 que establece también el acceso directo ante la Corte de los particulares, pero con un sistema muy riguroso de admisión, todo ello como un paso previo a la reestructuración de la Corte Europea de acuerdo con el Protocolo número 11, suscrito el 11 de mayo de 1994 y pendiente de ratificación (ver *infra* párrafos 165 y 166).

159. La Corte Europea funciona generalmente en salas de siete jueces, y sólo se acude al Pleno (con un *quórum* de doce jueces) si el caso pendiente ante la Sala suscita una o varias cuestiones graves que afecten la interpretación de la Convención. Dicha remisión es obligatoria si la solución de estas cuestiones puede conducir a una contradicción con una sentencia pronunciada anteriormente por una sala o por el tribunal en pleno. Un vez sometido el caso ante este último, podrá continuar el conocimiento sobre el conjunto del litigio o bien después de resolver sobre las cuestiones respectivas, podrá ordenar el reenvío a la sala, la que conservará para el resto del procedimiento su competencia inicial. (artículos 48 de la Convención y 32 a 34 del Re-

(44) Cfr. GROS ESPIELL H., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 170-175.

glamento de la Corte en vigor, de 24 de noviembre de 1982 que sustituyó el original de 1959).

160. El procedimiento contencioso es similar al que se sigue ante la Corte Internacional de Justicia, que hemos señalado con anterioridad (ver *supra* párrafo 150), ya que también comprende una fase escrita y una de carácter oral, que se concentra en la audiencia pública para el examen de peritos y testigos. También posee el tribunal la facultad de dictar medidas cautelares, que se califican de provisionales, ya que hasta que tenga lugar la constitución de una sala, el Presidente del Tribunal podrá señalar a las partes, a instancia de una de ellas, de la Comisión, del demandante o de cualquier otra persona interesada, o bien de oficio, las medidas precautorias que deban adoptar. La misma atribución se confiere a la sala una vez constituida y, si no se reúne, a su Presidente. Estas medidas serán inmediatamente comunicadas al Comité de Ministros (artículos 36 a 50 del Reglamento de la Corte).

161. Un aspecto importante que deriva de la diferencia que existe entre la materia de las controversias que conoce la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea, se refiere a la participación de los demandantes en los casos individuales ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. En efecto, mientras que sólo los Estados pueden ser partes ante el primer organismo jurisdiccional, pueden presentar reclamaciones ante la Comisión, por conducto del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación realizada por uno de los Estados parte en la Convención de Roma (que además hubiese declarado su reconocimiento a la competencia de dicha Comisión), de los derechos establecidos en dicho instrumento internacional (artículo 25.1 de la citada Convención). En tal virtud, en un principio, de acuerdo con el Reglamento anterior, se aceptaba la intervención procesal de los particulares demandantes por medio de sus delegados, si la Comisión Europea acreditaba a sus abogados como asesores de la misma.

Pero ya expresamente los artículos 30 y 31 del Reglamento de 1982, que entró en vigor el primero de enero de 1983, dispusieron que el demandante será representado por un abogado habilitado para ejercer en cualquiera de los Estados partes y que resida en el territorio de uno de ellos o por otra persona que sea aceptada por el Presidente. Este último puede autorizar al citado demandante a asumir él mismo la defensa de sus intereses, en su caso con la asistencia de dicho abogado o de otra persona admitida por el mismo Presidente (45).

162. En forma similar a lo que ocurre con los fallos de la Corte Internacional de Justicia (ver *supra* párrafo 150), la sentencia de la Corte Europea será definitiva, y los jueces que no estén conformes con la mayoría pueden formular votos de disidencia. El Reglamento, de acuerdo con el modelo de la Corte Internacional de Justicia, consagra la que califica como "demanda de interpretación" de la propia sentencia, que pueden promover las partes o la Comisión Europea en el plazo de tres años siguientes a su pronunciamiento, así como también la "demanda (en realidad, recurso) de revisión", que puede ser planteada por una de las partes o por la Comisión ante la citada Corte en "el caso de descubrirse un hecho que por su naturaleza ejerza una influencia decisiva en un caso y que fuese desconocido en la época de pronunciarse la sentencia, tanto por el tribunal como por el demandante de la revisión" (artículos 5º. y 51 de la Convención de Roma y 53 a 57 del Reglamento de la Corte Europea).

163. La actividad de la Corte Europea ha sido muy amplia y creciente en materia contenciosa, ya que ha pronunciado 469 fallos entre noviembre de 1960 y el 23 de julio de 1994, que han enriquecido considerablemente la interpretación y la aplicación de la Convención y sus protocolos.

164. En cuanto entre en vigor, el mencionado Protocolo número 11 (ver *supra* párrafo 158) modificará radicalmente la

(45) Cfr. EISSEN M.-A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 30-46.

situación de la Corte Europea de Derechos Humanos, ya que la establece como único órgano de protección. Conserva su residencia en la ciudad de Estrasburgo y estará integrada como la que todavía funciona, es decir, por un juez nacional de cada Estado que hubiese reconocido expresamente su jurisdicción (posiblemente llegarán a 32 en fecha próxima, con tendencia a aumentar). Los jueces serán designados por el Parlamento Europeo a proposición por ternas de los Estados respectivos; permanecerán sus cargos por seis años (en lugar de los nueve actuales), y podrán ser reelectos, pero deberán retirarse forzosa-mente a los setenta años.

165. La citada Corte, que se renovará por mitad a los tres años de la primera elección, funcionará en Comités de tres jueces, que podrán resolver de manera firme sobre la admisibilidad de las instancias individuales; en salas de siete jueces para decidir sobre la misma admisibilidad y sobre el fondo, y en una Gran Sala de quince jueces que se pronunciará sobre los asuntos de mayor trascendencia. El régimen de admisión de las demandas que contengan reclamaciones individuales será riguroso, para evitar un gran número de instancias frívolas o improcedentes. El procedimiento será similar al todavía vigente, con algunos cambios menores, pero el peso de la tramitación deberá recaer en jueces instructores o ponentes auxiliados por los secretarios, cuyo número aumentará. La única función que conservará el Comité de Ministros es la de vigilar el cumplimiento de los fallos de la Corte.

166. Como ya se ha dicho (ver *supra* párrafo 158), el Protocolo número 9 que entró en vigor en mayo de 1994, introdujo el acceso directo ante la Corte Europea de las reclamaciones individuales, sistema que se refuerza con el Protocolo número 11, que comentamos, en virtud de que la Comisión Europea de Derechos Humanos será suprimida y por ello, todo el procedimiento de instrucción será realizado por la Corte permanente (46).

(46) Cfr. DREMCZEWSKI A. y MEYER LADEWIG J., "*Principal Characteristics of*

167. C) La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* constituye la culminación del sistema americano de protección de los derechos humanos, y como ocurrió con la Comisión Interamericana (ver *infra* párrafos 221 y siguientes), se inspiró en el modelo europeo, pero también se introdujeron, respecto a éste, varias modalidades, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural de ambos Continentes. La citada Corte Interamericana fue creada en el Capítulo VIII (artículos 52-59) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser ratificada por once Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), en los términos del artículo 74.2 de la propia Convención. El Estatuto de la Corte fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1980, y en vigencia a partir del primero de enero de 1980. El mencionado tribunal se instaló en la ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979 y aprobó su primer reglamento en su tercer período de sesiones, celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980. El segundo reglamento fue aprobado en la vigésima tercera sesión regular de la Corte, que tuvo lugar del 9 al 18 de enero de 1991 y entró en vigor el primero de agosto del mismo año (47).

168. La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que

the New ECHR Control Mechanism, as Established by Protocol No. 11, Signed on 11 May 1994. A Single European Court of Human Rights to Replace the Existing Commission and the Court in Strasbourg", en *Human Rights Law Journal*, Kehl am Rhein, Núm. 3, 24 de julio de 1994, pp. 81-91. El texto inglés del citado Protocolo número 11 puede consultarse en la misma revista, pp. 86-101.

(47) Cfr. NIETO NAVIA R., *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Temis, 1993, pp. 74-78.

reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, conforme a la Ley del Estado del que sean nacionales o del que los postule como candidatos. No puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad (artículos 52 de la Convención y 4 del Estatuto).

169. Los jueces son designados en votación secreta por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención en la Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por estos mismos Estados, los que pueden presentar hasta tres candidatos que sean nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro miembro de la Organización. El cargo dura seis años y los jueces sólo pueden ser reelegidos una vez (artículos 53 y 54 de la Convención y 5 a 9 del Estatuto).

170. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1 a 3 de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales, la primera de naturaleza *consultiva*, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. La segunda, de carácter *jurisdiccional o contencioso*, para resolver las controversias que se le sometan respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.

171. La *competencia consultiva* de la Corte Interamericana posee una gran amplitud, ya que al respecto la Convención tomó en cuenta la situación especial del Continente Americano, en particular la de Latinoamérica, en la cual, por una experiencia histórica dolorosa, existe una desconfianza tradicional hacia el sometimiento de controversias a los organismos internacionales. En efecto, existe una gran flexibilidad tanto por lo que se refiere a la legitimación para solicitar las consultas, ya que puede hacerlo cualquier Estado miembro de la OEA, la Comisión Interamericana (que lo ha hecho en varias ocasiones), así como otros órganos de la propia OEA en lo que les compete. Por otra parte, las facultades consultivas de la Corte Interamericana se extienden no sólo a la interpretación de la Convención Americana

sino también a "otros tratados", en los cuales se tutelen derechos humanos y tengan aplicación en el Continente Americano, lo que excede notoriamente la competencia consultiva de otros órganos internacionales, como la de las Cortes Internacional de Justicia y Europea de Derechos Humanos y aún del Tribunal de la Unión Europea, que son mucho más restringidas (48).

172. El concepto de "otros tratados" ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte de la Corte Interamericana en la opinión consultiva número uno, solicitada por el Gobierno del Perú y resuelta el 24 de septiembre de 1982, en el sentido de que la citada competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos en cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral y sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados partes del sistema interamericano, o bien Estados ajenos al mismo (49).

173. Por otra parte, además de la interpretación de los tratados de derechos humanos mencionados (artículo 64.1 de la Convención Americana), los Estados miembros de la OEA pueden solicitar opinión de la Corte acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (artículo 64.2 de la Convención) (50).

(48) Cfr. BUERGENTHAL T., "The Advisory Practice of the Interamerican Human Rights Court", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 23-51; NIETO NAVIA, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, cit. nota anterior, pp. 89-99; VENTURA ROBLES M. y ZOVATTO D., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.

(49) Cfr. CISNEROS SÁNCHEZ M., "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Estudios y documentos*, cit. nota anterior, pp. 59-69.

(50) Cfr. CISNEROS SÁNCHEZ M., *op. ult. cit.*, pp. 65-66; BUERGENTHAL T., NORRIS R. y SHELTON D., *La protección de los derechos humanos en las Américas*, trad. de Rodolfo Piza Escalante y Robert E. Norris, Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Civitas, 1990, pp. 560-574.

174. A partir de las dos primeras opiniones consultivas, resueltas el 24 de septiembre de 1982, hasta la última, que se decidió el 9 de diciembre de 1994, la Corte Interamericana ha pronunciado catorce opiniones consultivas de gran trascendencia para la interpretación de varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (51).

175. La *función jurisdiccional o contenciosa* de la Corte Interamericana es más limitada en cuanto que, de acuerdo con el modelo europeo, (52) tiene carácter potestativo para los Estados partes, es decir, sólo puede realizarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, las controversias planteadas ante la Corte sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (artículo 62 de la misma Convención).

176. Hasta la fecha, diecisiete Estados partes han reconocido expresamente y de manera general la competencia de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción, los que se mencionan alfabéticamente: Argentina (1984), Bolivia (1993), Colombia (1985), Chile (1990), Costa Rica (1980), Ecuador (1984), El Salvador (1995), Guatemala (1987), Honduras (1981), Nicaragua (1991), Panamá (1990), Paraguay (1993), Perú (1981), Su-

(51) Cfr. VENTURA ROBLES M. y ZOVATTO D., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 48; NIETO NAVIA R., "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 48, pp. 115-153; *Id. Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 76, pp. 109-171.

(52) Cfr. EISSEN M. A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 44, pp. 25-40.

riname (1987), Trinidad y Tobago (1991), Uruguay (1985) y Venezuela (1981) (53).

177. El procedimiento contencioso se inspira esencialmente en el establecido para los asuntos jurisdiccionales sometidos a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, con cuyos lineamientos procesales existe paralelismo y los que, con algunos matices, fueron recogidos por la Convención Americana y por los Reglamentos de la Corte Interamericana (54). Sin embargo, en virtud de la experiencia se han configurado aspectos peculiares que han sido recogidos por el segundo Reglamento antes mencionado.

178. Por lo que respecta a la legitimación procesal en la función estrictamente jurisdiccional, que es la de carácter contencioso, sólo pueden acudir a la Corte Interamericana para plantear una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, en primer término la Comisión Interamericana, tratándose de reclamaciones individuales tramitadas ante ella, o bien un Estado parte de la Convención. Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, puede ser parte demandada el Estado parte de la Convención al que se le atribuya la violación de los derechos consagrados en la misma, siempre que hubiese reconocido expresamente la competencia de la Corte (artículo 62 de la Convención). También puede ser demandada la Comisión Interamericana cuando un Estado objeto o se encuentre en desacuerdo con una decisión de la misma (artículo 25.1 del Reglamento de la Corte) (55).

(53) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 13, pp. 156-157.

(54) Cfr. GROS ESPIELL H., "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 48, pp. 73-74.

(55) Cfr. GROS ESPIELL H., *op. ult. cit.*, pp. 70-71; FIX-ZAMUDIO H., "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit. *supra* nota 14, pp. 155-156.

179. En cuanto la interposición de la instancia por la Comisión Interamericana y, en su caso, por un Estado demandante ante la Corte Interamericana, para iniciar el procedimiento contencioso, se ha producido una modificación importante respecto de lo dispuesto por el primer Reglamento de la Corte de 1980. De acuerdo con el citado Reglamento de 1980, el procedimiento comprendía una etapa escrita y otra oral. A su vez, el artículo 30 del mismo ordenamiento disponía que la parte escrita consistía en la presentación de una memoria y de una contramemoria, pero en circunstancias especiales la Corte podía autorizar la presentación de escritos adicionales, por medio de una réplica y una dúplica. Este complicado procedimiento se inspiraba en forma directa en lo dispuesto por el artículo 43 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y en la práctica se traducía en una tramitación dilatada, como ocurrió en los casos contenciosos introducidos ante la Corte Interamericana durante la vigencia del citado Reglamento (ver *supra* párrafo 150).

180. Por este motivo, el Reglamento de la propia Corte que entró en vigor en agosto de 1991 procuró simplificar la tramitación de esta etapa inicial, y si bien conservó las dos fases, escrita y oral, redujo la primera a las formalidades esenciales de la demanda en sentido estricto y a su contestación. En efecto, el artículo 30 del mencionado Reglamento de 1980 disponía en su inciso 3º. que la memoria contendría una exposición de los hechos en que se fundara la demanda, una exposición de derecho y las conclusiones. De esta manera la citada memoria no podía considerarse como demanda en sentido estricto, con todos sus elementos, los que debían presentarse con posterioridad, especialmente los relativos al ofrecimiento de los elementos de convicción..

181. Por el contrario, en el artículo 256 del Reglamento de 1991, la instancia inicial se califica de *demanda*, (56) con todos

(56) Cfr. HITTERS J. C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 3, Tomo II, pp. 486-487; GOZALINI O. A., *El proceso transnacional*, cit. *supra* nota 13, pp. 64-66.

los elementos necesarios para determinar el contenido del proceso, ya que dicho precepto exige el señalamiento, además de los aspectos formales relativos a la designación de los representantes de la parte demandante (Comisión Interamericana o Estado parte), y si el asunto se tramitó ante la primera, de las partes en el caso y la fecha del informe del artículo 50 de la Convención, también los requisitos sustanciales relativos al objeto de la demanda, una exposición de los hechos, las *pruebas ofrecidas*, los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. El nuevo Reglamento introdujo, además, un elemento importante en su artículo 27, que el anterior Reglamento no preveía, o sea el relativo al examen preliminar de la demanda por el Presidente de la Corte, con el objeto de que si éste advierte que los requisitos fundamentales no se han cumplido, solicite al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de veinte días (57).

182. La primera fase, o sea la escrita, en el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana y que el actual Reglamento concentra en el menor número de instancias posibles, comprende la presentación de la demanda, la contestación de la misma, y sólo en los casos en que proceda, la solicitud de medidas precautorias, inclusive tratándose de asuntos que se tramiten ante la Comisión Interamericana; el plantamiento de excepciones preliminares, sólo cuando las presente la parte demandada, así como los actos adicionales que el Presidente debe consultar con los agentes del Estado y los delegados de la Comisión (artículo 29 del Reglamento vigente).

183. La apertura del procedimiento oral se efectúa previa consulta con los representantes de las partes y los delegados de la Comisión, tramitación que se concentra en una o varias audiencias, en las cuales se ofrecen y desahogan las pruebas y se formulan los alegatos, con lo cual tiene aplicación el principio procesal de la *inmediación*, es decir, el contacto y conocimiento

(57) Cf. FIX-ZAMUDIO H., "*Líneas procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", cit. *supra* nota 13, p. 168.

personal de los jueces con las partes, así como con los peritos y testigos (artículos 32 y 41 del Reglamento anterior y 33 a 42 del vigente).

184. Aun cuando se atribuyen a la Corte Interamericana facultades de instrucción similares a las de la Corte Europea, esta última las ejercita con menor frecuencia que la primera, en virtud de que el peso esencial de la instrucción ha recaído, hasta que entre en vigor el Protocolo número 11, en la Comisión Europea, ya que la Comisión Interamericana carece de los medios económicos y de suficiente asesoría técnica para efectuar esa instrucción, que por lo mismo ha recaído casi en su totalidad en la Corte Interamericana, que es la que ha recibido testimonios y peritajes, así como los demás medios de convicción ofrecidos por las partes (58).

185. En cuanto a la situación de los promoventes y denunciantes que actúen en representación de las víctimas, ni la Convención Americana ni el Estatuto de la Corte Interamericana regulan de manera expresa su intervención, y la propia Corte todavía no ha reconocido a dichos representantes la categoría de partes autónomas en el procedimiento contencioso, pero en forma similar a lo que ocurrió en la práctica de la Corte Europea, los ha autorizado para comparecer en dicho procedimiento, cuando sean designados asesores de los delegados de la Comisión Interamericana (artículos 21 y 22, respectivamente, de los Reglamentos de la Corte Interamericana de 1980 y 1991). En efecto, a dichos representantes se les ha conferido la posibilidad de formular propuestas independientes de las presentadas por la Comisión Interamericana, en particular por lo que se refiere a las indemnizaciones acordadas por el tribunal a los familiares de las víctimas.

186. No se ha llegado todavía a la solución establecida en el Reglamento vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos que señalamos con anterioridad (ver *supra* párrafo 161), que con

(58) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., *op. cit.*, pp. 175-178.

motivo de un desarrollo paulatino autoriza a los representantes de los afectados para comparecer como una verdadera parte independiente de la Comisión respectiva y en esas condiciones pueden presentar medios de prueba y formular alegatos.

187. Por lo que respecta a la sentencia, una vez terminada la instrucción y la celebración de las audiencias de fondo, la Corte Interamericana delibera en privado para establecer una votación preliminar. De acuerdo con esta votación, designa a uno o más ponentes entre los jueces de la mayoría o minoría respectiva, fijándose entonces la fecha de la discusión definitiva, en las que se aprueba la redacción del fallo, que se comunica a las partes en audiencia pública. El fallo será firmado por todos los jueces que participaron en la votación, los que pueden formular votos de disidencia o concurrentes, pero es válida la resolución suscrita por la mayoría de los jueces (artículos 66 de la Convención, 45 del Reglamento anterior y 46 del nuevo).

188. Entre julio de 1988 en que resolvieron los dos primeros asuntos, hasta el mes de enero de 1995, la Corte Interamericana ha resuelto siete casos en cuanto al fondo, de los cuales sólo uno ha sido absolutorio de la responsabilidad internacional del Estado demandado; en dos han reconocido los gobiernos respectivos expresamente su responsabilidad en cuanto a los hechos señalados en las demandas presentadas por la Comisión Interamericana, y los restantes han sido condenatorios. En los casos en los cuales se estableció la responsabilidad de los Estados, se impuso a los mismos la obligación de una indemnización como reparación a los familiares de las víctimas. Finalmente, dos asuntos contenciosos fueron sobreseídos, uno por problemas procesales y el otro por haber llegado las partes a un arreglo que la misma Corte consideró satisfactorio en relación con el respeto de los derechos humanos de los afectados (59).

189. El fallo es definitivo e inapelable de acuerdo con el artículo 67 de la Convención, lo que significa que adquiere *autori-*

(59) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., *op. ult. cit.*, pp. 180-181.

dad de cosa juzgada; por este motivo no admite ningún medio ordinario ni extraordinario de impugnación. Sin embargo, de acuerdo con el modelo del procedimiento ante las Cortes Internacional de Justicia y Europea de Derechos Humanos, (ver *supra* párrafos 150 y 162, respectivamente), el mismo precepto de la Convención Americana dispone que en el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los noventa días a partir de la fecha de su notificación, la Corte Interamericana interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los efectos de la sentencia (los artículos 48 y 50, respectivamente, de los Reglamentos anterior y actual de la Corte establecen el procedimiento de "demanda de interpretación de una sentencia").

190. La Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió y resolvió en sus fallos de 17 de agosto de 1990, dos demandas de interpretación de las sentencias dictadas el 21 de julio de 1989 en los casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz, sentencias en las cuales se fijaron las indemnizaciones que debía cubrir el Gobierno de Honduras a los familiares de ambas personas desaparecidas. En estas resoluciones de 17 de agosto de 1990, la Corte fijó las condiciones en que debían cubrirse dichas indemnizaciones, a fin de que mantuvieran el poder adquisitivo que tenían en el momento de dictarse las decisiones compensatorias.

191. Por el contrario, ni la Convención ni los reglamentos se refieren de manera expresa al recurso de revisión de una sentencia de la Corte Interamericana por la existencia de hechos nuevos significativos que no se tuvieron en cuenta en el momento de pronunciarse el fallo, impugnación que procede contra las resoluciones de las Cortes Internacional de Justicia y Europea de Derechos Humanos (ver *supra* párrafos 150 y 162, respectivamente). Sin embargo, la doctrina considera que como dicha impugnación se apoya en los principios generales del derecho procesal, la misma debe ser admitida en condiciones similares a las

que regulan los ordenamientos de los citados organismos jurisdiccionales internacionales (60).

192. D) Haremos ahora una breve referencia al *Tribunal de la Unión Europea*, que ha sido uno de los más estudiados por su actuación decisiva en la aplicación del derecho comunitario europeo. (61) Su normatividad es extremadamente complicada, ya que ha sido regulada en varios tratados comunitarios. (62) Cabe

(60) Cfr. GROS ESPIELL H., "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en su libro *Estudios sobre derechos humanos*, II, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1988, pp. 181-183.

(61) La bibliografía sobre esta materia es también muy extensa, por lo que nos limitaremos a citar los textos que consideramos más significativos, entre ellos: VAN DRIJK P., RODIÈRE R. y otros, *Diritto delle Comunità Europee e Diritto degli Stati Membri*, editada por G. Treves, Milano, Ferro Edizioni, 1969; PESCATORE P., *The Law of Integration*, Leyden, Sijthoff, 1974; CAPPELLETTI M. y COHEN W., *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis-New York, Bobbs Merrill, 1979, pp. 113-145; CARTOU L., *L'Union européenne*, y DUFF A., PINDER J. y PRYCE R., *Maastricht and Beyond*, ambos cit. *supra* nota 19; SILVA DE LAPUERTA R., *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, cit. *supra* nota 7.

(62) Cfr. De acuerdo con el tratadista francés CARTOU L., citado en la nota anterior, los textos aplicables son los siguientes: Tratado de París (1951) Comunidad Económica del Carbón y el Acero (CECA), artículos 31 a 45; Tratados de Roma (1957), Comunidad Económica Europea (CEE), artículos 164 a 168; y Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa), artículos 136 a 160; Protocolos sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia a los tres Tratados mencionados, de 17 y 18 de abril de 1957, los que fueron reformados por decisión de 24 de octubre de 1988, que estableció el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. El Reglamento sobre las normas del procedimiento fue aprobado por el Consejo de la Comunidad Europea el 26 de noviembre de 1974, modificado en varias ocasiones por el Tribunal de las Comunidades. Existe un reglamento adicional aprobado por el Consejo de la Comunidad Europea el 4 de diciembre de 1974, que también fue reformado por dicho Tribunal en varias oportunidades. Las disposiciones de los mencionados Tratados fueron modificadas por el Tratado de Maastricht suscrito el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigor el primero de noviembre de 1993. Utilizaremos esencialmente el texto del Tratado de Roma de 1957, que entró en vigor el primero de enero de 1958, sobre la Comunidad Económica Europea (CEE), tal como fue modificado por el Tratado de Maastricht, y cuyo texto actualizado y en idioma inglés puede consultarse en la obra editada por CARTER, Barry E. y TRIMBLE, Phillip, *International Law*, cit. *supra* nota 42, pp. 163-235.

aclarar que la actual Unión Europea está formada por quince Estados, que son por orden alfabético: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia.

193. Las normas básicas que regulan la estructura y funciones del Tribunal de la Unión Europea están contenidas en los artículos 164 a 188 del Tratado de Roma de 1957, que creó la Comunidad Económica Europea, reformados por el Tratado de Maastricht de 1992. De acuerdo con el primero de los mencionados preceptos, el citado organismo jurisdiccional tiene por objeto asegurar la aplicación de las normas comunitarias. De acuerdo con la doctrina, no se trata de un tribunal internacional en sentido propio, ya que debe considerarse como un organismo jurisdiccional interno de la ahora Unión Europea, que tiene un rango superior a los tribunales internos, inclusive a los de carácter constitucional, (63) y por ello nosotros hemos considerado acertada la calificación que le han dado otros tratadistas de órgano "transnacional". Esta calificación reconoce varios aspectos peculiares que lo distinguen de los tribunales internacionales propiamente dichos, que hemos examinado en los párrafos anteriores. Es posible sostener que una diferencia esencial entre los organismos jurisdiccionales internacionales y los de naturaleza transnacional, consiste en que la competencia de estos últimos no requiere de una sumisión expresa de los Estados, sino que éstos están sometidos *ipso iure* a su jurisdicción y deben acatar sus resoluciones.

194. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene su residencia en la ciudad de Luxemburgo. Se integra por trece jueces y es asesorado por seis abogados generales. Tanto los jueces como los abogados deben ser designados entre personas cuya independencia sea indudable y que reúnan las calidades para desempeñar los cargos judiciales más elevados en sus respectivos países. Son nombrados por un plazo de seis años de

(63) Cfr. CARTOU L., *op. cit.*, pp. 164-165.

común acuerdo con por los Gobiernos de los Estados miembros. Deben renovarse parcialmente cada tres años y los que se retiran pueden ser objeto de una nueva designación. El Tribunal nombra a su Presidente por un lapso de tres años, con posibilidad de reelección, así como a su Secretario (artículos 165 a 168).

195. Por decisión del Consejo de de la Comunidad Europea de 25 de noviembre de 1988 se estableció un *Tribunal de primera instancia* para auxiliar al Tribunal Europeo, que fue incorporado al artículo 168a. del Tratado de Roma de 1957 por la reforma introducida por el Tratado de Maastricht. La competencia y funcionamiento de dicho tribunal de primera instancia deben establecerse a solicitud del Tribunal Europeo y previa consulta con al Parlamento y la Comisión Europeas, por el Consejo de la Unión Europea, aun cuando las normas de procedimiento deben ser expedidas por dicho organismo de primer grado. Los jueces respectivos deben ser nombrados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros entre personas de reconocida independencia y que posean la preparación para realizar funciones judiciales. Las decisiones de este tribunal pueden ser apeladas ante el Tribunal Europeo.

196. En términos muy generales, son dos las vías por medio de las cuales puede asegurarse el cumplimiento de las normas comunitarias en los ordenamientos internos de los Estados miembros. La primera es *concentrada*, es decir, consiste en la posibilidad de acudir directamente ante el Tribunal Europeo, y la segunda es *prejudicial*, que se produce cuando los jueces nacionales, que tienen la obligación de preferir las normas comunitarias sobre las internas, o bien desaplican estas últimas de acuerdo con los principios de la revisión judicial de carácter *difuso*, en los casos concretos en los cuales conocen, cuando contradicen a las primeras, o bien acuden al Tribunal Europeo para que establezca la *interpretación obligatoria* del derecho comunitario que deba prevalecer. Esta remisión o consulta judicial es potestativa para los jueces nacionales de los primeros grados, pero obligato-

ria para los tribunales cuyas decisiones no pueden ser impugnadas en el ámbito interno. (64)

197. Por lo que respecta al *control concentrado* del derecho comunitario por parte del Tribunal de la Unión Europea, los medios de impugnación son bastante complejos, pero en la forma más sencilla posible debemos destacar los llamados *recursos de incumplimiento, de anulación y de inacción*, cuyas reglas esenciales están consagradas por los artículos 170 a 177 del Tratado de Roma de 1957, reformado en Maastricht. Como no es nuestro propósito analizar los diversos aspectos procesales de la función del Tribunal Europeo, podemos afirmar de manera muy genérica que la legitimación para interponer dichos medios de impugnación corresponde en principio a los Estados miembros o a los órganos comunitarios, especialmente a la Comisión de la Unión Europea, la que en todo caso tiene una intervención importante (por lo que haremos referencia a la misma más adelante); con ciertas limitaciones también pueden acudir directamente los particulares y empresas afectados, ya que en la mayoría de los casos presentan sus instancias ante los tribunales nacionales por medio del control difuso. (65)

198. Aun cuando la solución de los conflictos que se refieren a la aplicación de las normas comunitarias de carácter económico y en general de integración, es el objeto principal de la actividad del Tribunal de la Unión Europea, en virtud de la mención de ciertos derechos humanos establecidos en los trata-

(64) Cfr. CAPELLETTI M., "*Justicia constitucional supranacional*", cit. *supra* nota 8, pp. 217-235, quien analiza con profundidad este control difuso por parte de los jueces nacionales y la interpretación obligatoria, con efectos generales, del Tribunal de las Comunidades Europeas, y destaca sus analogías con los sistemas de justicia constitucional. Por su parte, SILVA DE LAPUERTA R., *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, cit. *supra* nota 7, pp. 219-263, califica el sistema difuso como *recurso prejudicial* y distingue entre "prejudicial de interpretación" y "prejudicial de validez".

(65) Cfr. sobre la complejidad de las impugnaciones en el ordenamiento comunitario, GRAY C. D., *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 120-148.

dos respectivos, dicho tribunal trasnacional ha construido una importante jurisprudencia sobre derechos fundamentales, que ha tomado en consideración los principios comunes que derivan de estos derechos consagrados en las Constituciones de los Estados miembros. Así, en el caso *Nold* (1974), el citado organismo jurisdiccional estableció que: "En el aseguramiento de la protección de los derechos fundamentales, este Tribunal debe basarse sobre las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Por tanto, se considera inválido todo acto comunitario que sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de tales Estados. También las convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos en los que hubiesen participado los Estados miembros o a los que se hubieren adherido, pueden ofrecer indicaciones útiles que son tenidas en consideración en el marco del derecho comunitario". (66)

199. En sus primeros años se presentaron contradicciones entre las Cortes y Tribunales Constitucionales, especialmente en Italia y la República Federal de Alemania, respecto de algunas decisiones del Tribunal Europeo respecto a los derechos fundamentales establecidos por los ordenamientos internos de dichos países. Al respecto, el profesor Kargados señala en su informe la superioridad, en materia de derechos fundamentales, del derecho constitucional griego sobre el comunitario, a no ser de que se trate de ciertos derechos como el de equidad y libertad económicas. Sin embargo, estas diferencias se han acortado de manera paulatina, tanto por lo que respecta a los organismos judiciales internos como por el Tribunal Europeo, que han realizado un esfuerzo común para encontrar una interpretación de los derechos humanos que pueda armonizar los criterios tanto nacionales como de carácter comunitario. (67)

(66) Cfr. CAPPELLETTI M., "Justicia constitucional supranacional", cit. *supra* nota 54, pp. 231-235.

(67) Cfr. RIDEAU J., "El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Técnicas de protección", y DUBOIS L., "Papel del Tribunal de Justicia de las

200. E) Haremos una breve referencia al *Tribunal del Acuerdo de Cartagena*, llamado también *Tribunal Andino*, ya que la debilidad del derecho comunitario de los países andinos, si lo comparamos con el vigor del derecho comunitario europeo, se ha reflejado en la escasa actividad de este órgano jurisdiccional. Como ya lo expresamos con anterioridad, la inestabilidad política y económica de los países latinoamericanos ha impedido, hasta hace poco tiempo, la posibilidad de una integración económica, que sólo ha prosperado en el ámbito subregional, y un ejemplo se presenta en la comunidad andina, que se formó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, y por eso se la llamado "Acuerdo de Cartagena", el que fue ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, al cual se adhirió posteriormente Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que está formado actualmente por cinco países.

201. La evolución, así sea limitada, de este proceso de integración, desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta, condujo a la necesidad, en cierto modo según el modelo europeo, de establecer un organismo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Este organismo es el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, creado en mayo de 1979 por el Tratado suscrito por los cinco países integrantes del Pacto. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado por el mismo en la ciudad de Quito, Ecuador, en la que reside, el 9 de mayo de 1984.

202. Según el Tratado de Quito, el Estatuto y el Reglamento del Tribunal Andino, el mismo tiene una estructura y funciones

Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de la protección", ambos estudios publicados en la obra *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 537-561 y 563-597, respectivamente; MANCINI G.F., "Safeguarding Human Rights: The Role of the Court of Justice of the European Communities", en la obra editada por Federico Carpi y Chiara Giovannucci Orlandi, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milano, Giuffrè, 1991, tomo I, pp. 497-517.

similares, aun cuando restringidas, a las del modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hemos examinado en los párrafos anteriores. Se trata, también, de un organismo jurisdiccional transnacional, cuya misión esencial es "asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo (de Cartagena)" y es considerado como "órgano principal" de la organización andina (artículos 6 del Tratado y 2 del Estatuto).

203. El citado Tribunal Andino estará integrado por cinco magistrados, que deberán ser nacionales de origen de los países miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. Son designados por un período de seis años, se renovarán parcialmente cada tres y podrán ser reelegidos por una sola vez. Su designación corresponde a los Plenipotenciarios acreditados para tal efecto ante el país sede, de ternas presentadas por cada Estado miembro. Cada magistrado cuenta con dos suplentes que deben reunir las mismas calidades de los titulares y que son designados por igual período y en la misma forma que los propios titulares (artículos 7 a 11 del Tratado).

204. De acuerdo con el paradigma del Tribunal europeo, son tres los instrumentos procesales ante el organismo jurisdiccional andino, es decir, las *acciones de nulidad y de incumplimiento*, así como la *interpretación judicial*, que implican las dos vías *concentrada y difusa* que existen en el sistema comunitario europeo. La primera puede ser interpuesta por las autoridades del Acuerdo, los Estados miembros y por los particulares, cuando los actos impugnados los afecten de manera directa, cuando las decisiones de las propias autoridades infrinjan el derecho del Acuerdo, y la segunda únicamente por la Junta (que hace las veces de la Comisión Europea) cuando considere que un Estado miembro no cumpla con sus obligaciones comunitarias. Por lo que respecta a la interpretación prejudicial, es similar a la misma institución europea, pues procede cuando un juez nacional tiene duda sobre

el alcance de una norma comunitaria, que debe aplicar preferentemente al derecho interno, y esta instancia es potestativa para los órganos jurisdiccionales de grados inferiores, pero obligatoria para aquellos cuyas decisiones no pueden ser impugnadas (artículos 17 a 31 del Tratado y 35 a 64 del Estatuto). (68)

VII. *Organismos no jurisdiccionales.*— 205. En el ámbito supranacional, la función de algunos organismos no jurisdiccionales de carácter internacional y transnacional está vinculada o es complementaria de la de los tribunales supranacionales, y por ello resulta conveniente, así sea en forma muy sumaria, hacer mención de los mismos. En nuestro concepto, deben examinarse la estructura y funciones de las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos; la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos; el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; el Ombudsman Europeo, y en cierta medida también la Comisión de la Unión Europea y la Junta Andina.

206. A) En primer lugar examinaremos muy brevemente la organización y funciones del *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, establecido por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, y que entraron en vigor conjuntamente el 28 de marzo de 1976. (69) De

(68) A la inversa de lo que ocurre con el Tribunal Europeo, existe escasa bibliografía sobre el Tribunal del Acuerdo de Cartagena. Nos limitamos, por tanto, a citar los estudios del jurista colombiano SÁCHICA, Luis Carlos, *Introducción al derecho comunitario andino*, cit. *supra* nota 7, y "*Derecho comunitario andino y derecho constitucional*", en la obra *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 886-897.

(69) Cfr. *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York-Geneva, 1994, pp. p. 25 y 45-47; ROBERTSON A. H., "*Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio Comparativo*", en la obra *La protección internacional de los derechos del*

acuerdo con los artículos 28 y 45 del citado Pacto y del mencionado Protocolo, el Comité está integrado por dieciocho expertos electos a título individual por un período de cuatro años con posible reelección, entre los nacionales de los Estados partes en el Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de derechos humanos. En dicha elección se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos. Los miembros del Comité se reúnen durante tres semanas anuales, una en Nueva York y las restantes en Ginebra.

207. El citado Comité, que inició sus actividades en 1976, posee una doble competencia. Según el Pacto, tiene facultad para conocer de los informes que le son sometidos por los Estados partes sobre las medidas que han tomado para dar efecto a las disposiciones del propio Pacto, respecto de los cuales pueden formular sugerencias y recomendaciones, y también para conocer de las reclamaciones de un Estado parte contra otro, cuando el primero estime que el segundo no cumple con sus obligaciones establecidas en el mismo Pacto. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 41 y 42 del Pacto, si la decisión del Comité no es satisfactoria para los Estados, se nombra una Comisión de Conciliación de cinco miembros aceptables para los Estados interesados, y si en el plazo de tres meses no se llega a un acuerdo sobre los miembros de esta última, el Comité los designa total o parcialmente. Dicha Comisión interviene para lograr una solución amistosa del asunto.

208. La segunda competencia, que a nuestro modo de ver es la más importante, está regulada por el Protocolo Facultativo, el que otorga al Comité de Derechos Humanos la facultad de recibir y conocer de reclamaciones individuales de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte del mismo

hombre. Balanza y perspectivas, México, UNAM, 1983, pp. 145-208; BUERGENTHAL T., GROSSMAN C., y NIKKEN P., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 12, pp. 31-32.

Protocolo, cuando se alegue que los denunciantes son víctimas de la violación, por parte de dicho Estado, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos antes mencionado. Se ha establecido un sistema de admisión que exige, por una parte, que la instancia no sea anónima ni constituya un abuso de derecho o sea incompatible con las disposiciones del Pacto, y por la otra, que el mismo asunto no hubiese sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales y que se hubiesen agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Este último requisito no se exige cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

209. El procedimiento es sencillo pero contradictorio, ya que el Comité debe poner en conocimiento del Estado al que se imputa la violación la reclamación respectiva y dicho Estado debe presentar al propio Comité, en un plazo de seis meses, sus explicaciones o declaraciones, en las que se precise el asunto y las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto. El Comité examinará las comunicaciones recibidas, tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan formulado el denunciante y el Estado interesado, y con apoyo en dicha información formulará sus observaciones a ambas partes, las que deben incluirse en el informe anual que ha de presentar a la Asamblea de las Naciones Unidas, en los términos del artículo 45 del Pacto (artículos 2 a 6 del Protocolo Facultativo). Como puede observarse, las actividades del citado Comité, especialmente respecto de reclamaciones individuales, no tienen carácter jurisdiccional, ya que se reducen a formular recomendaciones, pero han sido de gran trascendencia, ya que se ha pronunciado sobre numerosas denuncias de particulares, respecto de las cuales ha realizado una labor muy importante de interpretación de los derechos establecidos en el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos.

210. B) De manera también sintética examinaremos ahora las atribuciones de la *Comisión Europea de Derechos Humanos*,

que si bien debe desaparecer en cuanto entre en vigor el Protocolo número 11 de la Convención de Roma de Derechos Humanos, sus actividades de instrucción de las reclamaciones individuales sobre violación de los propios derechos ha sido esencial para la labor de la Corte Europea de Derechos Humanos. Si bien dicha Comisión Europea y la Interamericana no son evidentemente organismos jurisdiccionales, ambas realizan una labor de investigación de los hechos muy similar a la función del ministerio público en el ámbito interno (si bien el proceso ante las Cortes respectivas no tiene carácter penal), pero que es esencial para que dichos tribunales internacionales de derechos humanos puedan realizar sus atribuciones procesales. En realidad, al desaparecer la Comisión Europea, sus actividades de investigación no desaparecen, sino que confieren a la Corte permanente por conducto de sus jueces de instrucción (ver *supra* párrafos 164 y 165).

211. La Comisión Europea de Derechos Humanos, que se integra, como el tribunal respectivo, por un miembro de cada uno de los países partes en la Convención de Roma de 1950 y reside también en la ciudad de Estrasburgo, conoce de las reclamaciones presentadas, ya sea por uno de los Estados partes de dicha Convención, o bien por una persona física, un grupo de particulares o una organización no gubernamental. Tratándose de reclamaciones individuales, además de un sometimiento expreso de los Estados partes a la competencia de la Comisión, deben demostrar que actúan en calidad de víctimas directas y en algunos supuestos, como afectados indirectos, de violaciones a la citada Convención.

212. En el caso de instancias presentadas por Estados partes contra otros, las que han sido escasas, el demandante debe demostrar, en los términos del artículo 24 de la Convención, la infracción de un derecho objetivo por parte de otros Estados, contenido en las normas que constituyen un verdadero orden público europeo, consagrado en la Convención, por lo que de acuerdo con un sector de la doctrina debe considerarse como

una "garantía colectiva de las libertades".

213. Como resulta comprensible, las reclamaciones más frecuentes y numerosas son las de carácter individual, las que a partir del inicio de las actividades de la Comisión en julio de 1954 hasta enero de 1987, ascendieron a 12,300, pero debido al procedimiento riguroso de admisibilidad, en el mismo lapso fueron tramitadas únicamente 492. Uno de los aspectos más complicados con respecto a la admisibilidad de las citadas reclamaciones individuales era la regla establecida por el artículo 26 de la Convención, relativa al agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con los principios del derecho internacional, lo que determinó la necesidad de una cuidadosa interpretación de esta disposición por parte de la misma Comisión, que ha sido revisada y perfeccionada por la Corte Europea de Derechos Humanos, que es la que tiene la facultad de decidir de manera definitiva sobre dicho agotamiento en los casos que le son sometidos para su conocimiento. (70)

214. Una vez que la Comisión se hubiere pronunciado favorablemente en cuanto a la admisibilidad de la reclamación, realiza una amplia actividad instructora para lograr el establecimiento de los hechos señalados en la instancia y de acuerdo con el artículo 28 de la Convención, puede efectuar un examen contradictorio de la reclamación con los representantes de las partes, y si es preciso, está facultada para efectuar una averiguación para la cual los Estados interesados deben proporcionar todas las facilidades necesarias, después de un intercambio de opiniones con la referida Comisión.

215. Sin perjuicio de sus facultades de instrucción y de investigación, la Comisión Europea debe ponerse a disposición de las partes a fin de lograr una solución amistosa, siempre que la misma se inspire en el respeto de los derechos humanos recono-

(70) La obra clásica sobre la regla de agotamiento de los recursos internos en el ámbito del derecho internacionales es la de CANÇADO TRINDADE A., *O esgotamento dos recursos internos no Direito Internacional*, Brasilia, Editora Universidad de Brasilia, 1984.

cidos por la Convención (artículo 28.b), de manera que cuando se llegue a un acuerdo entre las partes, la misma Comisión debe cerciorarse de que la misma no contradiga las disposiciones de la Convención.

216. Si no es posible llegar a esa solución amistosa y la Comisión considera que existe violación de los derechos consagrados en la Convención, redacta un informe que no tiene carácter obligatorio, pero que para un sector de la doctrina presenta las características de un acto judicial, ya que debe estar debidamente fundado y motivado, de manera que los razonamientos establecidos en dichos informes han constituido una importante y rica jurisprudencia que puede ser revisada únicamente por la Corte Europea de Derechos Humanos. Además, como ocurre con las sentencias judiciales, los miembros de la Comisión pueden formular votos particulares al criterio adoptado por la mayoría.

217. Con dicho informe termina la primera etapa del procedimiento de aplicación de la Convención de Roma, el que es transmitido a los Estados partes interesados, al Comité de Ministros, al reclamante y al Secretario General del Consejo de Europa para fines de su publicación. Una vez elaborado ese informe, la Comisión cuenta con un plazo de tres meses para someter el asunto a la Corte Europea de Derechos Humanos, o en caso contrario, al Comité de Ministros del Consejo de Europa, en este último supuesto, para que dicho organismo se encargue del cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Comisión. Si el asunto es sometido a la Corte, el informe de la mencionada Comisión se publica de manera inmediata, pero si se turna al Comité de Ministros, dicho informe no se publica hasta que lo decida dicho Comité. (71)

(71) Cfr. COHEN-JONATHAN G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*; GARCÍA DE ENTERRÍA E., y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, ambos cit. *supra* nota 43, pp. 31-154 y 109-121, respectivamente; BUERGENTHAL T., GROSSMAN C. y NIKKEN P., *Manual internacional de derechos humanos*, cit. *supra* 12, pp. 57-66; HITTERS J. C., *Derecho Internacional de los derechos humanos*, cit. *supra* nota 4, tomo I, pp. 297-311.

218. C) Al *Comité de Ministros del Consejo de Europa*, como organismo encargado de la aplicación de la Convención Europea y sus Protocolos, le corresponden varias funciones. La primera se refiere a su intervención como órgano de decisión en los supuestos en que la Comisión Europea de Derechos Humanos le remita sus recomendaciones, cuando el caso no hubiese sido sometido a la Corte. En este sentido, el Comité ha sostenido la mayoría de las veces que no existe violación a los derechos de la Convención, ya que sólo lo ha hecho en 33 casos respecto de 54 resoluciones entre 1959 y 1983, y únicamente en 14 ocasiones el citado Comité consideró que se había infringido la Convención, pero también ha tomado la actitud de abstenerse de tomar una decisión, lo que se ocurrió en 7 oportunidades durante dicho lapso.

219. La segunda atribución del Comité de Ministros se refiere a la supervisión de la debida ejecución de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos. Para el ejercicio de esta actividad, el Comité estableció en febrero de 1976 un conjunto de "Reglas", según las cuales, cuando se trate de un fallo condenatorio de la Corte en la cual se establezca la existencia de una violación a la Convención y eventualmente se señale una satisfacción equitativa en beneficio de la víctima, el Comité puede invitar al Estado interesado a informar sobre las medidas que hubiese tomado para el cumplimiento de la sentencia y puede otorgar a dicho Estado plazos para realizar la ejecución respectiva.

220. Otro sector de la vigilancia sobre el cumplimiento de los fallos de la Corte Europea por el Comité de Ministros se refiere a los supuestos en los cuales se establezca la necesidad de modificar la legislación interna para evitar la repetición de las violaciones señaladas, o bien, cuando las mismas provengan de disposiciones legislativas. En este segundo supuesto se ha impuesto la práctica de que los Estados interesados informen al Comité de Ministros sobre las medidas generales que hubiesen

adoptado para evitar, en el futuro, la reiteración de infracciones similares a las señaladas por la Corte en una sentencia determinada. (72) Una vez que entre en vigor el Protocolo número 11 al que nos hemos referido en varias ocasiones, la única atribución a este respecto que conservará el Comité de Ministros será precisamente la vigilancia del cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.

221. D) La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, a diferencia de su homóloga europea (ver *supra* párrafos 210 y 211), no tuvo su origen en un tratado o convención de carácter multilateral, sino en una resolución adoptada en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959), es decir, diez años antes de la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, pero que entró en vigor en julio de 1978, y en la cual se creó también la Corte Interamericana.

222. El primer Estatuto de la Comisión fue aprobado el 25 de mayo de 1960. Desde esa ocasión, la Comisión Interamericana se compone de siete miembros designados por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, a título personal y a proposición de los Estados miembros. Son elegidos por un período de cuatro años con una posible reelección. Dicha Comisión nació con la función esencial de promover los derechos humanos, en particular los consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948, pero de manera paulatina amplió sus facultades para comprender también la protección de esos derechos, inclusive re-

(72) Cfr. COHEN-JONATHAN G., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit. *supra* nota 43, pp. 221-232; BUERGENTHAL T., GROSSMAN C. y NIKKEN P., *Manual internacional de derechos humanos*, cit. *supra* nota 12, pp. 64-66; HITTERS J. C., *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit. *supra* nota 5, Tomo I, pp. 310-312; CARRILLO SALCEDO J. A., "The European System of Protection of Human Rights", en la obra *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, cit. *supra* nota 57, tomo I, pp. 365-370.

specto a reclamaciones de carácter individual. Esta función tutelar se extendió en la práctica, y con posterioridad fue reconocida en las modificaciones a su primer Estatuto de 1960, y especialmente en el actual de octubre de 1979, así como en el Reglamento que elaboró la propia Comisión en 1980, reformado en 1985. (73) La Comisión tiene su sede, desde el principio, en la ciudad de Washington, D.C.

223. Como lo sostuvo certeramente el conocido internacionalista mexicano César Sepúlveda, por varios años miembro y presidente de la Comisión Interamericana, la propia Comisión ganó sus espuelas poco a poco y merecidamente, obteniendo el respeto de los Estados de la organización regional, a pesar de los obstáculos naturales y de los elementos adversos que militaron en su contra. La evolución de la Comisión obedeció así al fenómeno de lo que se califica como "desarrollo funcional" de los organismos internacionales. (74)

224. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue incorporada al Capítulo VII, artículos 34-51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. De acuerdo con estos preceptos, los de su Estatuto aprobado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, y el Reglamento expedido por la propia Comisión en abril de 1980 y reformado en varias ocasiones, la Comisión posee una amplia variedad de facultades que

(73) Cfr. VASAK K., *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, pp. 32-36; GROS ESPIELL H., "Le Système Américain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", en *Recueil des cours*, Academie de Droit International, Leyden, A. W. Sitjhoff, 1975, vol. 2, pp. 23-24; VOLIO F., "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D. C., Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 80-81; BUERGENTHAL T., NORRIS R. y SHELTON D., *La protección de los derechos humanos en las Américas*, cit. *supra* nota 50, pp. 44-49.

(74) "México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en la obra *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, cit. *supra* nota 69, pp. 199-230; ID. "Los derechos del hombre en su proyección internacional", en la obra *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, cit. *supra* nota 15, pp. 827-845.

exceden con mucho las que corresponden a la Comisión Europea (ver *supra* párrafos 211 a 217). (75)

225. En efecto, a la Comisión Interamericana, además de sus facultades para conocer y formular recomendaciones sobre peticiones de carácter individual, que es la actividad esencial de la Comisión Europea, se le han atribuido otras mucho más extensas, cuyo origen radica en su necesaria intervención, especialmente en las décadas de los años sesentas y setentas, en las que predominaron los gobiernos autoritarios de carácter militar en numerosos países de América Latina. De esta manera, dicha Comisión ha realizado investigaciones de carácter general en aquellos países en los cuales se denunciaron y en aquéllos en los que todavía se señalan violaciones masivas de derechos humanos; ha intervenido con visitas *in loco* en aquellos Estados que dieron su aprobación, o ha establecido misiones especiales, etcétera. Todo ello ha sido muy significativo en los treinta y cinco años de la dinámica e intensa actividad de la Comisión.

226. Como resultaría muy difícil, por la índole de este trabajo, hacer referencia, así sea muy breve, a las diversas funciones y actividades de la Comisión, nos centraremos en la relativa a las reclamaciones de carácter individual, respecto de las cuales existe similitud con la Comisión Europea. De acuerdo con el artículo 44 de la Convención Americana: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estado miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

227. Por otra parte, el artículo 51 del Reglamento de la Comisión Interamericana dispone que: "La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la De-

(75) Cfr. GROS ESPIELL H., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 44, pp. 141-160.

claración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en relación con los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos". A este respecto debe destacarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva número 10, resuelta el 14 de julio de 1989, estableció que si bien dicha Declaración Americana no podía considerarse un tratado en sentido propio, lo anterior no conducía a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos.

228. En tal virtud, la competencia de la Comisión Interamericana es bastante amplia inclusive en relación con las reclamaciones de carácter individual, debido a que puede conocer no sólo de las violaciones cometidas por los Estados partes en la Convención a los derechos consagrados en la misma, sino también de infracciones a la Declaración Americana realizadas por los Estados miembros de la Organización que no hubiesen suscrito la propia Convención. Para la tramitación de las denuncias apoyadas en la citada Declaración, el actual Reglamento de la Comisión establece un procedimiento específico (artículos 51 a 54).

229. El procedimiento en la tramitación de reclamaciones individuales es más flexible que la que se sigue todavía ante la Comisión Europea, en cuanto el artículo 34 del Reglamento de la Comisión Interamericana, relativo a la tramitación inicial de las peticiones, se ha interpretado por la Corte Interamericana en el sentido de que no exige un pronunciamiento expreso sobre la admisibilidad de la petición, que sí se requiere en el organismo europeo, pues basta que la Comisión Interamericana acepte en principio dicha admisibilidad. (76)

230. En forma similar al sistema europeo, para que una petición individual pueda ser admitida por la Comisión Interamericana, es preciso que sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de aquel momento en que el presunto lesionado en

(76) Cfr. GROS ESPIELL H., *op. ult. cit.*, pp. 152-155.

sus derechos haya sido notificado de la decisión final y que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, de acuerdo con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. Como ocurre también en el sistema europeo, la decisión final sobre el agotamiento de los citados recursos corresponde a la Corte Interamericana (ver *supra* párrafo 213) (artículos 46 y 47 de la Convención y 31-37 del Reglamento).

231. En teoría, la Comisión posee poderes de instrucción y de investigación bastante extensas (artículos 46 y 47 de la Convención y 31-37 del Reglamento mencionado), es decir, que si no declara inadmisibile de manera preliminar la petición individual, puede solicitar informes al Estado demandado, pedir documentos y practicar todas las diligencias que considere convenientes, inclusive una investigación *in loco*, para lo cual solicitará que los Estados respectivos proporcionen todas las facilidades necesarias. También de acuerdo con el modelo europeo, la citada Comisión, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, se pondrá a disposición de las mismas en cualquier etapa del examen de una petición, a fin de llegar a una *solución amistosa* del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Interamericana (artículos 48, fracción I, inciso f) de la Convención y 46 del Reglamento).

232. Sin embargo, las facultades de instrucción y de investigación de la Comisión Interamericana son menos eficaces en la práctica que las del órgano similar europeo, ya que, por una parte, no dispone de los instrumentos técnicos para realizar esas delicadas actividades, y por la otra, no cuenta en todos los casos con la cooperación de los Estados demandados, conducta que si bien se ha modificado lentamente, en particular a partir del restablecimiento de los gobiernos democráticos en muchos de los países que fueron dominados por dictaduras militares, todavía no se ha transformado en una franca colaboración, como ocurre con el régimen europeo. Esta situación negativa, que era evidente hace algunos años, determinó la elaboración del artículo 42 del Reglamento, cuya aplicación es ya menos frecuente: "Se

presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Gobierno del Estado aludido si en el plazo máximo fijado por la Comisión en el artículo 34, párrafo 5 (que exige proporcionar la información solicitada por la Comisión dentro de los 90 días contados a partir de la fecha del envío de la propia solicitud), dicho Gobierno no suministra la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa". (77)

233. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 del Reglamento, de no llegarse a una solución amistosa, la Comisión examinará las pruebas que suministre el Gobierno involucrado y el peticionario, las que recoja de los testigos de los hechos o que obtenga por medio de documentos, registros, publicaciones oficiales o mediante una investigación *in loco*. Una vez examinadas las pruebas, la misma Comisión Interamericana debe preparar un informe en el que expondrá los hechos y las conclusiones respecto al caso sometido a su consideración. El artículo 47 reglamentario señala que al transmitir el informe, la Comisión podrá formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes.

234. Como en el sistema interamericano no existe un órgano equivalente al Comité de Ministros del Consejo de Europa, al cual pueda turnarse el citado informe con las recomendaciones pertinentes (ver *supra* párrafo 218), los artículos 50 y 51 de la Convención, así como los artículos 47 a 50 del Reglamento, adolecen de imprecisión, lo que ha motivado una situación de incertidumbre en cuanto a la tramitación final de las peticiones individuales sometidas al conocimiento de la Comisión Interamericana.

235. En efecto, dichos preceptos establecen la posibilidad de dos informes. Uno es el mencionado por el artículo 50, en el cual se establecen las primeras conclusiones y recomendaciones

(77) Cfr. GROS ESPIELL H., *op. ult. cit* pp. 154-157.

que se transmiten al Estado interesado, quien no está facultado para publicarlo. En el artículo 51 de la Convención se fija un plazo de tres meses contados a partir de la trasmisión al Estado interesado del primer informe mencionado, a fin de que la Comisión decida si somete el caso a la Corte Interamericana, o bien continúa la tramitación del mismo y formula un segundo informe con las conclusiones y recomendaciones definitivas, en el cual se señale un plazo para que el Estado respectivo tome las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Transcurrido el citado período, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado las medidas adecuadas y si publica o no el informe.

236. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir el 13 de julio de 1993 la opinión consultiva número 13, que le fue solicitada conjuntamente por los Gobiernos de Argentina y Uruguay sobre ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana, estableció la interpretación, entre otros preceptos, de los citados artículos 50 y 51 de la Convención, respecto de los cuales señaló, en esencia, que dichas disposiciones se refieren a dos documentos que, de acuerdo con la conducta asumida en el ínterin por el Estado al cual se dirigen, pueden o no coincidir en sus conclusiones y recomendaciones, y a los cuales la Convención ha dado el nombre de "informes", que tienen el carácter, uno preliminar y el otro definitivo.

237. En la citada opinión consultiva, la Corte Interamericana señaló que puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo. En efecto, vencido el plazo que la Comisión hubiese otorgado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en el citado segundo informe, sin que se acaten, la Comisión Interamericana decidirá si lo publica o no, decisión ésta que debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos. Concluye la Corte que el documento preliminar y reservado del artículo 50 no puede ser publicado. El único que puede ser objeto de publicación es el informe definitivo previsto por el artículo 51 de la Convención y esto por decisión que tome la Comisión con posterioridad al

plazo señalado al Estado para cumplir con las recomendaciones contenidas en el documento definitivo.

238. E) De acuerdo con el modelo de la Comisión Europea, pero con algunos matices derivados de las características peculiares de los Estados africanos, se estableció la *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, con apoyo en los artículos 30 a 63 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981 y en vigor desde el 21 de octubre de 1986. Dicha Carta se apoya, a su vez, en la Carta de la Organización de la Unidad Africana (OUA), aprobada el 25 de mayo de 1963 y en vigor el 13 de septiembre de ese año, que establece las autoridades de dicha Organización (Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno; Consejo de Ministros, Secretaría General y la Comisión de Mediación, Conciliación y Arbitraje), con las cuales debe actuar dicha Comisión.

239. La Comisión Africana se compone de once miembros elegidos a título individual y por un período de seis años, con posible reelección, por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, en votación secreta, de entre los candidatos propuestos por los Estados parte. Dichos candidatos deben ser personalidades africanas de la más alta reputación, conocidas por su alta moral, integridad, imparcialidad y competencia en materia de derechos humanos y de los pueblos, con especial consideración de las personas que tengan experiencia jurídica. Dicha Comisión posee autonomía respecto de las autoridades de la organización africana y elige a su Presidente y Vicepresidente por un lapso de dos años y pueden ser reelectos (artículos 30 a 44 de la Carta Africana de Derechos Humanos). Sus funciones son muy amplias, pues comprenden la promoción, investigación, enseñanza y tutela de los derechos humanos y de los pueblos africanos, así como la interpretación de los preceptos de la Carta Africana de Derechos Humanos a petición de un Estado miembro o de un órgano de la OUA (artículo 45 de la Carta). También conoce la Comisión de los informes que deben rendir cada dos años los

Estados miembros de la OUA sobre las medidas legislativas y de otro carácter tomadas con el objeto dar vigencia a los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la Carta Africana de Derechos Humanos (artículo 62),

240. Para los fines de este trabajo, interesan especialmente sus atribuciones de investigación de las violaciones de derechos humanos que son planteadas directamente por los Estados miembros contra otros, así como su examen, en vía indirecta, de las reclamaciones de personas individuales o de grupos. Puesto que los individuos y grupos no tienen acceso directo a la Comisión, ésta escoge libremente las quejas. Respecto de estos conflictos, la Comisión realiza un procedimiento similar al del modelo europeo y formula recomendaciones a los Estados involucrados por conducto de la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno, ante la cual destaca las situaciones que el estudio de las reclamaciones revelen como constitutivos de la existencia de una serie de graves y masivas violaciones de derechos humanos, que desafortunadamente no son infrecuentes en los países africanos. En este supuesto, la Asamblea mencionada puede ordenar a la Comisión emprender un estudio en profundidad y formular un informe sobre los hechos, acompañado de pruebas y recomendaciones. Aun cuando estas investigaciones son confidenciales, pueden ser publicadas por el Presidente de la Comisión por decisión de la propia Asamblea (artículos 46-59). Se considera que todavía es lejana la posibilidad de que se introduzca en el ámbito africano un organismo jurisdiccional similar a los que funcionan en Europa y en el Continente Americano, pero ya es un avance que aun con dificultades se hubiesen iniciado las actividades de la citada Comisión Africana (78).

(78) Cfr. MASCARENHAS GOMES MONTEIRO A. M., "La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", en la obra *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, cit. *supra* nota 67, tomo I, pp. 467-483; BUERGENTHAL T., GROSSMAN C., y NIKKEN P., *Manual internacional de derechos humanos*, cit. *supra* nota 12, pp. 115-127.

241. F) Otra institución no jurisdiccional de la cual resulta conveniente hacer una mención, es el *Ombudsman Europeo*, establecido recientemente con apoyo en lo previsto por el artículo 138 e) del Tratado de Roma de 1957, reformado por el Tratado de Maastricht, en el cual se dispone: "El Parlamento Europeo nombrará un Ombudsman con la facultad de recibir reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión (Europea) o de cualquier persona física o jurídica que resida o hubiese registrado su domicilio en un Estado miembro, respecto de actos de administración indebida (*Maladministration*) realizados por los órganos de la Comunidad con motivo de sus actividades, con la excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en ejercicio de sus funciones judiciales". El Parlamento Europeo aprobó el 9 de marzo de 1994 el Estatuto del citado *Ombudsman* (denominado Defensor del Pueblo en la versión castellana de dicha decisión), relativo a las las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, el que fue publicado en Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 4 de mayo del mismo año. De acuerdo con el artículo 6 del citado Estatuto, el *Ombudsman* es nombrado por el Parlamento Europeo después de cada elección de éste y hasta el final de su legislatura y puede ser reelecto. (79)

242. Un gran número de países europeos ha establecido organismos de acuerdo con el modelo escandinavo de Comisionado Parlamentario, (80) con diversas denominaciones, tales como *Parliamentary Commissioner for Administration*; *Médiateur*, *Bürgerbeauftragter*, *Volksanwaltschaft*, *Provedor de Justiça*, *Defensor del Pueblo*, etcétera. Además, dicha institución se ha extendido a

(79) Cfr. BRU C. M., *La ciudadanía europea*, Madrid, Editorial Sistema, 1994, pp. 73-77.

(80) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., "La solución escandinava: El Ombudsman", en su libro *Protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 282-344; ID., "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman", en su libro *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios Comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 189-213.

ordenamientos pertenecientes a diversas familias o tradiciones jurídicas, incluyendo a países en vías de desarrollo, y muy recientemente también a los Estados de Europa Oriental que a partir de 1989 se independizaron del modelo soviético y se aproximaron a los regímenes de Europa Occidental. Inclusive se ha introducido este instrumento en la Constitución de la República Rusa de 1993 (artículo 103(1,e) y en la Carta Provisional de Sudáfrica del mismo año (*Public Protector*) (artículo 110) Por este motivo se ha considerado que la figura del *Ombudsman*, aun cuando con distintos nombre y matices, tiene carácter prácticamente universal. (81) El recientemente creado cargo de *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* está inspirado de cierta manera en el *Ombudsman*, pero sus funciones se vinculan más con la protección de estos derechos en las diversas regiones y países que con reclamaciones individuales.

243. Para no extendernos en esta materia, hay que destacar que, si bien estos organismos están relacionados con el paradigma escandinavo, se pueden distinguir dos categorías esenciales, la de carácter clásico, que tiene como función esencial la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados, y la más reciente, que surgió en Portugal (1976-1982) (*Provedor de Justiça*) y España (1978) (Defensor del Pueblo) y que ha tenido una extraordinaria repercusión en los ordenamientos latinoamericanos (especialmente el Defensor del Pueblo español), la que además de la tutela de las normas de derecho administrativo a nivel ordinario, se concentra esencialmente en la protección de los derechos fundamentales, tanto los consagrados en los pre-

(81) Cfr. LEGRAND A., "Une institution universelle: l'Ombudsman?", en *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1983, pp. 851-856. La bibliografía sobre este organismo, tanto en relación con las instituciones nacionales como desde un enfoque comparativo, es impresionante e inclusive se ha hablado de una "Ombudsmania". Por su carácter general y comparativo nos limitamos a señalar la extensa obra colectiva editada por CAIDEN G. E., *International Handbook of the Ombudsman*, dos volúmenes: I. *Country Surveys*. II. *Evolution and Present Functions*, Westport, Connecticut-London, Greenwood Press, 1983.

ceptos constitucionales como los reconocidos en los tratados internacionales de la materia. (82)

244. De acuerdo con los Tratados de la Unión Europea y el Estatuto correspondiente, el *Ombudsman Europeo* corresponde al modelo clásico, ya que su función principal es conocer, de oficio o mediante instancia de parte, de las reclamaciones presentadas por los afectados dentro del plazo de dos años contados a partir que tengan conocimiento de los hechos, en las que aleguen la violación de sus derechos e intereses legítimos por una indebida actividad administrativa (*Maladministration*) que provenga de las autoridades de la propia Unión (artículos 138e) del Tratado de Roma de 1956, reformado por el de Maastricht, y 2 del Estatuto). Dicho organismo posee las características del modelo escandinavo, ya que está vinculado, pero con autonomía, al Parlamento Europeo. Puede realizar las investigaciones necesarias sobre las violaciones denunciadas, y los organismos comunitarios tienen la obligación de proporcionar la información que les solicite; buscará de común acuerdo con el organismo de la Unión respectivo una solución que permita eliminar los casos de mala administración y satisfacer la reclamación del demandante. Cuando esto no sea posible y la institución tutelar constate la existencia de conductas administrativas indebidas, dirigirá proyectos de recomendación a las autoridades comunitarias involucradas, y las propias autoridades deberán transmitirle un informe detallado en el plazo de tres meses. Posteriormente, el *Ombudsman* someterá un informe sobre el caso al Parlamento Europeo y al órgano demandado, en el cual puede formular recomendaciones debidamente motivadas. También deberá comunicar al reclamante los resultados de la investigación realizada y las recomendaciones respectivas. Al fin de cada período anual de sesiones, el organismo protector deberá presentar al Parla-

(82) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., "Posibilidad del *Ombudsman* en el derecho constitucional latinoamericano", en su libro *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 403-422.

mento Europeo un informe sobre los resultados de sus investigaciones (artículo 3 del Estatuto).

245. Como casi todos los ordenamientos de los quince países que integran actualmente la Unión Europea han establecido organismos nacionales de acuerdo con el modelo del *Ombudsman*, el artículo 5 del Estatuto dispone que el organismo comunitario, a fin de reforzar la eficacia de sus investigaciones y proteger mejor los derechos y los intereses de las personas que le presenten reclamaciones, podrá cooperar con las instituciones que existen en los Estados miembros, respetando las legislaciones nacionales aplicables. De esta manera se coordina una labor preventiva y correctiva de las conductas administrativas de las autoridades internas y las comunitarias, dentro de las esferas de competencia de los organismos respectivos.

246. Finalmente, debemos hacer notar que en nuestra opinión y de acuerdo con la práctica que se ha establecido en un buen número de ordenamientos, si bien la institución comunitaria europea no tiene competencia para examinar la conducta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sí puede fiscalizar sus actividades de carácter administrativo. (83)

247. La razón de tomar en cuenta en este trabajo la figura del *Ombudsman* comunitario europeo se debe a que esta institución, si bien emite recomendaciones no obligatorias, en la práctica soluciona de manera preventiva un conjunto importante de conflictos que de otra manera deberían plantearse ante los órganos jurisdiccionales, por lo que en nuestro concepto esta institución europea, que además debe coordinarse con las instituciones similares de carácter interno, servirá de apoyo y de auxilio al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea.

(83) Cfr. MADRAZO J. (editor), *El Ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

248. G) Queda por hacer una brevísima referencia a las funciones de la *Comisión de la Unión Europea* y a la *Junta del Acuerdo de Cartagena*, en virtud de que ambos organismos comunitarios, el europeo y el andino, realizan actividades relacionadas con las funciones de los tribunales comunitarios respectivos, ya sea promoviendo las impugnaciones sobre el incumplimiento de los Estados miembros de las decisiones de las autoridades comunitarias, o como órganos conciliadores, tratándose de las demandas interpuestas entre los propios Estados, como lo señalamos en su oportunidad (ver *supra* párrafos 198 y 204).

VIII. *La ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales en el ámbito interno.*— 249. Este es uno de los temas más complejos del derecho procesal supranacional, en virtud de que los avances recientes en cuanto a la creación de organismos jurisdiccionales internacionales y de carácter transnacional o comunitario, así como en cuanto al reconocimiento, por parte de un número importante de ordenamientos nacionales, de la supremacía, así sea parcial, del derecho supranacional, ha modificado las reglas tradicionales sobre la ejecución interna de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, pero sin llegarse todavía a la creación de normas y reglas relativamente uniformes sobre la materia, ya que como hemos dicho con anterioridad, se trata de una rama del derecho procesal muy reciente (ver *supra* párrafos 88-95).

250. La situación varía según si se trata del cumplimiento de las resoluciones de los tribunales internacionales o de las de los tribunales supranacionales. Ambos tipos de tribunal comparten la característica de que sus fallos son obligatorios para los Estados que se han sometido a su jurisdicción, pero se distinguen en lo relativo a la ejecución directa de sus resoluciones en el ámbito interno. Por lo que respecta a los tribunales internacionales, trataremos de establecer brevemente los lineamientos del cumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia y

de las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos por los Estados respectivos y en su caso, por los tribunales internos.

251. A) En relación con la Corte Internacional de Justicia, el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que los Estados miembros de la Organización se comprometen a cumplir la decisión de dicha Corte en todo litigio en que sean partes, pero si una de ellas dejara de cumplir las obligaciones que le imponga una sentencia de la Corte, la otra parte podrá acudir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo. A su vez, el Estatuto de la Corte sólo de manera indirecta establece la imperatividad de los fallos de la misma en su artículo 58, el cual establece que: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido". El reglamento de dicho tribunal de 1972, sólo consigna dos disposiciones al respecto, en los artículos 81 y 82. El primero dispone que la decisión tiene fuerza obligatoria a partir del día en se le da lectura en audiencia pública, y el segundo establece que la parte que ha obtenido en su favor el pago de las costas debe presentar la liquidación de las mismas dentro de los diez días siguientes al pronunciamiento del fallo, y en caso de ser objetada, la Corte resuelve sobre el particular.

252. Lo anterior significa que las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia vinculan a los Estados que se han sometido a su jurisdicción, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* que fue consagrado en artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Además, en el artículo 27 de dicha Convención se establece que un Estado parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para no cumplir un tratado. Sin embargo, los fallos de la Corte Internacional carecen de carácter ejecutivo, ya que dicho tribunal no tiene la potestad de imponer coactivamente las obligaciones establecidas en sus decisiones, como sí lo

poseen, por regla general, los órganos jurisdiccionales internos. Como lo señala la doctrina, tanto la práctica como la jurisprudencia reconocen esta situación, puesto que el cumplimiento forzado sólo puede lograrse por medios que ha calificado de "políticos", es decir, por la intervención del Consejo de Seguridad, o bien por medidas tomadas por el Estado que ha obtenido el fallo favorable (*self help*). También se ha sostenido que si se trata de resoluciones dictadas durante el procedimiento, por ejemplo, medidas cautelares, la Corte puede imponerlas al Estado contra el cual se dictan, pero en realidad no se trata de una medida coercitiva, sino de una *carga procesal* (imperativo del propio interés), según los principios generales del derecho procesal, ya que se traducen en una situación desfavorable para la parte incumplida. (84)

253. Un problema muy difícil de resolver es el del valor de las sentencias de la Corte Internacional para los tribunales internos. Sobre el particular no puede darse una respuesta general, pues ello depende de si el ordenamiento interno adopta un criterio monista o dualista en relación con el derecho internacional. La cuestión se complica, por un lado, porque las controversias ante la Corte Internacional se entablan entre Estados y las personas físicas o jurídicas no participan sino en forma muy indirecta, y por el otro lado, debido a la independencia de los órganos jurisdiccionales internos. Lo cierto es que en algunos países los jueces aplican cada vez con mayor frecuencia las normas de derecho internacional, tanto consuetudinarias como convencionales, especialmente si se han incorporado a su ordenamiento nacional, pero en otros impera el desconocimiento de estas disposiciones.

254. B) Por lo que respecta a la situación de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, el artículo 52 de la

(84) Cfr. ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court*, cit. *supra* nota 40, tomo I, pp. 115-162.

Convención de Roma de 1950 dispone que: "Las Altas Partes contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte", pero también se debe tomar en consideración que, de acuerdo con la propia Convención, los Estados deben someterse expresamente a la competencia de dicho tribunal internacional, en los términos del artículo 48 del mismo ordenamiento (lo que han hecho los Estados partes del Consejo de Europa). Esto significa un doble compromiso de los propios Estados para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte. Por otra parte, el artículo 50, que ha tenido una aplicación frecuente, establece que "si la decisión de la Corte declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión de la Corte concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada". A su vez, el artículo 53 del Reglamento de la Corte regula el procedimiento para determinar la reparación conforme al artículo 50 de la Convención, la que puede ordenarse en la sentencia de fondo, o bien por medio de una resolución posterior.

255. Lo anterior significa claramente que las decisiones de la Corte Europea tienen carácter imperativo, ya que deben ser cumplidas obligatoriamente por los Estados respectivos, pero que carecen de carácter ejecutivo, puesto que no pueden ser impuestas coactivamente por el tribunal, como ocurre en el ámbito interno. Por ello es que el artículo 54 de la Convención confía a un órgano político, es decir, el Comité de Ministros, la vigilancia de la citada ejecución. (ver *supra* párrafos 219 y 220), función similar a la del Consejo de Seguridad respecto del cumplimiento de los fallos de la Corte Internacional de Justicia (ver *supra* párrafo 251).

256. En virtud de lo anterior, tanto un sector de la doctrina como la jurisprudencia de dicho organismo jurisdiccional internacional europeo han sostenido que las decisiones de la Corte Europea tienen carácter exclusivamente *declarativo*. (85) A nuestro modo de ver, salvo el supuesto de las decisiones absolutorias, que sí son puramente declarativas, los fallos de la Corte Europea en los cuales se establece que un Estado ha infringido los derechos establecidos en la Convención de Roma, y con mayor razón cuando otorgan al afectado una "satisfacción equitativa", es decir, una reparación que generalmente es de carácter monetario, tienen naturaleza de *sentencias de condena*, de acuerdo con los principios de la teoría o doctrina general del derecho procesal, si se toma en consideración que imponen una determinada conducta o prestación al Estado involucrado, aun cuando el tribunal internacional no lo pueda exigir coactivamente. En este sentido, nadie discute que las sentencias de carácter penal, cuando imponen una sanción, tienen carácter condenatorio, aun cuando desde hace mucho tiempo y como ocurre todavía en numerosos ordenamientos, su ejecución queda a cargo de las autoridades administrativas, pues no es sino hasta hace poco que se han establecido en algunas legislaciones la vigilancia de la ejecución de las penas a cargo de jueces ejecutores.

257. Lo cierto es que corresponde a los Estados determinar los términos en que deben cumplir las decisiones de la Corte Europea, de acuerdo con los lineamientos de sus ordenamientos internos y por conducto de sus organismos nacionales, incluyendo los tribunales. Precisamente por ello es que el artículo 50 de la Convención de Roma establece la posibilidad de una reparación en beneficio del afectado, cuando una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier autoridad de dicho Estado se encuentre en total o par-

(85) Cfr. HITTERS J. C., *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit. *supra* nota 4, tomo I, pp. 333-339; GARCÍA DE ENTERRÍA E. y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 130-134.

cial oposición con las obligaciones que derivan del tratado europeo sobre derechos humanos.

258. Lo anterior significa que para determinar los efectos de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en el ámbito los Estados partes, es preciso examinar los ordenamientos nacionales respectivos, pues son ellos los que señalan, ya sea específicamente o de acuerdo con sus disposiciones generales, la forma de cumplir con los fallos internacionales respectivos. En este sentido resulta muy útil el estudio comparativo que sobre esta materia ha realizado el tratadista español Carlos Ruíz Miguel, (86) quien analiza cuidadosamente los ordenamientos constitucionales de aquellos países que adoptan la doctrina dualista como Dinamarca, Irlanda, Islandia, Suecia, Noruega y el Reino Unido, en los cuales, al no haber sido incorporada la Convención Europea al derecho interno por medio de una ley, su vigencia se produce sólo en el plano internacional. En otros ordenamientos, dicho instrumento internacional ha sido transformado en derecho interno mediante la correspondiente norma estatal; entre ellos se encuentran los de Chipre, Finlandia, Grecia, Italia, San Marino, la República Federal Alemana, Luxemburgo y Malta, pero no por ello las sentencias de la Corte de Estrasburgo poseen carácter ejecutivo en el ámbito nacional. Es decir, se transforman esencialmente las normas sustantivas, ya que los órganos encargados de su protección se mantienen en el plano internacional y no se vinculan directamente con los órganos internos. El modelo monista, que es tan debatido, establece en algunos supuestos la primacía del derecho internacional y en otras la preeminencia del ordenamiento interno. En el primer supuesto se hallan los Países Bajos, que es el único miembro del Consejo de Europa que establece la primacía del derecho internacional. En la situación opuesta, de primacía del derecho inter-

(86) *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su ejecución en el ordenamiento español*, todavía inédito, y que complementan las agudas reflexiones que hace al respecto en su informe el profesor Fernández Segado. Ver *supra* párrafos 42 y 43 del texto.

no, especialmente el constitucional, sobre el derecho supranacional se encuentran España, Francia, Liechtenstein, Portugal, Turquía, Austria (país en el cual a partir de la reforma constitucional de 4 de marzo de 1964 el Convenio Europeo tiene rango de ley constitucional), Bélgica y Suiza. Sin embargo, y a pesar de ciertas disposiciones que en algunos de dichos ordenamientos pudieran interpretarse en el sentido de que permiten reconocer el carácter ejecutivo de los fallos de la Corte Europea, en la práctica no se llega a este resultado. El autor llega a la conclusión, que compartimos, en el sentido de que independientemente del modelo dualista o monista que adopten los ordenamientos internos en relación con el derecho internacional, es preciso un procedimiento y una declaración expresa del carácter ejecutivo de las sentencias de la Corte Europea para que éstas pudiesen cumplirse de manera coactiva en el ámbito interno.

259. C) Por lo que respecta a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la situación es similar a la de su homóloga europea, y así se desprende claramente de la misma Convención Americana, si se toma en cuenta que el artículo 68 preceptúa que los Estados partes de la Convención (y que se hubiesen sometido expresamente a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana), se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte, y que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. Ya hemos visto que la mayoría de los países del Continente, en particular de Latinoamérica, han seguido el modelo dualista y han incorporado a su derecho interno los tratados sobre derechos humanos, con tendencia a reconocer el carácter constitucional de los derechos que contienen dichos instrumentos internacionales (ver *supra* párrafos 121-134). Sin embargo, fuera del caso de Perú, que en su legislación interna apoyada en la anterior Constitución de 1979 establecía en la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo de

7 de diciembre de 1982, que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales supranacionales no requerían para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni de examen alguno, en los restantes ordenamientos, que sepamos al menos, no existen disposiciones que reconozcan expresamente el carácter ejecutivo de los fallos de la Corte Interamericana. Coincidimos con el distinguido internacionalista uruguayo Héctor Gros Espiell, (87) en cuanto a la similitud que existe entre las disposiciones relativas de la Convención de Europea y la Americana, inclusive por lo que se refiere a la "satisfacción equitativa" del artículo 50 de la primera y la "indemnización compensatoria" del artículo 68.2, de la segunda, esto es, que tanto en el sistema europeo como en el interamericano, las sentencias de los organismos jurisdiccionales internacionales de protección de derechos humanos, tienen carácter obligatorio pero no ejecutivo. (88)

260. En esta materia existe una diferencia entre la Corte Europea y la Interamericana, en relación con el órgano político encargado de vigilar la ejecución de sus sentencias. En efecto, en el sistema europeo esa función corresponde al Consejo de Ministros del Consejo de Europa, como lo hemos señalado en varias ocasiones (ver *supra* párrafos 219-220), en tanto que en el régimen interamericano la misma se atribuye, de manera imprecisa, a la Asamblea General de la OEA, ya que los artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto de la Corte Interamericana establecen que en el informe anual que debe presentar a la consideración de la citada Asamblea, la Corte señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su decisión. Esto lo ha hecho dicho tribunal en una o dos ocasiones, sin pronuncia-

(87) *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 191-193.

(88) Cfr. FIX-ZAMUDIO H., "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit. *supra* nota 13, pp. 182-183; HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, Tomo II, pp. 509-511; GOZAÏNI, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional*, cit. *supra* nota 12, pp. 89-93.

miento alguno por parte de aquel órgano, por lo que este procedimiento es más débil que el europeo.

261. Lo cierto es que como ocurre con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos, corresponde al ordenamiento interno de cada Estado regular la forma en que se da cumplimiento a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, y en este sentido sólo existía una disposición expresa en una ley ordinaria en el ordenamiento peruano, según se ha mencionado anteriormente (ver *supra* párrafo 259). Por otra parte, como lo señala el profesor Ayala Corao en su informe sobre Venezuela (y una situación similar existe en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas), no resulta práctica la forma de exigir el cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana conforme al artículo 68.2 de la Convención, por parte de los afectados, a través del procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado, en virtud de que generalmente las leyes procesales otorgan a los organismos públicos un conjunto de privilegios que hacen muy difícil el cumplimiento de sentencias condenatorias de tribunales internos contra las autoridades (ver *supra* párrafo 22).

262. Por lo que se refiere a la eficacia de las sentencias de los tribunales transnacionales, su régimen parece ser diferente al que regula a los tribunales internacionales. Así, las sentencias de los Tribunales de la Unión Europea y del Acuerdo de Cartagena, no sólo son obligatorias, sino que también se consideran ejecutivas. Pero la diferencia entre ambos sistemas, en cuanto a sus consecuencias prácticas, resulta más aparente que real, pues en última instancia son los órganos internos de los Estados partes, incluyendo por supuesto a los tribunales internos, los que están encargados del cumplimiento de los fallos.

263. D) El artículo 187 del Tratado de Roma de 1957, reformado por el de Maastricht de 1992, dispone que las decisiones del Tribunal de la Unión Europea tienen carácter eje-

cutivo, pero lo cierto es que dicho tribunal no puede por sí mismo ordenar el cumplimiento forzoso de dichas resoluciones, sino que son los órganos internos de los Estados, entre ellos los tribunales, los encargados de realizar la ejecución, pues son los propios Estados los que tienen el monopolio de la fuerza pública. (89) Aún cuando es exacto que las normas comunitarias son jerárquicamente superiores a las disposiciones internas, incluyendo las de carácter constitucional de los Estados partes de la Unión, y que los jueces internos deben preferir las primeras sobre las segundas, son éstos los que en último extremo deben decidir sobre la contradicción y desaplicar en su caso los preceptos internos que se opongan al derecho comunitario y sólo en caso de duda pueden o deben plantear la consulta ante el Tribunal Europeo para que establezca la interpretación definitiva y obligatoria (artículo 177 del referido Tratado de Roma) (ver *supra* párrafos 196 y 197).

264. Coincidimos con el tratadista Louis Cartou, en el sentido de que el citado Tribunal de Luxemburgo realiza las funciones de *jurisdicción interna* de la Unión Europea, y por ello no tiene un carácter propiamente internacional, (90) pero tampoco puede considerarse como el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía de los tribunales internos de los Estados respecto del derecho comunitario, es decir, una Corte Suprema de todos estos tribunales. Son muy agudas las observaciones de Mauro Cappelletti, en cuanto señala las diferencias entre un tribunal supremo de un país federal, como por ejemplo la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que puede imponer coactivamente sus sentencias, y la situación del Tribunal de Luxemburgo, que sólo está en posibilidad de hacer cumplir sus fallos por medio de los tribunales nacionales. Por ello estima

(89) Cfr. CARTOU L., *L'Union Européenne*, cit., *supra* nota 19, pp. 164-165.

(90) *Op. ult. cit.*, p. 165.

que los fallos del Tribunal de Luxemburgo tienen naturaleza predominantemente *declarativa* (91)

265. En tal virtud, no existe una diferencia sustancial en cuanto al cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales y los de carácter transnacional, ya que en última instancia son los órganos internos, entre ellos los jurisdiccionales, los que pueden darles cumplimiento, aun cuando por supuesto, el derecho comunitario posee una mayor fuerza obligatoria que las normas propiamente internacionales. Por lo que respecta a los derechos humanos relacionados con las materias comunitarias, ya habíamos señalado que la mayoría de los ordenamientos europeos otorgan preeminencia a las normas constitucionales internas que consagran dichos derechos, que no pueden ser menoscabados, pero sí reforzados, por las decisiones del tribunal comunitario (92) (ver *supra*, párrafos 198-199). Podemos recordar como un ejemplo la categórica disposición del artículo 19 (2) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el cual establece: "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia".

266. E) No requiere mayor reflexión la naturaleza de las sentencias del Tribunal del Acuerdo de Cartagena, ya que tanto el Tratado de creación de dicho organismo jurisdiccional transnacional como su Reglamento Interno se inspiran claramente en el modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de manera que lo que hemos sostenido al respecto es aplicable a la ejecución de las decisiones del tribunal andino, aun cuando debido a su incipiente actividad, no se cuenta con las aportaciones

(91) En varios trabajos, pero especialmente en su libro *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 363-401. Como lo señala el destacado comparatista italiano, la jurisprudencia del citado Tribunal comunitario ha restringido su competencia para decidir respecto a las consultas sobre cuestiones preliminares que pueden o deben plantear los tribunales nacionales con apoyo en el artículo 177 del Tratado de la Unión Europea, a cuestiones de "interpretación" y de "validez", pp. 369-370.

(92) Cfr. CAPPELLETTI M., *op. cit.* pp. 376-382.

de una abundantemente doctrina y una extensa jurisprudencia, como las que existen en Europa. (ver *supra* párrafos 200-204).

IX. *La jurisprudencia supranacional y los tribunales nacionales.*— 267. Del superficial examen que hemos hecho sobre la ejecución en el ámbito de los organismos jurisdiccionales internos, de las sentencias pronunciadas por las Cortes y tribunales internacionales y transnacionales, podemos concluir que no obstante la obligatoriedad de las mismas para los Estados partes, son los órganos de estos últimos son los encargados de su cumplimiento: A pesar de la imperatividad que se atribuye a las decisiones de los tribunales transnacionales, como los de las comunidades europea y andina, son también los jueces nacionales los que se encargan de su efectividad, ya que los primeros no pueden modificar o revocar las resoluciones judiciales de carácter interno.

268. Siendo esto así, aun cuando por supuesto con matices, ya que los procedimientos para la ejecución de las resoluciones supranacionales dependen en mucho de los ordenamientos internos, uno de los aspectos más importantes en las relaciones de los tribunales internacionales y transnacionales con los de carácter nacional es el relativo a la influencia, directa o indirecta, de la *jurisprudencia* de los primeros sobre los segundos. Por supuesto que esa relación es más intensa en la esfera comunitaria, por medio del control difuso de los jueces nacionales, que deben preferir el derecho comunitario sobre el interno, inclusive el de mayor jerarquía, como es el de carácter constitucional. Por eso es que la aprobación de los tratados de integración implica la necesidad de realizar reformas constitucionales para armonizar el derecho interno con el supranacional, como ocurrió evidentemente con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht en varios ordenamientos europeos. (ver *supra* párrafos 107-113).

269. Por medio de la instancia calificada como de *interpretación prejudicial*, corresponde a los tribunales europeo y andino

establecer el alcance de las normas comunitarias con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de la comunidad respectiva, a través de las consultas que facultativamente o de manera obligatoria le hacen los jueces nacionales cuando en un proceso deben aplicar normas de integración. La interpretación hecha por dichos tribunales, que debe limitarse al ordenamiento comunitario, es obligatoria de manera general para los tribunales nacionales y no sólo para aquéllos que han elevado los asuntos ante las jurisdicciones transnacionales, pero por supuesto, estas últimas no pueden interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, lo que nos confirma en nuestra convicción de que los tribunales comunitarios no constituyen un grado superior que pueda revisar las decisiones de los jueces nacionales (artículos 177 del Tratado de Roma de 1957, reformado por el de Maastricht, y 28 a 31 del Tratado que creó el Tribunal del Acuerdo de Cartagena) (ver *supra* párrafos 196 y 204, respectivamente).

270. De esta manera se ha creado una jurisprudencia muy abundante del Tribunal de la Unión Europea (que todavía, por su carácter incipiente no ha establecido el Tribunal Andino), que es obligatoria para los tribunales internos y que ha permitido criterios uniformes sobre el alcance del derecho comunitario: Pero como toda jurisprudencia debe ser dinámica para adaptar las normas a los cambios de la realidad jurídica, en este caso, de la integración, los jueces nacionales han contribuido con sus consultas a un perfeccionamiento de la propia jurisprudencia, que podemos calificar de "comunitaria". Así, lo que se podría denominar "activismo judicial" es el resultado de una permanente colaboración entre el Tribunal de la Unión Europea y los tribunales nacionales. (93)

271. En el campo de la tutela de los derechos humanos, al cual ya hemos hecho referencia con anterioridad (ver *supra* párrafo 265), la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo adque-

(93) Cfr. CARTOU L., *L'Union Européenne*, cit. *supra* nota 19, p. 175.

re mayor trascendencia respecto de lo que se ha calificado como "declaración de derechos no escrita", es decir, aquélla que se integra con derechos que no han sido precisados suficientemente en los ordenamientos constitucionales internos, y que se han perfeccionado con los lineamientos establecidos en los fallos de dicho organismos jurisdiccional de carácter supranacional. Pueden aquí recordarse las observaciones del profesor Kargados en su informe (ver *supra* párrafo 73). El destacado jurista italiano Mauro Cappelletti ha señalado algunos de estos derechos delineados por la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea, como los relativos a *non bis in idem*, certidumbre legal, igualdad y proporcionalidad. (94)

272. Ha sido muy importante la jurisprudencia establecida por la Corte Europea de Derechos Humanos, e inclusive por la Comisión Europea respecto de aquellos casos que turnó al Comité de Ministros del Consejo de Europa y no sometió al conocimiento de la Corte. Aun cuando en sus primeros años dicho tribunal internacional conoció de pocos casos, de manera paulatina se incrementaron los asuntos resueltos, que actualmente son numerosos (ver *supra* párrafo 163), lo que se ha traducido en una abundante y sólida jurisprudencia que cada vez con mayor frecuencia es aplicada en las controversias sobre derechos humanos que se someten a los tribunales internos. En el cuidadoso estudio realizado por Marc-André Eissen, quien durante bastantes años desempeñó el cargo de Secretario de la citada Corte Europea, se señala con precisión la eficacia de la labor de dicho tribunal internacional, tanto de manera preventiva como correctiva, en lo que se refiere a la modificación de disposiciones generales lo mismo que respecto de los criterios aplicados por los tribunales nacionales. (95)

273. Dos disposiciones constitucionales han propiciado la aplicación interna de la jurisprudencia de la Corte Europea de De-

(94) *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit. *supra* nota 91, pp. 377-382.

(95) *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 906-107.

rechos Humanos, y en algunos casos también de la Comisión. Se trata de los artículos 16 de la Constitución Portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978, preceptos que de manera similar disponen que la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos. Entre ellos, por supuesto la Convención de Roma sobre Derechos Humanos de 1950 (ver *supra* párrafo 118). Por ello es frecuente que los Tribunales Constitucionales de ambos países invoquen los criterios jurisprudenciales de la Corte de Estrasburgo. Ello es todavía más patente en los fallos del Tribunal Constitucional español, en virtud de que resuelve de manera definitiva los recursos de amparo que se interponen precisamente por violación de derechos fundamentales (96).

274. Al respecto debemos recordar la aguda observación del profesor Francisco Fernández Segado en el informe español, en cuanto sostiene que lo dispuesto por el artículo 10 antes mencionado significa que la citada Constitución hace suya la interpretación de los derechos y libertades realizada por la Corte Europea (ver *supra* párrafo 52). Inclusive en el Reino Unido, en donde se sigue, como hemos visto, la doctrina dualista y el derecho internacional no se incorpora directamente al ordenamiento británico, los tribunales aplican cada vez con mayor frecuencia la jurisprudencia de la Corte Europea, como lo señala el profesor Christopher Greenwood (ver *supra* párrafo 61), También el profesor Thomas Buergethal menciona en su informe un caso británico en el cual se aplicó la jurisprudencia de la Corte Europea (ver *supra* párrafo 25).

275. Aun cuando la Corte Interamericana tiene sólo 15 años de haber entrado en funciones y ha resuelto relativamente pocos casos, si se le compara con los numerosos asuntos decididos por

(96) Cfr. entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994.

la Corte Europea (ver *supra* párrafo 188), la jurisprudencia que ha establecido no sólo en los casos contenciosos sino también en las opiniones consultivas (ver *supra* párrafo 174) ha tenido influencia, en épocas muy recientes, en las resoluciones de los tribunales internos latinoamericanos, especialmente en los fallos de los tribunales y cortes constitucionales. (97)

276. En dos casos argentinos resueltos por la Corte Suprema de ese país en el año de 1992, que citan los profesores Thomas Buergenthal (ver *supra* párrafo 26) y Juan Carlos Hitters (ver párrafo 66), se consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos era directamente aplicable al ordenamiento constitucional argentino (*self executing*), todavía con anterioridad a la reforma de agosto de 1994 que otorgó a varios tratados internacionales de derechos humanos jerarquía de normas constitucionales (ver *supra* párrafos 131 y 132). Destaca el caso *Ekmekdjian v. Sofovich*, en el cual la Corte Suprema argentina aplicó el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva número 7, resuelta el 29 de agosto de 1987, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta previsto por el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

277. Otro ejemplo significativo lo podemos consultar en la sentencia número 2313, resuelta por la Sala Constitucional de la Corte de Suprema de Costa Rica el 9 de mayo de 1995, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco. Dicha Sala Constitucional (ver *supra* párrafo 114), que ha aplicado con frecuencia de manera directa preceptos de la Convención Americana, así como las tesis jurisprudenciales de la Corte Interamericana que han interpretado varios de dichos preceptos, estableció en dicho fallo que era obligatorio para el Gobierno de Costa Rica el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el 13 de noviembre de

(97) Cfr. NIETO NAVIA R., *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, cit. *supra* nota 47, pp. 89-158.

1985 la opinión consultiva número 5 sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con el artículo 13 de la mencionada Convención Americana, ya que fue solicitada por Costa Rica. Según la citada Sala Constitucional, dicha opinión consultiva “no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y cosotosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

278. Finalmente, podemos destacar que el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991 y la disposición final cuarta de la Carta peruana de 1993, que tomaron como modelo lo dispuesto por los artículos 16 y 10 de las Leyes Fundamentales de Portugal y España a las que nos hemos referido anteriormente (ver *supra* párrafo 118), establecen que las normas relativas a los derechos y libertades que dichas Constituciones reconocen se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por dichos países (ver *supra* los párrafos 125 y 126). Lo anterior significa que la Corte y el Tribunal Constitucionales de Colombia y de Perú deben tomar en consideración, como ha ocurrido con los modelos (ver *supra* párrafo 273) la jurisprudencia, esta vez de la Corte Interamericana. Así lo ha iniciado la Corte Colombiana al conocer la llamada “acción de tutela” (derecho de amparo). (98)

X. *Conclusiones.*— 279. De acuerdo con las reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

280. *Primera.* Uno de los aspectos más dinámicos de la evolución jurídica en los últimos años ha sido el de la relación entre los tribunales nacionales y los supranacionales, los que, con algunos antecedentes después de la primera posguerra, han expe-

(98) Cfr. ARENAS SALAZAR, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2ª. Ed., Santa Fé de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; CHARRY, J. M., *La acción de tutela*, reimpresión, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1992; MONROY TORRES M. y ÁLVAREZ ROJAS F., *Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acción de tutela*, 2 volúmenes, Santa Fé de Bogotá, Iuris Editores, 1993.

rimentado un notable desarrollo después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Europa.

281. *Segunda.* De los informes nacionales utilizados para elaborar esta ponencia (Argentina, Colombia España, Estados Unidos, Grecia, México, Reino Unido y Venezuela) se deduce, en términos generales, la importancia creciente que tienen los organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales supranacionales respecto del ámbito interno. Sin embargo, también se desprende que las relaciones entre ambos niveles presentan cuestiones complicadas que no son resueltas de manera uniforme por cada país.

282. *Tercera.* Los complejos problemas que se presentan en las relaciones entre los tribunales nacionales y los supranacionales sólo podrán solucionarse gracias al esfuerzo conjunto de los cultivadores de los derechos internacional, constitucional y procesal, que hasta hace poco tiempo se encontraban relativamente aislados.

283. *Cuarta.* Dentro del campo del derecho supranacional empieza a formarse una nueva disciplina, distinta del derecho procesal internacional tradicional, que puede calificarse como *derecho procesal supranacional*. Esta disciplina comprende el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también de las del derecho comunitario y de la integración económica, y en forma especial, de las que corresponden al campo de los derechos humanos.

284. *Quinta.* Sin embargo, debe considerarse que el derecho procesal supranacional abarca, además del estudio de las normas instrumentales que regulan la organización y funcionamiento de los organismos jurisdiccionales supranacionales, también el análisis de los procedimientos ante los órganos no jurisdiccionales o parajudiciales supranacionales, como son las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos, ya que cumplen funciones de instrucción de las reclamaciones individuales susceptibles de someterse a las respectivas Cortes de Derechos

Humanos y realizan una labor de interpretación y aplicación de los respectivos instrumentos, que pueden tener influencia en el ámbito interno.

285. *Sexta.* El sector más dinámico del derecho procesal supranacional es el relativo a la solución de controversias en materia de derechos humanos. Este sector, hasta hace unos cuantos años había sido relativamente poco estudiado por los procesalistas, y su análisis se había dejado más bien a los internacionalistas. Sin embargo, el importante desarrollo que ha sufrido en las últimas décadas nos autoriza a hablar de la existencia del que se puede denominar como *derecho procesal internacional de los derechos humanos*.

286. *Séptima.* Las relaciones entre los tribunales nacionales y los supranacionales no pueden estudiarse ni entenderse cabalmente sin plantear previamente la cuestión de las relaciones entre el derecho supranacional y el orden jurídico interno. Si bien en este terreno existen múltiples aspectos y dimensiones, en términos generales puede afirmarse que a partir de la Segunda Guerra Mundial se advierte una vigorosa tendencia a reconocer de manera expresa la supremacía, así sea parcial, del derecho internacional general sobre las disposiciones del derecho interno, no sólo las de carácter convencional incorporadas al derecho nacional, sino inclusive las de carácter consuetudinario (o generalmente reconocidas), algunas de las cuales han adquirido el carácter de *ius cogens*.

287. *Octava.* La mayoría de los ordenamientos de Europa Occidental han establecido disposiciones de una decidida orientación internacionalista. En particular, los ordenamientos de los quince países que constituyen la Unión Europea reconocen, expresa o implícitamente, la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, inclusive el derecho constitucional, si bien en materia de derechos fundamentales ha habido algunas resistencias que se han ido superando.

288. *Novena.* Por su parte, los países latinoamericanos se han mostrado tradicionalmente renuentes a admitir la superioridad

del derecho internacional en el derecho interno, debido a las dolorosas experiencias de las intervenciones de las grandes potencias y de laudos internacionales desfavorables. Sin embargo, en tiempos recientes se ha producido un cambio de actitud, pues de manera paulatina se advierte la tendencia a reconocer cierta preeminencia de las normas supranacionales. Esta tendencia ha sido más acentuada en materia de derechos humanos, y así algunos ordenamientos constitucionales latinoamericanos otorgan expresamente jerarquía de ley superior, e incluso de rango constitucional, a los tratados sobre derechos humanos que ratifiquen los respectivos países. Este reconocimiento se ha dado también en otros ordenamientos, como los de Europa Oriental, sometidos hasta hace pocos años a gobiernos autoritarios o dictatoriales.

289. *Décima.* Para fines del análisis, los tribunales supranacionales pueden clasificarse en *tribunales internacionales* y *tribunales transnacionales*. Los primeros serían aquéllos cuyas decisiones tienen carácter obligatorio, pero no ejecutivo, mientras que los segundos tienen la posibilidad, así sea teórica, de que sus fallos tengan cumplimiento coactivo en el ámbito interno. Se trata de una distinción que no es absoluta y que varía de acuerdo con las disposiciones de los ordenamientos nacionales, que son los que en última instancia deciden sobre el grado y la extensión que confieren a la supremacía de las normas supranacionales.

290. *Décimaprimer.* Entre los tribunales internacionales debe citarse y examinarse, en primer término, la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya. Igualmente pertenecen a esta categoría las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo y San José, Costa Rica, respectivamente. Son tribunales transnacionales en el sentido apuntado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en la ciudad de Luxemburgo, y el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, también llamado Tribunal Andino, con sede en la ciudad de Quito, Ecuador y que ha seguido el modelo del Tribunal Europeo.

291. *Décimasegunda.* Los organismos no jurisdiccionales internacionales que resulta conveniente examinar, debido a su vinculación o relación de complementariedad con los tribunales supranacionales, así como por la importancia de las recomendaciones, doctrinas y principios que han elaborado, son las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Ombudsman Europeo, y en cierta medida la Comisión de la Unión Europea y la Junta Andina.

292. *Décimatercera.* El problema de la ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales en el ámbito interno ha modificado las reglas tradicionales sobre la ejecución interna de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, pero sin llegarse todavía a la creación de normas y reglas relativamente uniformes sobre la materia.

293. *Decimacuarta.* En teoría, existen diferencias en cuanto a la ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales y de los transnacionales. Los fallos de los primeros son obligatorios, pero son los ordenamientos nacionales los que señalan la forma de cumplir con ellos en el ámbito interno. Las resoluciones de los segundos, además de obligatorios para las partes, son ejecutivos en el ámbito interno. Sin embargo, la diferencia en las consecuencias prácticas de ambos sistemas es más aparente que real, ya que los tribunales transnacionales tampoco pueden lograr la ejecución interna forzosa de sus sentencias, que quedan nuevamente a cargo de los órganos internos, entre ellos los tribunales.

294. *Décimaquinta.* En particular, las decisiones de los tribunales comunitarios como el Tribunal de Justicia europeo y el Tribunal Andino, son obligatorias para los tribunales internos de los países miembros en lo que se refiere a las normas comunitarias. Aunque dichos tribunales supranacionales son *tribunales internos* de la Comunidad respectiva, no constituyen una especie

de Corte Suprema para los tribunales nacionales y por tal motivo no pueden revisar, modificar o revocar las resoluciones de estos últimos cuando tienen carácter interno.

295. *Décimasexta.* El ámbito en el que se advierte una creciente influencia, tanto directa como indirecta, de los tribunales supranacionales sobre los nacionales es en el de la jurisprudencia. Si bien los tribunales internacionales se han nutrido de muchas de las doctrinas jurídicas elaboradas por los tribunales del nivel nacional, el fenómeno contrario se produce cada vez con mayor frecuencia. Esto es así no sólo cuando los tribunales nacionales están obligados a seguir los criterios de un tribunal supranacional, como es el caso de los países miembros de la Unión Europea respecto del Tribunal de Luxemburgo, o cuando la Constitución nacional de un país incorpora la interpretación que realicen órganos internacionales, como ocurre con España, Portugal, Perú o Colombia en materia de derechos fundamentales, sino también cuando los tribunales internos adoptan o reciben voluntariamente esos criterios y los aplican en sus sentencias internas. De esa manera se produce una colaboración recíproca entre los tribunales nacionales y los internacionales.



ITALO ANDOLINA

LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE
NEL PROCESSO CIVILE



SOMMARIO: 1. Linee fondamentali della cooperazione giudiziaria internazionale in materia civile.— 2. Un primo modello: delineato dalle normative interne statuali, ispirato al principio di sovranità nazionale ed incentrato sul tema della disciplina dei conflitti (tra leggi e) tra giurisdizioni.— 3. *Segue*: evoluzione registrata dalle codificazioni interne dei Paesi Latino-americani. L'esperienza statunitense (USA): i *Restatements of the law of conflict of laws*.— 4. Un secondo modello ispirato al principio di cooperazione tra Stati: fondato su fonti pattizie di diritto internazionale ed avente ad oggetto il momento della formazione dei provvedimenti giurisdizionali interni e (il momento) della loro circolazione internazionale.— 5. *Segue*: la cooperazione internazionale nell'area latino-americana: dal Trattato di Montevideo del 1889 all'*Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Ibero-América*.— 6. *Segue*: l'esperienza latino-americana e la sua evoluzione verso un modello di "cooperazione-integrazione".— 7. Il modello di cooperazione internazionale nell'area europea. Le Convenzioni dell'Aja e la loro progressiva espansività.— 8. *Segue*: Le convenzioni maturate in seno a (nuove) organizzazioni internazionali a carattere europeo. Un nuovo modello di cooperazione-integrazione.— 9. Considerazioni intorno al crescente fenomeno di omogeneizzazione degli ordinamenti interni: verso uno *ius commune* dei processi civili. Due esempi paradigmatici tratti dall'esperienza maturata in Uruguay (il nuovo *Código General del Proceso*) e in Italia (legge 31 maggio 1995, n. 218 sulla "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato").— 10. Considerazioni conclusive.

1. *Linee fondamentali della cooperazione giudiziaria internazionale in materia civile.*— La necessità di realizzare forme più o meno sofisticate di cooperazione tra le diverse giurisdizioni statali deriva dalla fondamentale esigenza di garantire una piena esplicazione giurisdizionale dei singoli Stati anche nelle ipotesi in cui non si possa prescindere da un certo raccordo con altri sistemi giuridici diversi da quello del foro, poiché la vicenda processuale considerata presenta punti rilevanti di contatto con que-

sti ultimi. Tale necessità si impone in maniera sempre più pressante in ragione dell'intenso sviluppo di rapporti giuridici di respiro trans-nazionale, collegati cioè – in vario modo – a diversi ordinamenti giuridici statali (1).

Com'è noto, la cooperazione giudiziaria internazionale viene intesa da una parte della dottrina come un fenomeno di collaborazione reciproca tra gli Stati essenzialmente volta a rendere possibile o comunque più agevole lo svolgimento di un determinato processo. Tale fenomeno ricomprenderebbe pertanto le attività di assistenza prestate da uno Stato per la notifica di un atto promanante dall'autorità giurisdizionale di un altro Stato, per l'assunzione nel proprio territorio di un mezzo istruttorio da utilizzare nel processo pendente dinanzi all'autorità giurisdizionale di altro Stato o, ancora, per fornire conoscenza del contenuto

(1) I La letteratura in questa materia è molto vasta. Fra le trattazioni fondamentali di carattere generale nella dottrina italiana si rammentano: CUCINOTTA, *L'assistenza giudiziaria nei rapporti internazionali*, Milano, 1935; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954; CAPPELLETTI, PERRILLO, *Civil Procedure in Italy*, The Hague, 1965; POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967. Si vedano anche CANSACCHI, *Assistenza giudiziaria internazionale*, in *Novissimo Digesto It.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1408 ss.; MICHELI, *La cooperazione internazionale in materia di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 570 ss.; CANSACCHI, *Assistenza giudiziaria internazionale*, in *Novissimo Digesto It.*, App., Torino, 1980, p. 526 ss.; POLITI, *Assistenza giudiziaria internazionale*, in *Digesto disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 455 ss.; POCAR, *Cooperazione giudiziaria internazionale (in materia civile)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. I ss. Per una sintetica descrizione del fenomeno della cooperazione internazionale in materia di diritto internazionale privato e processuale nella letteratura manualistica italiana cfr. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, 1972, vol. I, p. 41 ss. Per la dottrina straniera cfr., in particolare, SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leyden, 1967; NAGEL, *Nationale und internationale Rechtsbilfe im Zivilprozess: das europäische Modell*, Baden-Baden, 1971; CAPATINA, *L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1983, I, p. 305 ss.; RISTAU, *International Judicial Assistance: Civil and Commercial*, Washington, 1984; VOGLER, *The Expanding Scope of International Judicial Assistance and Cooperation in Legal Matters*, in *Die Friedens-Warte*, 1986, p. 286 ss., e MACLEAN, *International Judicial Assistance*, Oxford, 1992. Infine, per un'ampia rassegna delle normative interne dei principali Stati europei in tema di assistenza giudiziaria internazionale, cfr. SMIT (ed.), *International Cooperation in Litigation: Europe*, The Hague, 1965.

del proprio diritto materiale all'autorità giurisdizionale di un altro Stato in vista dell'applicazione di esso in un processo pendente dinanzi a quest'ultima (2).

Secondo un altro orientamento, invece, alla nozione di cooperazione giudiziaria dovrebbe ricondursi ogni forma di collaborazione prestata da uno Stato al fine di consentire il compiuto esercizio della giurisdizione di altro Stato, intesa in senso lato, cioè comprensiva anche della fase di attuazione della funzione giurisdizionale e quindi, in particolare, del riconoscimento e della esecuzione delle sentenze straniere (3).

L'esigenza di un coordinamento tra le diverse giurisdizioni statali, per evitare che l'insorgere di conflitti tra di esse possa costituire un intralcio al compiuto svolgimento della funzione giurisdizionale, viene avvertita in pieno già nel secolo scorso. Infatti, è proprio a questo periodo che risalgono i primi tentativi di individuare le soluzioni tecniche più appropriate per rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'esercizio della giurisdizione a causa della sussistenza di determinati elementi di estraneità della vicenda processuale rispetto all'ordinamento dell'organo giudicante.

Data l'assenza di norme internazionali consuetudinarie in materia (4), risulta inevitabile il ricorso allo strumento dell'accordo internazionale tra Stati allo scopo precipuo di assicurare la predisposizione e l'applicazione di soluzioni tecniche uniformi negli ordinamenti dei vari Stati contraenti (5).

(2) Si tratta della assistenza giudiziaria internazionale intesa *stricto sensu*. Su tale orientamento CAPPELLETTI, PERRILLO, *op. cit.*, p. 397 ss.; POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 1 ss., in particolare p. 4, ed infine, anche per un quadro complessivo delle varie posizioni al riguardo, CAPATINA, *op. cit.*, pp. 317-325.

(3) In questo senso si vedano CUCINOTTA, *op. cit.*, p. 1 ss.; SERENI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile con speciale riferimento alle relazioni italo-statunitensi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 751 ss., e RISTAU, *Overview of International Judicial Assistance*, in *The Int. Lawyer*, 1984, p. 525.

(4) A questo riguardo appare sufficiente tenere presenti le considerazioni svolte da POCAR, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 41 ss.

(5) Sulle questioni inerenti alla predisposizione di norme comuni di diritto internazionale privato e processuale per il tramite di convenzioni internazionali cfr.

Il movimento della cooperazione internazionale nelle materie in cui possono prodursi conflitti tra diverse giurisdizioni si sviluppa peraltro solo in ambiti geografici ristretti. Infatti, le forme più significative di cooperazione giudiziaria internazionale in materia civile si realizzano inizialmente in America latina e successivamente nell'Europa continentale, mentre gli altri Paesi rimangono per lungo tempo estranei a tale movimento multilaterale di cooperazione internazionale (6). Inoltre, è appena il caso di segnalare che talvolta gli strumenti di cooperazione regionale non riescono a coinvolgere tutti gli Stati dell'area considerata (7).

Nel continente americano la codificazione di norme uniformi in materia avviene, per una prima lunga fase, su iniziativa dei governi di alcuni Stati e soltanto nell'area latino-americana (8). Si pensi, in particolare, ai seguenti accordi internazionali:

a) il Trattato di Montevideo del 11.1.1889 sul diritto processuale internazionale (9);

b) il c.d. Codice Bustamante, annesso alla Convenzione sul diritto internazionale privato firmata all'Avana il 20.1.1928 (10);

HOOGSTRATEN, *La codification par traités en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1967, III, p. 337 ss.

(6) Sulla complessità dei problemi derivanti dalla mancata partecipazione di molti Stati alla cooperazione internazionale multilaterale in questa materia cfr. per tutti JONES, *International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform*, in *Yale Law Review*, 1953, p. 515 ss.

(7) Così è avvenuto ad esempio in America latina (cfr. sul punto VITTA, *op. cit.*, p. 43).

(8) Sulle prime esperienze di cooperazione internazionale in materia giudiziaria tra i Paesi sudamericani cfr. NOLDE, *La codification du droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936, I, p. 303 ss.; VIEIRA, *Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1970, II, pp. 393-419, e PARRA-ARANGUREN, *Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1979, III, pp. 65-74.

(9) Cfr. il testo in *American Journal Int. Law*, 1939, p. 147 ss. Per un commento v. ad esempio NOLDE, *op. cit.*, p. 354 ss.

(10) Il testo è riprodotto in *American Journal Int. Law*, 1939, p. 152 ss. Per un commento si vedano NOLDE, *op. cit.*, p. 360 ss., nonché, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, PARRA-ARANGUREN, *El Código Bustamante: Su vigencia en A-*

c) il nuovo Trattato di Montevideo del 19 marzo 1940 sul diritto processuale internazionale, che rappresenta una revisione di quello del 1889 (11).

Successivamente, tali iniziative acquistano una portata ben più ampia, in quanto l'attività di codificazione nelle materie qui considerate riceve impulso nel quadro dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), mediante la convocazione, da parte del Comitato giuridico inter-americano, di periodiche Conferenze inter-americane specializzate sul diritto internazionale privato (CIDIP). Ne consegue che, almeno in linea di principio, tutti gli Stati americani possono risulterne coinvolti (12).

In questo contesto, assumono rilievo ai fini del presente lavoro un numero consistente di strumenti convenzionali di cooperazione:

a) la Carta di Bogotà, istitutiva dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), firmata il 30 marzo 1948 (13);

mérica y su posible ratificación por España, in *Codificación del Derecho internacional Privado en América*, Caracas, 1982, p. 113 ss.

(11) Il testo del Trattato in questione è pubblicato in *Congresos Sud-Americanos de Derecho Internacional Privado (Montevideo 1888-1889 y 1939-1940)*. *Actas y Documentos Seleccionados*, CJI-14 (A), Washington, 1974. Cfr. in merito GOLDSCHMIDT, *El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940*, in *Revista de Derecho Procesal*, 1957, p. 709 ss.

(12) A questo riguardo cfr., in generale, PARRA-ARANGUREN, *Recent Developments*, cit., p. 55 ss.; TROBOFF, *The Second Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, in *American Journal Int. Law*, 1979, p. 704 ss.; SAMTLEBEN, *Die interamerikanischen Spezialkonferenzen für IPR*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1980, p. 257 ss.; GARCIA-AMADOR, *The Inter-American System*, London-Rome-New York, 1983, in particolare p. 393 ss.; PARRA-ARANGUREN, *Codification in America with Particular Reference to the Third Specialized Inter-American Conference on Private International Law (CIDIP-III)*, in AA.VV., *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, IV, p. 227 ss.; PARRA QUIJANO, *Cooperación judicial en el área iberoamericana*, in *Rev. de la Fac. de Derecho de México*, 1990, p. 167 ss.; SAMTLEBEN, *Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1992, p. I ss.

(13) Si veda il testo originario in GARCIA-AMADOR, *op. cit.*, p. 331 ss. Il testo attuale, come modificato in virtù di vari Protocolli di emendamento, è riportato in

b) la Convenzione inter-americana sull'assunzione dei mezzi di prova all'estero, firmata a Panama il 30 gennaio 1975 (14);

c) la Convenzione inter-americana sulle rogatorie all'estero, firmata a Panama il 30 gennaio 1975 (15);

d) la Convenzione inter-americana sulla efficacia extraterritoriale delle sentenze e dei lodi stranieri, firmata a Montevideo l'8 maggio 1979 (16);

e) la Convenzione inter-americana sulla esecuzione delle misure cautelari, firmata a Montevideo l'8 maggio 1979 (17);

f) la Convenzione inter-americana sulla prova e sulla informazione relativa al diritto straniero, firmata a Montevideo l'8 maggio 1979 (18);

g) la Convenzione inter-americana sulla giurisdizione in ambito internazionale per l'efficacia extraterritoriale delle sentenze

BURGHENTAL, NORRIS, *Human Rights, The Inter-American System*, I, New York, 1989, p. 3 ss. Cfr. in merito, per tutti, GARCIA-AMADOR, *op. cit.*, p. 142 ss.

(14) Il testo è pubblicato in *Int. Legal Materials*, 1975, p. 339 ss. Tale Convenzione è stata poi integrata con un Protocollo addizionale, firmato a La Paz il 24 aprile 1984 (cfr. il relativo testo in *Int. Legal Materials*, 1985, p. 472 ss.). Sul contenuto della Convenzione si veda per tutti SCHWAPPACH, *The Inter-American Convention on Taking Evidence Abroad: a functional comparison with the Hague Convention*, in *New York Int. Law Review*, 1991, p. 69 ss. Sul Protocollo cfr. PARRA-ARANGUREN, *Codification in America*, cit., p. 236 ss.

(15) Vedila riprodotta in *Int. Legal Materials*, 1975, p. 328 ss. Ad essa è stato successivamente accostato un Protocollo addizionale, firmato a Montevideo l'8 maggio 1979 (il relativo testo è riportato in *Int. Legal Materials*, 1979, p. 1238). Su tali accordi si veda LOW, *International Judicial Assistance Among the American States - the Inter-American Conventions*, in *The Int. Lawyer*, 1984, p. 707 ss.

(16) Cfr. il testo in *Int. Legal Materials*, 1979, p. 1224 ss. Su tale Convenzione v. PARRA-ARANGUREN, *Recent Developments*, cit., p. 134 ss. Ad essa va ovviamente ricollegata la Convenzione inter-americana di Panama del 30 gennaio 1975 sull'arbitrato commerciale internazionale.

(17) Il testo di tale Convenzione è riprodotto in *Int. Legal Materials*, 1979, p. 1227 ss. Per un sintetico commento cfr. PARRA-ARANGUREN, *Recent developments*, cit., p. 137 ss.

(18) Cfr. il testo della Convenzione in *Int. Legal Materials*, 1979, p. 1231 ss. Per una breve analisi di esso v. PARRA-ARANGUREN, *Recent Developments*, cit., p. 139 ss.

straniere, firmata a La Paz il 24 aprile 1984 (19).

Più di recente, sempre nell'area latino-americana e nel quadro di un'organizzazione internazionale di carattere regionale quale il "Mercado Comun del Sur" (MERCOSUR), viene promossa un'interessante iniziativa di cooperazione multilaterale in materia giudiziaria. A questo proposito vanno tenuti in considerazione:

a) il Trattato di Asunción del 26 marzo 1991, istitutivo del MERCOSUR (20);

b) il Protocollo di Ouro Preto sulle misure cautelari, adottato il 17 dicembre 1994 dal Consiglio del Mercato Comune di tale organizzazione (21).

In Europa, la cooperazione internazionale si realizza attraverso le Conferenze dell'Aja ovvero in seno a vere e proprie organizzazioni internazionali, quali l'Unione europea ed il Consiglio d'Europa, o ancora nel quadro di un più ampio accordo internazionale, quale lo Spazio Economico Europeo (SEE).

(19) Cfr. il testo in *Int. Legal Materials*, 1985, p. 468 ss. Per un breve commento v. PARRA-ARANGUREN, *Codification in America*, cit., p. 239 ss.

(20) Il testo del Trattato in questione è pubblicato in *Int. Legal Materials*, 1991, p. 1041, ed è entrato in vigore tra Argentina, Brasile, Paraguay ed Uruguay nel novembre del 1991. Per un commento si vedano ALBANESE, "El Tratado de Asunción" hacia la constitución de "Mercosur", in *La Ley*, 1991-E-974; SUAREZ ANZORENA, *Notes sobre el "Mercado Común del Cono Sur"*, in *La Ley*, 1991-E-942; PASTORI, *Marché Commun du Sud*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 778 ss.; O'KEEFE, *An Analysis of the Mercosur Economic Integration Project from a Legal Perspective*, in *The Int. Lawyer*, 1994, p. 439 ss. Si tenga presente che il Trattato di Asunción del 1991 è stato successivamente incorporato nel quadro dell'Associazione latino-americana di integrazione (ALADI - istituita con il Trattato di Montevideo del 12 agosto 1980; cfr. il testo in *Int. Legal Materials*, 1981, p. 672 ss.), come Accordo ALADI n. 18 del 23 gennaio 1992. Sui precedenti tentativi di integrazione economica in America latina cfr. CARL, *The New Approach to Latin America Integration and Its Significance to Private Investors*, in *Foreign Investment Law Journal*, 1987, p. 335 ss.; SALERNO, *Treinta años de integración latino-americana: perspectiva jurídica y empresarial*, in *La Ley*, 1991-D-1104.

(21) Si tratta della Decisione n. 27/94, non ancora pubblicata.

I trattati promossi in materia nell'ambito delle varie Conferenze dell'Aja, cui hanno via via preso parte sempre più numerosi Stati extracuropei (22), sono i seguenti:

- a) Convenzione relativa alla procedura civile, firmata all'Aja il 1° marzo 1954 (23);
- b) Convenzione relativa alla notifica all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, firmata all'Aja il 15 novembre 1965 (24);
- c) Convenzione sull'ottenimento di prove all'estero in materia civile e commerciale, firmata all'Aja il 18 marzo 1970 (25);

(22) Alla Conferenza dell'Aja, sorta nel 1893 come un'istituzione meramente europea per iniziativa del giurista olandese Tobias Michael Asser, hanno aderito nel periodo successivo all'ultimo conflitto mondiale vari Stati, sia di *common law* (Australia, Canada, Irlanda, Regno Unito, Stati Uniti) che extra-europei (Argentina, Cile, Egitto, Giappone, Israele, Messico, Turchia, Venezuela). Sulle Conferenze dell'Aja si veda, da ultimo, LIPSTEIN, *One Hundred Years of Hague Conferences on Private International Law*, in *Int. and Comp. Law Quarterly*, 1993, p. 553 ss. Il testo delle varie Convenzioni dell'Aja che verranno via via citate nel presente lavoro è riportato in *Conférence de La Haye de droit international privé, Recueil des conventions (1951-1980)*, La Haye, 1982. Per interessanti considerazioni sulle questioni relative al coordinamento tra le diverse Convenzioni dell'Aja cfr., per tutti, GOESEL, *Codification du droit international privé et droit des traités*, in *Annuaire français de droit int.*, 1992, p. 358 ss.

(23) Si rammenta che tale accordo ha sostituito la precedente Convenzione dell'Aja sulla procedura civile del 17 luglio 1905. Sulla Convenzione del 1954 cfr., in generale, PONSARD, *La Convention de la Haye du 1 mars 1954 relative à la procédure civile*, in *Travaux du Comité français de droit int. privé (1960-1962)*, Paris, 1963, p. 42 ss.

(24) Su tale Convenzione v., per tutti, COSTANTINO, SARAVALLE, *Il regime della notificazione all'estero secondo la Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 451 ss.

(25) Sulla Convenzione in questione cfr. SANDMAN, *Gathering Evidence Abroad: The Hague Evidence Convention Revisited*, in *Law and Policy in Int. Business*, 1984, p. 963 ss.; BLACK, *United States transnational discovery: the rise and fall of the Hague Evidence Convention*, in *The Int. and Comp. Law Quarterly*, 1991, p. 901 ss.; PLATTO, LEE, *Obtaining evidence in another jurisdiction in business disputes*, London, 1993, e PLASTER, *The Hague Evidence Convention: the need for guidance on procedures and resolutions of conflicts in transnational discovery*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1994, p. 185 ss.

d) Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze in materia civile e commerciale, firmata all'Aja il 1° febbraio 1971 (26).

Altre convenzioni maturano, come già accennato, in seno ad organizzazioni internazionali a carattere europeo:

a) il Trattato istitutivo della CEE, firmato a Roma il 25 marzo 1957;

b) la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Unione europea) (27);

c) la Convenzione europea nel campo dell'informazione sul diritto straniero, firmata a Londra il 7 giugno 1968 (Consiglio d'Europa) (28);

d) la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Spazio economico europeo) (29).

(26) Cfr. il testo in *Revue crit. de droit int. privé*, 1966, p. 329 ss. ed il Protocollo addizionale in *ibidem*, 1967, p. 203 ss. Per un breve esame di tale Convenzione v. LIPSTEIN, *op. cit.*, p. 642 ss.

(27) La letteratura su tale Convenzione è veramente sterminata. Ci limitiamo a ricordare DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, 1972; WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Paris, 1975; GOTHOT, HOLLEAUX, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, 1985; KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987; DUINTJER TEBBENS, KENNEDY, KOHLER (ed.), *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, London-Dublin-Edimburgh-Brussels, 1993; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, Heidelberg, 1993; POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 1995. Sulla Convenzione di Donostia-San Sebastian si veda BARIATTI, *L'entrata in vigore per l'Italia della Convenzione di Donostia-San Sebastiano sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 471 ss.

(28) Cfr. in proposito WOLF, *Das europäische Übereinkommen von 7 Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1975, p. 1583 ss.

(29) Su tale Convenzione si vedano BROGGINI, *La Convenzione parallela di Lugano nella prospettiva di un giurista svizzero*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 573 ss.;

Si può quindi rilevare che, per assicurare l'efficacia dell'esercizio della giurisdizione civile, la cooperazione internazionale si è affermata in determinate aree regionali, ma non si è estesa a livello universale. Solo di recente, con l'adesione alla Conferenza dell'Aja di vari Stati dell'area anglosassone e di alcuni Stati extra-europei, tale foro sembra assumere sempre più un connotato virtualmente universale e non soltanto regionale (30).

Inoltre, è appena il caso di evidenziare una chiara linea di tendenza che, dopo pochi tentativi di promuovere una cooperazione a largo raggio fondata su un unico strumento convenzionale dedicato in generale alla procedura civile (si pensi ai Trattati di Montevideo del 1889 e del 1940, nonché alla Convenzione dell'Aja del 1954), privilegia la cooperazione su determinati temi specifici, cruciali per il funzionamento del processo civile (notifica di atti all'estero, informazione sul diritto straniero, ottenimento di prove all'estero), articolandola in molteplici strumenti convenzionali basati però su meccanismi di cooperazione più intensa.

Pertanto da una cooperazione a carattere tendenzialmente generale si è passati ad una cooperazione parziale, in specifici settori. Semmai, si può notare che le forme più ampie e significative di cooperazione in materia giudiziaria, caratterizzate da una spiccata coerenza intrinseca sono emerse nell'ambito di organizzazioni internazionali o nel quadro di accordi internazionali funzionalizzati alla realizzazione di forme più o meno intense di cooperazione o integrazione economica.

Fin qui si è ritenuto utile fornire un quadro d'insieme delle iniziative maturate sul piano internazionale allo scopo di attenuare i possibili conflitti tra diverse giurisdizioni statali. A questo

MERCIER, DUTOIT, *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Bâle, 1991, e GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, 1993.

(30) Su tale problematica si veda soprattutto JESSURUN D'OLIVEIRA, *Universalisme ou régionalisme de la Conférence de la Haye*, in *Revue crit. de droit int privé*, 1966, p. 347 ss.

punto appare opportuno tentare di individuare i diversi tipi di approccio sino ad oggi affermatasi per far fronte alle peculiari e molteplici problematiche derivanti dalla presenza di elementi di transnazionalità in una determinata vicenda processuale, per poi meglio focalizzare le attuali linee di tendenza in questa complessa materia.

2. *Un primo modello: delineato dalle normative interne statuali, ispirato al principio di sovranità nazionale ed incentrato sul tema della disciplina dei conflitti (tra leggi e) tra giurisdizioni.*— La complessità e vastità delle esperienze maturate sul versante della cooperazione internazionale in materia giudiziaria (civile), lungo oltre un secolo e secondo le linee fondamentali poc'anzi disegnate, non consentono (almeno, in questo primo approccio all'ampia tematica) analisi approfondite né — men che mai — ricerche settoriali; ma impongono piuttosto uno sforzo di sintesi — e, quindi, una rivisitazione ed un ripensamento *per generalia* delle variegate problematiche — capace di cogliere il senso complessivo di marcia di quel travaglio, e però di prefigurare in modo consapevole il nuovo modello di “cooperazione/integrazione trans-nazionale”, che il morente tormentato XX secolo sembra ormai consegnare alla Storia sul limitare del terzo millennio.

Coerentemente con tali scelte metodologiche ho ritenuto di individuare tre aree tematiche e di enucleare dalla normativa — che, in tempi diversi ed in aree geografiche diverse, ha governato il fenomeno della cooperazione internazionale in materia giudiziaria (civile) — tre distinti “modelli”, storicamente correlati ad altrettanti stadi dell'evoluzione della normativa in parola.

Un primo (e più antico) modello è quello incentrato sul tema della “disciplina dei conflitti” (tra leggi e) tra giurisdizioni, e rigorosamente ispirato al principio di sovranità (nazionale), anzi a questo totalmente subalterno.

A connotare tale modello concorrono (fondamentalmente) i seguenti dati:

- la normativa, che concreta il *corpus* di diritto processuale internazionale, riveste (prevalentemente) carattere interno: rinvenendo essa la propria fonte (pressoché esaustiva) nel diritto statale (interno), assai più che nelle convenzioni di diritto internazionale;

- ove esistenti, le fonti pattizie internazionali rivelano (almeno, originariamente) un area di operatività assai ridotta.

Il modello statale – coerentemente con l'idea di fondo (da cui è ispirato) di salvaguardia della propria sovranità – si muove (di regola) lungo le seguenti direttrici:

a) non si prevede l'ipotesi di "litispendenza internazionale" (assolutamente ininfluente, quindi, all'interno dell'ordinamento statale). La previa pendenza della medesima lite avanti al Giudice straniero non è di ostacolo alcuno alla instaurazione del giudizio interno. Il problema – come si vedrà di qui a poco – non si pone *ex ante* sul terreno della "litispendenza" ma (soltanto) *ex post* su quello del (successivo) eventuale conflitto tra giudicati.

b) Si afferma il dominio della *lex fori* sull'intera materia della utilizzazione delle prove (prodotte all'estero). Alla *lex fori* in particolare, soggiace il regime dell'onere probatorio e quello relativo all'ammissibilità dei mezzi di prova (che – oltre che leciti – debbono altresì essere astrattamente previsti dall'ordinamento processuale interno), nonché – beninteso – il regime del valore probatorio delle prove (consentite).

c) Si postula la necessità che le 'rogatorie' internazionali – ivi comprese quelle afferenti l'assunzione di prove –, prima di essere eseguite, siano previamente deliberate da organi giurisdizionali interni e all'uopo (eventualmente) munite di "*exequatur*".

d) Non si presta ossequio al principio "*iura novit curia*" relativamente al (l'applicazione del) diritto straniero.

e) Si prevede (per contro) la necessità che le sentenze straniere – per spiegare i propri effetti nell'ordinamento interno – siano previamente soggette ad omologazione (originariamente riservata, peraltro, soltanto alle sentenze che – tra i vari requisiti richiesti – risultino anche già passate in giudicato).

Per questa via, restano inoperanti nell'ordinamento interno (tutte) le sentenze rese dal Giudice straniero non ancora passate in giudicato, e (*a fortiori*) tutti i provvedimenti inidonei ad acquisire autorità di cosa giudicata.

Peraltro, la sentenza straniera – per potere essere omologata – non deve essere contraria ad altra sentenza interna avente forza di giudicato tra le medesime parti: e ciò, al di fuori del criterio della “litispendenza” (non rilevando, quindi, che il processo interno sia iniziato prima o dopo quello esterno; ma rilevando soltanto che, al tempo in cui si chiede l'omologazione esista già, o non, un giudicato interno).

All'interno di questo “modello” (ispirato al principio di sovranità) non v'è spazio – almeno, in origine, e salvi i temperamenti che saranno via via introdotti – per i provvedimenti provvisori e/o cautelari (vuoi anticipatori che conservativi) né, in genere, per quelli non aventi forza di giudicato.

Alla “logica” di questo modello – in buona sostanza – (preordinato, come esso è, alla salvaguardia della sovranità del proprio Stato e della tendenziale esclusività della propria giurisdizione) è fondamentalemente estranea (ancora) l'idea, e l'esigenza, della “cooperazione internazionale”.

Tale idea di fondo è, infatti, solo marginalmente presente nella disciplina (di diritto processuale internazionale) che presiede alla formazione dei provvedimenti giurisdizionali interni (com'è, esemplarmente, dimostrato vuoi dalla segmentazione della normativa sulle prove, vuoi dalla pressoché indiscriminata imposizione di procedure di *exequatur* per l'eventuale utilizzo, all'interno del giudizio nazionale, di atti/provvedimenti stranieri); e risulta fortemente compressa sul piano (normativo) della circolazione dei provvedimenti stranieri, e della loro effettività.

Tale “modello” (di stampo ‘nazionale’, se non addirittura – in taluni casi – rozzamente ‘nazionalistico’) cederà via via il passo al (diverso) modello ispirato al principio della cooperazione tra Stati; ma non può dirsi ancora del tutto superato, conservando esso una vigenza pur sempre residuale (= suppletiva) nelle

ipotesi in cui risulti tuttora inoperante il modello di cooperazione di fonte pattizia (internazionale).

Esso (modello) va perciò pensato in via dinamica:

- vuoi perché (come si è appena notato) si viene *in itinere* modificando e comprimendo l'originaria sua area di operatività: via via, cioè, che il modello di cooperazione si afferma e si impone nelle aree di pertinenza degli Stati firmatari delle convenzioni internazionali;

- vuoi, soprattutto, perché – sotto l'incalzante influsso della nuova normativa pattizia – esso modello interno si modifica ed evolve, recependo soluzioni nuove più avanzate, mutate appunto dal modello di cooperazione.

3. Segue: *evoluzione registrata dalle codificazioni interne dei Paesi Latino-americani. L'esperienza statunitense (USA):* i Restatements of the law of conflict of laws. — In questa direzione, particolarmente significativa è la evoluzione registrata dalle codificazioni interne dei Paesi Latino-americani; e riveste valenza addirittura paradigmatica l'esperienza maturata in URUGUAY, la cui recente nuova codificazione processual-civilistica ha recepito integralmente i risultati acquisiti nell'area della cooperazione internazionale (quali sono venuti maturando attraverso le fondamentali tappe contrassegnate dal Trattato di Montevideo del 1889, e poi del 1940, dal c.d. Codice Bustamante del 1928 e, da ultimo, compiutamente prefigurati dall'*Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Ibero-America*) (31).

Nella 'logica' di questo (primo) modello – ma in pari tempo, nella vicenda dinamica di esso – si colloca segnatamente l'esperienza statunitense (USA): quale risulta governata dal *Restatement of the law of conflict of laws* dell'11 maggio 1934, prima, dal *Restatement second* del 23 maggio 1969 e, da ultimo, dalle nuove

(31) Sull'influenza che i vari tentativi di integrazione economica hanno avuto sullo sviluppo degli ordinamenti interni in senso tendenzialmente uniforme cfr. PARRA-ARANGUREN, *Recent Developments*, *op. cit.*, p. 90 ss.

norme federali (concernenti il diritto processuale civile internazionale) entrate in vigore il 1° dicembre 1993 (32).

Il sistema – delineato dal *Restatement* del 1934 – appare rigidamente fondato sul principio di territorialità della legge processuale (s.585 e seguenti), imperante ovviamente anche in materia di notifiche (s.589) e di ammissibilità delle prove (s.597). Esso consente inoltre l'esecuzione delle sole sentenze straniere di condanna al pagamento di una determinata somma di danaro, sempre che concorrano tassative condizioni: *a*) la sentenza straniera deve essere definitiva (s.435); *b*) l'ammontare della somma di danaro deve essere ben determinato (s.436); *c*) la sentenza deve essere incondizionata (s.437); *d*) la sentenza non deve essere stata annullata (s.438); *e*) l'esecuzione non deve essere stata superata nello Stato d'origine della sentenza (s.434) (33).

L'intento fondamentale di salvaguardare la (esclusività della) propria giurisdizione è ribadito dal *Restatement* del 1969, il quale sancisce espressamente l'irrilevanza della litispendenza internazionale (s.86); ma tale principio viene però mitigato da un certo margine di discrezionalità riconosciuto al Giudice statunitense, al quale si consente di declinare la propria giurisdizione quante volte ritenga che l'azione promossa potrebbe più fruttuosamente essere esercitata in un altro foro (s. 84 – principio del "*forum non conveniens*") ovvero ch'egli non è in grado di concedere un provvedimento giudiziale appropriato al caso (s.85).

Esso prevede inoltre che una sentenza straniera possa essere riconosciuta, ai sensi della s.98, qualora la stessa, oltre ad essere valida, sia stata emessa da un Giudice dotato di competenza internazionale, ed in esito ad un giusto e completo processo ("*full and fair trial*"), regolarmente svoltosi.

(32) Tali nuove norme sono riportate in *Int. Legal Materials*, 1994, p. 550 ss, con nota esplicativa di RISTAU. Su di esse v. FUMAGALLI, *Le nuove regole federali statunitensi in tema di notificazioni e di assunzione di prove all'estero*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 795, e REIMANN, *Beyond Discovery – Weitreichende Neuerungen im amerikanischen Discovery-Verfahren*, in *IPRax*, 1994, p.153 ss.

(33) Cfr. in merito NOLDE, *op. cit.*, p. 343 ss.

Le nuove norme federali del 1993 infine investono il tema della notificazione di atti e della assunzione di prove all'estero, all'uopo prevedendo che trovino prioritaria applicazione le procedure indicate dalla Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 sulla notifica all'estero di atti giudiziari ed extra giudiziari in materia civile e commerciale (34), nonché le procedure dettate dalla Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 in tema di assunzione di prove all'estero in materia civile e commerciale (35).

Anche qui – come è dato vedere – si registra l'*iter* poc'anzi indicato (in termini generali): il modello, di stampo rigidamente nazionale, si apre alle nuove soluzioni maturate in campo internazionale e le fa proprie.

4. *Un secondo modello ispirato al principio di cooperazione tra stati: fondato su fonti pattizie di diritto internazionale ed avente ad oggetto il momento della formazione dei provvedimenti giurisdizionali interni e (il momento) della loro circolazione internazionale.*— Il secondo modello – successivo storicamente a quello di stampo nazionale fin qui considerato – si ispira al principio di cooperazione internazionale, e persegue l'obiettivo di temperare, ed attenuare progressivamente, il rigore di un sistema normativo fino a quel momento incentrato sull'idea di rigida salvaguardia delle sovranità nazionali.

(34) Sulle precedenti norme statunitensi in tema di notificazioni all'estero cfr. HORLICK, *A Practical Guide to Service of United States Process Abroad*, in *The Int. Lawyer*, 1980, p. 637 ss., e REISENFELD, *Service of United States Process Abroad: A Practical Guide to Service Under the Hague Service Convention and the Federal Rules of Civil Procedure*, in *The Int. Lawyer*, 1990, p. 55 ss.

(35) Sul regime statunitense precedente in questa materia cfr., anche per interessanti rilievi critici, FUMAGALLI, *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero*, Milano, 1990, p. 248 ss., e GRIFFIN, BRAVIN, *Beyond Aérospatiale: A Commentary on Foreign Discovery Provisions of the Restatement (Third) and the Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in *The Int. Lawyer* 1991, p. 340 ss.

A differenza del primo, questo secondo modello trova fondamento in fonti pattizie (di diritto internazionale), e – a ragione della crescente espansività ben presto dimostrata – acquista rapidamente dignità di fonte primaria di normazione (internazionale) del processo civile.

Esso investe dapprima, e più incisivamente, il momento della formazione dei provvedimenti giurisdizionali interni, all'uopo apportando nuove, e più semplificate, regole in tema di notificazione di atti (all'estero), di rogatorie internazionali e, segnatamente, di assunzione di prove (all'estero); e, progressivamente, estende la propria normazione al momento della circolazione (internazionale) dei provvedimenti giurisdizionali, introducendo al riguardo – in sintonia con il principio informatore della cooperazione – nuove regole in tema di esecuzione dei giudicati e (successivamente) dei provvedimenti (anche) provvisori e cautelari. Tuttavia, il merito storico di questo modello non si coglie soltanto, né si esaurisce, sul piano internazionale (sul terreno, cioè, della costruzione di un nuovo sistema di norme, di rango internazionale, destinato via via ad abbattere gli steccati eretti dall'assetto precedente tutt'intorno alle sovranità nazionali, favorendo ed attuando così la cooperazione tra Stati in materia giurisdizionale), ma anche – e segnatamente – sul piano interno: per avere (esso) avviato un processo di omogeneizzazione degli ordinamenti interni (degli Stati-Parti delle convenzioni internazionali), favorendone e sollecitandone l'adeguamento alle nuove regole, ed ai nuovi principi, introdotti e sperimentati in sede internazionale.

Per questa via, non soltanto si pongono le premesse normative per una più intensa, e fruttuosa, collaborazione tra Stati in materia giudiziaria (non più regolando, ciascuno all'interno del proprio ordinamento nazionale, il solo momento della composizione dei conflitti tra leggi e tra giurisdizioni, ma predisponendo nuove e più semplificate procedure pattizie inter-statali, idonee a favorire – in aree sempre più vaste – la formazione e la circolazione dei prodotti giurisdizionali interni); ma si innesca altresì

un circuito virtuoso che, muovendo dalla nuova e più avanzata normativa internazionale, interseca e coinvolge l'ordinamento interno dei singoli Stati, promuovendone l'adeguamento al modello internazionale.

Tale fenomeno è specularmente evidenziato, in particolare, dalla diretta incidenza che la nuova disciplina (dettata via via da fonti pattizie internazionali) in tema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere ha esercitato sullo stesso impianto giurisdizionale dei singoli processi (civili) nazionali. L'aver previsto, infatti, — in sede internazionale — che la circolazione della sentenza straniera (è però, la sua efficacia e la sua forza esecutiva) fosse condizionata, tra l'altro, al previo svolgimento di un regolare giusto processo — all'interno del quale fosse pienamente garantito il contraddittorio ed assicurato il diritto di difesa — ha avuto l'effetto di avviare, ed accelerare, l'adeguamento dell'impianto giurisdizionale presente all'interno dei singoli Stati al modello di processo giurisdizionale (civile) postulato dalla normativa internazionale, e di favorire quindi — per questa via — l'iter di omogeneizzazione delle (molteplici e differenziate) esperienze giurisdizionali nazionali.

A questo modello va perciò riconosciuto — conclusivamente — il merito, di vasta portata storica, di aver segnato una tappa, fondamentale quanto necessaria del travagliato cammino verso nuove forme di cooperazione-integrazione e di aver posto quindi le premesse per la instaurazione di un nuovo sistema normativo trans-nazionale, di cui si colgono già — sul finire di questo tormentato secolo, alle soglie del terzo millennio — i primi incoraggianti segnali.

5. *Segue: la Cooperazione Internazionale nell'Area Latinoamericana: dal Trattato di Montevideo del 1889 all'anteproyecto del Còdigo Procesal Civil Modelo para Ibero-America.* — Questo secondo modello risulta primieramente delineato — seppur in forme ancora embrionali — nell'area latino-americana già nello scor-

so secolo ad opera del Trattato di Montevideo del 1889; ed acquista ivi crescente vigore, nel corso di questo secolo, in forza del c.d. Codice Bustamante del 1928, del nuovo Trattato di Montevideo del 1940 e, più oltre, della Convenzione interamericana (sull'assunzione dei mezzi prova all'estero) firmata a Panama il 30 gennaio 1975.

Le connotazioni fondamentali di tale modello sono state poi — da ultimo — definitivamente fissate e recepite dall'*Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Ibero-America*; e possono così (brevemente) sintetizzarsi:

a) i processi (civili), e le loro fasi incidentali, sono regolati dalle leggi processuali dello Stato (*lex fori*);

b) le prove soggiacciono alla *lex causae* per quel che attiene alla loro ammissibilità ed alla loro forza probatoria;

c) i Giudici sono tenuti ad applicare d'ufficio il diritto straniero, salva la facoltà riconosciuta alle parti d'alligiarne l'esistenza, la vigenza ed il contenuto;

d) il compimento all'estero di atti processuali è richiesto a mezzo di rogatorie: alla cui trasmissione potrà provvedersi, o a mezzo di agenti consolari o diplomatici, o per via amministrativa, o in difetto, per via giudiziaria;

e) non è richiesta la legalizzazione degli atti di rogatoria, quante volte essi siano trasmessi per via consolare, diplomatica o amministrativa;

f) l'ottemperanza data alla rogatoria non comporta riconoscimento della competenza internazionale del Giudice straniero rogante;

g) il Giudice interno è competente a conoscere delle questioni relative alla attuazione della rogatoria; e, ove si ritenga incompetente a provvedervi, deve investire d'ufficio il giudice competente;

h) i Giudici nazionali sono tenuti a dare attuazione alle misure cautelari disposte da Giudici stranieri dotati di competenza internazionale, con esclusione di quelle vietate dall'ordinamento interno o contrarie all'ordine pubblico internazionale;

i) l'attuazione data alla misura cautelare non comporta l'obbligo di riconoscere né di eseguire la sentenza straniera (di merito), cui la misura cautelare medesima risulti strumentalmente correlata;

j) il Giudice richiesto dell'esecuzione di una sentenza straniera, ha il potere di adottare – ad istanza di parte – le opportune misure conservative, in conformità con le leggi dello Stato;

k) quale che sia il Giudice internazionalmente competente a conoscere (del merito) di una controversia il Giudice dello Stato può sempre disporre ed eseguire – su fondata istanza della parte interessata – qualsivoglia misura cautelare (conservativa o anticipatoria), che abbia carattere territoriale e che sia finalizzata a garantire il risultato della causa di merito, già pendente o eventuale. Se la causa (di merito) è già pendente, il Giudice che abbia adottato la misura cautelare deve darne immediata comunicazione al Giudice straniero che conosce del merito. Se il giudizio di merito non è ancora iniziato il Giudice – che abbia disposto la misura cautelare – deve fissare un termine entro il quale l'istante dovrà proporre la propria domanda (di merito), a pena di inefficacia della cautela già accordata. Se la domanda è proposta nel termine fissato, la misura cautelare resta ancorata all'esito della decisione di merito, che sarà adottata dal Giudice internazionalmente competente;

l) la comunicazione dei provvedimenti cautelari avrà luogo ad impulso delle stesse parti interessate, a mezzo degli agenti consolari o diplomatici, ovvero per il tramite dell'autorità amministrativa competente, o, in difetto, dell'autorità giudiziale;

m) le sentenze straniere avranno nello Stato effetti imperativi, probatori e forza esecutiva;

n) sussistendone le condizioni le sentenze straniere dovranno essere riconosciute ed eseguite nello Stato, senza possibilità di riesame nel merito del fondamento delle ragioni dedotte in quei giudizi;

o) il riconoscimento è l'atto – o la sequela di atti – posto in essere al solo fine di accertare se la sentenza straniera presenti i

requisiti all'uopo richiesti;

p) la esecuzione è l'atto, o il procedimento, mediante il quale si dà attuazione alle sentenze straniere di condanna;

q) tra le condizioni richieste perché la sentenza straniera abbia efficacia nello Stato, vanno segnalate in particolare:

- che il giudice, che l'ha resa, abbia competenza internazionale a conoscere del merito della causa;

- che il convenuto sia stato regolarmente citato in giudizio;

- che sia stato assicurato il diritto di difesa alle parti;

- che la sentenza rivesta autorità di giudicato nello Stato d'origine, e che non sia manifestamente contraria ai principi di ordine pubblico dello Stato;

r) se si tratta di far valere soltanto gli effetti imperativi e/o probatori di una sentenza straniera, il Giudice competente conoscerà del merito della sentenza straniera in relazione all'effetto richiesto, previa verifica della sussistenza delle condizioni (di riconoscimento) sopra indicate, presente il Pubblico Ministero;

s) soltanto le sentenze straniere di condanna saranno suscettibili di esecuzione. In tal caso la esecuzione sarà chiesta al Tribunale Supremo: il quale deciderà al riguardo, nel contraddittorio della controparte e sentito il Procuratore dello Stato.

Se ne sarà disposta la esecuzione, la sentenza sarà rimessa al tribunale competente, perché provveda in conseguenza.

6. *Segue: l'esperienza latino-americana e la sua evoluzione verso un modello di "Cooperazione-Integrazione".*— La cooperazione internazionale (in materia giudiziaria) riceve nuovo impulso nel continente americano, dopo il secondo conflitto mondiale. A provocare ed incentivare tale fenomeno concorrono molteplici e convergenti spinte, e segnatamente:

- l'avvertita esigenza di avviare un processo di integrazione tra le economie di quei Paesi, allo scopo di dare maggiore impulso alla complessiva crescita economica di quelle aree e di favorirne l'equilibrato sviluppo;

- il bisogno, sempre più acuto, di raccordare l'economia dei Paesi Ibero-Americani con quella degli Stati del nord-America, al fine di contenerne – prima – e di ridurne – poi – il drammatico divario;

- la diffusa preoccupazione di garantire (attraverso l'integrazione economica) il radicamento e la stabilità della democrazia nei Paesi dell'America Latina (36).

Tale travaglio metterà capo – com'è noto – a nuove istituzioni internazionali (delle quali, basti qui ricordare):

- l'Organizzazione degli Stati Americani (OEA), la cui Carta istitutiva prende vita il 13 dicembre 1951;

- il "MERCOSUR", costituito in forza del *Tratado de Asunción* del 26 marzo 1991, ed assunto da ultimo (dal 1° gennaio di quest'anno), in virtù del Protocollo di Ouro Preto (del 17 dicembre 1994), a dignità di persona giuridica di diritto internazionale (37).

E si tradurrà correlativamente – sul piano normativo – nella precostituzione di nuove, e pregnanti, fonti di diritto internazionale, delle quali giova segnalare (con specifico riferimento, ovviamente, al versante del diritto processuale civile internazionale):

- la (già citata) Convenzione inter-americana sull'assunzione dei mezzi di prova all'estero (firmata a Panama il 30 gennaio 1975);

- e il *Protocollo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa*, approvato dal Consiglio del MERCOSUR nella riunione tenutasi a Las Lenàs (Argentina) il 26 e 27 giugno 1992.

Per questa via, prende corpo – e si rafforza progressivamente – l'idea di un vero e proprio *ius commune*, uniformemente operante in (sempre più) vaste aree del continente americano; e (particolare, questo, nuovo e di grande rilevanza) ad integrarne il

(36) Cfr. in proposito, per tutti, VIEIRA, *op. cit.*, p. 359 ss.

(37) Cfr. il testo del Protocollo addizionale in *Int. Legal Materials*, 1995, p. 1245 ss., con nota esplicativa di TEUBAL ALHADEFF.

contenuto concorrono anche fonti di diritto internazionale non prodotte dall'esperienza americana, bensì da quella europea, (ma) ben presto assurte – a motivo della crescente adesione ad esse prestata da Paesi anche extraeuropei – a fonti normative potenzialmente universali: (quali, appunto) le Convenzioni dell'Aja del 1° marzo 1954 (relativa alla procedura civile), del 15 novembre 1965 (relativa alla notificazione all'estero degli atti giudiziari ed extra-giudiziari in materia civile o commerciale) e del 18 marzo 1970 (sull'assunzione di prove all'estero in materia civile e commerciale) (38).

E tuttavia, seppur in continua evoluzione, questo modello (di cooperazione internazionale) – partorito dalla esperienza americana (e segnatamente: da quella latino-americana) – non attinge ancora il livello di trans-nazionalità peculiarmente proprio del (terzo) modello di "cooperazione-integrazione":

- vuoi perché (non prevedendosi ancora, al suo interno, alcun organo trans-nazionale) esso concreta pur sempre il prodotto pattizio di (convergenti volontà di) singoli Stati nazionali;
- vuoi perché esso si realizza esclusivamente attraverso la mediazione di apparati giudiziari nazionali (non prevedendosi ancora alcun organo giurisdizionale trans-nazionale).

A questo riguardo, è tuttavia interessante notare che il Protocollo di Brasilia del 17 dicembre 1991 (ora richiamato dal Protocollo di Ouro Preto del 17 dicembre 1994) – pur prevedendo ancora un sistema (per la verità, non poco macchinoso) di risoluzione di controversie soltanto tra Stati – sancisce la provvisorietà di detto sistema e prefigura l'accesso dei privati (persone fisiche e/o persone giuridiche) a forme sovranazionali di tutela giurisdizionale.

Per contro, appare già definito un sistema di risoluzione di controversie tra Stati: prevedendosi, in proposito, una fase pre-

(38) Sulle diversità di metodo tra la codificazione latinoamericana e le convenzioni dell'Aja cfr. BRICENO BERRÚ, *Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Milano, 1989, p. 167 ss.

contenziosa (scandita dalle *negociaciones directas*, prima, e dalla *intervención del Grupo Mercado Comùn*, dopo, culminante nelle *recomendaciones* agli Stati-Parti) e, per l'ipotesi di mancata composizione della lite, una fase contenziosa vera e propria, innanzi al *Tribunal Arbitral* (di cui si riconosce il carattere istituzionale).

7. *Il modello di cooperazione internazionale nell'area europea. Le convenzioni dell'aja e la loro progressiva espansività.*— Nel continente europeo il (secondo) modello di cooperazione internazionale prende corpo soltanto all'inizio della seconda metà di questo secolo; ben più tardi, dunque, che nel continente americano.

I grandi conflitti mondiali, che hanno funestato l'Europa per circa mezzo secolo, e le forti tensioni, che hanno turbato i rapporti tra Stati in quello stesso torno di tempo, dovuti (anche) alla presenza di regimi non democratici e di stampo nazionalistico, ne hanno infatti contrastato e mortificato la pur forte vocazione internazionale.

Tuttavia, seppure tardivamente nato, il modello europeo di cooperazione internazionale si evolve rapidamente, e rivela subito una spiccata espansività: ponendosi esso, fin dall'inizio, — in campo internazionale — quale punto di preminente riferimento normativo, capace di catalizzare ed omogeneizzare esperienze giuridiche diversissime, tratte da aree di *civil law* come di *common law*, da Paesi europei e da Paesi extraeuropei.

Tale modello — potenzialmente destinato, quindi, a porsi quale modello tendenzialmente universale di cooperazione internazionale in materia giudiziaria — trova le sue fonti fondamentali:

a) nella Convenzione relativa alla procedura civile, firmata all'Aja il 1° marzo 1954;

b) nella Convenzione relativa alla notifica all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, firmata all'Aja il 15 novembre 1965;

c) nella Convenzione di Londra del 7 giugno 1968, relativa alla informazione sul diritto straniero;

d) nella Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970, sull'assunzione di prove all'estero.

e) ed in altre Convenzioni, già citate nel par. §1.

Tali fonti hanno concorso a disegnare appunto un modello unitario di cooperazione internazionale in materia giudiziaria, dotato di forte espansività: ben presto proiettato, infatti, a spiegare la propria operatività ben oltre i confini del continente europeo, via via che alle citate convenzioni (originariamente maturate all'interno dell'Europa) hanno prestato adesione Paesi sempre più numerosi e di differenziate esperienze giurisdizionali.

L'effetto di tale modello – giova ribadirlo – è stato duplice:

- per un verso, infatti, esso è venuto preconstituendo una piattaforma normativa comune ed un impianto unitario di cooperazione internazionale, destinati a favorire – al di là dei rigidi particolarismi legati al previgente principio di gelosa salvaguardia delle sovranità nazionali – la collaborazione tra Stati e in ordine al momento della formazione (interna) del prodotto giurisdizionale e in ordine al (susseguente) momento della circolazione (internazionale) di esso;

- per altro verso, poi, esso ha provvedamente favorito e promosso (per via, per così dire, indotta) un ammodernamento dei singoli assetti giurisdizionali nazionali, promuovendone l'adeguamento alle nuove regole (da esso medesimo poste) e, quindi, la *reductio ad unitatem*.

Per questo modo, nel mentre si è dato nuovo impulso alla costruzione di un sistema di cooperazione internazionale, si sono poste altresì le premesse per l'adozione, auspicabilmente prossima, di un terzo modello: quello della integrazione transnazionale.

8. Segue: *le convenzioni maturate in seno a (nuove) organizzazioni internazionali a carattere europeo. Un nuovo modello di coope-*

razione-integrazione.— A favorire in Europa l'evoluzione del sistema di cooperazione verso forme (proprie del modello) di "integrazione trans-nazionale" in materia giudiziaria hanno concorso i processi d'integrazione economica e (in prospettiva) politica, avviati e in parte maturati nel corso della seconda metà di questo secolo.

In particolare, un vero e proprio salto di qualità si è registrato in conseguenza della nascita di nuove organizzazioni internazionali a carattere europeo, quali la Comunità Economica Europea (CEE), l'Unione Europea, il Consiglio d'Europa, lo Spazio Economico Europeo (SEE). All'interno, infatti, di tali organizzazioni sono maturate nuove (e fondamentali) convenzioni, che hanno profondamente innovato il regime di cooperazione internazionale in materia giudiziaria, già operante in ambito europeo, all'uopo prefigurando un nuovo assetto di rapporti inter-statali sempre più accentuatamente ispirato al principio della integrazione trans-nazionale.

- In proposito, vanno segnatamente richiamati: il Trattato CEE, firmato a Roma il 25 marzo 1957 (in particolare la norma ivi dettata dall'art. 177);

- la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale;

- la Convenzione Europea nel campo dell'informazione sul diritto straniero, firmata a Londra il 7 giugno 1968;

- la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale;

- il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, contenente (anche) disposizioni relative alla Cooperazione nei settori della Giustizia e degli Affari Interni.

Tali fonti non soltanto hanno delineato un nuovo modello di cooperazione in ordine alla formazione ed alla circolazione dei prodotti giurisdizionali (interni), ma hanno altresì previsto un nuovo organo giurisdizionale sovranazionale (= Corte di Giusti-

zia) dotato di pregnante competenza (anche) su questioni pregiudiziali: e, in quanto tale, deputato quindi ad incidere con le sue pronunce sullo stesso *iter* di formazione dei giudicati nazionali.

Sulla Convenzione di Bruxelles, in particolare, giova fermare ancora l'attenzione (39), per il ruolo ch'essa ha avuto all'interno della segnalata evoluzione del "modello" di cooperazione verso nuove forme di integrazione trans-nazionale.

La Convenzione di Bruxelles costituisce un esempio di cooperazione-integrazione processuale tra ordinamenti nazionali particolarmente intensa, riferibile al terzo *modello* sopra delineato.

Essa, infatti:

1 – per il fatto stesso di promanare da una fonte internazionale patizia consta di un corpo normativo il quale stabilisce segmenti di disciplina processuale comune agli Stati contraenti,

2 – in più, rispetto ad una qualunque altra convenzione verente sul riconoscimento e l'esecuzione delle pronunce giurisdizionali, contiene una regolamentazione comune della competenza giurisdizionale che non costituisce solo – come per molte altre convenzioni – condizione per *l'exequatur* delle pronunce giurisdizionali, ma piuttosto, secondo una logica caratterizzante in genere le norme nazionali sulla giurisdizione, condizione di co-

(39) Sulla Convenzione di Bruxelles in generale, v., per l'Italia, F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Giuffrè, Milano, III ed., 1995; *La convenzione di Bruxelles del 1968, Atti della XIII tavola rotonda di diritto comunitario tenutasi a Milano il 17 novembre 1989*, in *Jus*, 1990, fasc. I, 1 ss., con relazioni di LUZZATTO R., CARBONE S.M., MOSCONI F., DANIELE L., FORLATI L., GIARDINA A., LEANZA U., MARI L., MENGOSZI P., MIGLIAZZA A., PARISI N., PAU G., SOCINI LEYENDECKER R. e VASSALLI DI DACHENHAUSEN T.; sulla convenzione quale strumento di integrazione processuale, v. F. CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1993, 1037 ss. e M. J. BONELL, *L'impatto del diritto uniforme sui diritti nazionali: il caso emblematico della convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e della convenzione di Roa sul diritto applicabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, I, 261 ss.

Quanto alla bibliografia straniera, v. *supra*, nota 27.

noscibilità nel merito della domanda, acquisendo in tal modo quello che è stato detto il suo carattere "doppio" (40).

Indice certo di detta cooperazione-integrazione interstatale è il sistema convenzional-normativo delle disposizioni sulla connessione (art. 22), sulla litispendenza (art. 21) e sulla rilevanza del difetto di giurisdizione (artt. 18, 19, 20), istituti che trovano la loro ragion d'essere proprio sul necessario presupposto di un sistema giurisdizionale "integrato".

A conferma del carattere di specialità ed autonomia del sistema convenzionale rispetto a quelli nazionali, è peraltro notevole il fatto che i *conditores* della convenzione hanno fornito una nozione "comunitaria" di connessione, così come di litispendenza, differenti, se del caso, da quelle dei singoli ordinamenti nazionali (41).

E così, la nozione convenzionale di connessione appare interamente concepita – in contrasto, per esempio, con la ferma tradizione interpretativa italiana della stessa – sul mero elemento funzionale dell'armonia fra i giudicati (42).

Anche con riguardo alla litispendenza, la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare la specialità ed autonomia della relativa nozione in campo convenzionale rispetto a quella elaborata entro i singoli ordinamenti nazionali, precisando particolarmente che l'identità delle azioni consiste nella uguaglianza tra "parti", "titolo" ed "oggetto", ma intendendo quest'ultimo in chiave per così dire sostanziale, sì da considerare, ad esempio, caratterizzate

(40) Cfr. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, cit., p. 3.

(41) In materia, cfr., per l'Italia, il volume di A. DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Cedam, Padova, 1993; più recentemente, v. A.L. MALATESTA, *Litispendenza e riconoscibilità di sentenze nella convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. Dir. Int. priv. e Proc.*, 1994, p. 511 e, con specifico riferimento a talune pronunce della Corte di cassazione italiana (Cass. Sez. Un., 28 aprile 1993, n. 4992 e 15 ottobre 1992, n. 11262) C. SILVESTRI, *Sul concetto di litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, in *Foro It.*, 1994, I, c. 3193.

(42) Per un'applicazione, v. la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 6 dicembre 1994, in causa C-406/92, Taty c. Maciej Rataj, cit. da POCAR, in *La Convenzione di Bruxelles...*, cit., p. 356 ss.

dal medesimo "oggetto", in funzione della pronuncia di litispendenza, una domanda di esecuzione e quella di risoluzione od annullamento vertenti sul medesimo contratto ed avanzate dalle contrapposte parti negoziali (43).

Una segnalazione particolare va fatta dell'art. 24, il quale, nel prevedere un criterio di radicamento della potestà giurisdizionale-cautelare sganciato da quella cognitiva nel merito, legittima alla richiesta di provvedimenti provvisori o cautelari dinanzi all'autorità giudiziaria di uno Stato – e segnatamente di quello in cui le misure stesse hanno da essere eseguite (44) – pur differente da quello cui appartiene il giudice giurisdizionalmente competente a giudicare del merito (45).

Distinto dal nucleo normativo sopra illustrato è il *corpus* normativo contenuto nel Titolo II della Convenzione relativo al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni (art. 25: "qualsiasi decisione resa da un organismo giurisdizionale di uno Stato contraente..."), indipendentemente dalla loro stabilità o definitività, in materia vuoi contenziosa che di volontaria giurisdizione.

(43) Cfr. sent. Corte Giust. 8 dicembre 1987, in causa 144/86, Gubisch Maschinenfabrik c. Palumbo, in *Foro It.*, 1988, IV, c. 341, ed in *Giust. Civ.*, 1988, I, c. 2163, con nota di Broggi, ed in *Foro Pad.*, 1985, I, p. 145, con nota di Ballarino. Un ribadimento del principio di autonomia della nozione comunitaria di litispendenza è contenuto nella citata sentenza della Corte di giustizia 6 dicembre 1994; per il rinvio ai singoli ordinamenti nazionali, con riferimento alla nozione di "prevenzione", ancora in tema di litispendenza, v., peraltro, sent. Corte giust. 7 giugno 1984, in causa 129/83, Zelger c. Salinitri, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1985, p. 393 ed in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 3, con nota di Scarpa.

(44) Cfr. sent. Corte Gius. 21 maggio 1980, in causa 125/79, Denilauler c. Couchet Frères, in *Dir. Scambi Intern.*, 1981, p. 237, con ampia nota di L. Mari, Autorizzazione e riconoscimento di provvedimenti cautelari in base alla convenzione di Bruxelles del 1968.

(45) In materia, v., altresì, G.M. UBERTAZZI, *L'esecuzione all'estero di provvedimenti cautelari secondo la convenzione di Bruxelles*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1981, I, p. 185 ss.; più recentemente, A. DI BLASE, *Provvedimenti cautelari e convenzione di Bruxelles*, in *Riv. Dir. Intern.*, 1987, p. 5 ss., e C. CONSOLO, *La tutela sommaria e la convenzione di Bruxelles: la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv. Dir. Intern. Priv. e Proc.*, 1991, p. 593 ss.

La circolazione dei provvedimenti nazionali risulta massimamente favorita, mercé una disposizione generica di automatica riconoscibilità degli stessi “negli altri Stati contraenti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento” (art. 26, comma 1).

Tuttavia, a fronte di una contestazione (segnatamente stragiudiziale) del titolo giudiziario straniero (invocato, ad esempio, dinanzi ad autorità amministrative di altro Stato), la parte beneficiaria avrà l'onere di promuoverne in via principale (ovvero in via incidentale, in corso di causa) il riconoscimento, seguendo il procedimento di *exequatur*, di cui agli artt. 31-49.

Precisa peraltro l'art. 29 che la decisione in nessun caso può essere riesaminata nel merito.

Le decisioni, comunque, non sono riconoscibili:

1. se la decisione sia contraria all'ordine pubblico dello Stato richiesto;

2. se la pronuncia straniera nel decidere su questioni vertenti sullo “stato e capacità delle persone fisiche”, “regime patrimoniale tra i coniugi”, “testamenti” e “successioni”, abbia violato una norma di diritto internazionale privato dello Stato richiesto, “salvo che la decisione in questione non conduca allo stesso risultato che si sarebbe avuto se le norme di diritto internazionale privato dello Stato richiesto fossero state, invece, applicate”;

3. se vi sia contrasto tra la decisione straniera ed altra resa in precedenza tra le medesime parti in uno Stato non contraente “in una controversia avente il medesimo oggetto ed il medesimo titolo”, purché sussistano le condizioni necessarie per il riconoscimento nello Stato richiesto ovvero se vi sia contrasto con altra decisione resa tra le medesime parti nello Stato richiesto.

A differenza che per l'*efficacia accertativa*, presunta dalla convenzione, salvo il verificarsi di contestazioni che danno adito al procedimento di riconoscimento (in via principale o in via incidentale), l'*efficacia esecutiva* dei provvedimenti giurisdizionali resi

in uno Stato membro necessita sempre del previo *exequatur* giudiziale dello Stato ove l'esecuzione è invocata.

Anche in materia di esecuzione, comunque, la *ratio* ispiratrice evidenzia il massimo favore verso la liberale circolazione dei provvedimenti, come rivelano:

1. la semplificazione della procedura di *exequatur*;
2. la limitazione del controllo dell'autorità giudiziale — sostanzialmente — all'ordine pubblico (cui sarebbero riconducibili anche altre cause ostative, quali il contrasto di sentenze, questioni pregiudiziali, controllo della competenza in settori circoscritti) ed al rispetto dei diritti della difesa.

La procedura (artt. 32-38) è caratterizzata da una prima fase in assenza di contraddittorio, davanti al giudice territorialmente competente in base al domicilio della parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta, nella cui circoscrizione il richiedente deve eleggere domicilio o designare un procuratore *ad litem*.

Se viene concessa l'esecuzione:

3. la parte contro la quale l'esecuzione è fatta valere, entro un mese dalla notificazione della decisione, può proporre opposizione nelle forme del giudizio contenzioso ordinario secondo la procedura prevista dall'ordinamento processuale dello Stato richiesto;
4. se la sentenza straniera è impugnata nello Stato di origine o se il termine previsto per l'impugnazione non è scaduto, il giudice dell'opposizione può sospendere il procedimento ovvero subordinare l'esecuzione ad idonea garanzia;
5. comunque, in pendenza del termine o nelle more della opposizione, l'istante può chiedere al giudice di autorizzare misure conservative.

Se l'esecuzione è negata:

6. il richiedente può ricorrere al giudice indicato dall'art.40;
7. il conseguente giudizio è un giudizio contenzioso ordinario;

8. la sentenza quivi resa è impugnabile solo con ricorso per Cassazione.

Assai valido strumento accessorio di cooperazione giudiziaria è la competenza interpretativa della convenzione di Bruxelles attribuita dagli Stati contraenti alla Corte di giustizia in forza del Protocollo 3 giugno 1971 (46), per effetto della quale la Corte viene adita:

- in sede pregiudiziale, quando la questione interpretativa della Convenzione *de qua* appaia al giudice *a quo* "necessaria per emanare la sua sentenza su questo punto".

Sono obbligati al rinvio solo i giudici di ultima istanza di cui all'art. 2, n. 1; mentre i giudici di appello e quelli indicati dall'art. 37 della Convenzione hanno una mera facoltà di rinvio. Nessuna legittimazione al rinvio hanno le autorità giurisdizionali di primo grado;

- in via principale, nell'ambito di una sorta di ricorso interpretativo nell'interesse della legge proponibile da parte dei Procuratori Generali presso la Corte di Cassazione o da autorità all'uopo designate dagli Stati contraenti.

Le competenze interpretative sulla convenzione facenti capo alla Corte di giustizia costituiscono peraltro, com'è noto, solo una delle molteplici esperienze normative che hanno fatto della Corte di Giustizia medesima la massima garante dell'uniforme interpretazione del diritto comunitario e, sotto l'aspetto più squisitamente processuale, l'assai efficace strumento di realizzazione di una ampia e significativa vicenda di cooperazione-integrazione giudiziaria internazionale (47).

(46) In materia, v. F. POCAR, *Il Protocollo sull'interpretazione uniforme della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. Dir. int. Priv. e Proc.*, 1978, p. 281 ss. Per un'analisi dell'istituto alla luce dell'esperienza italiana, v. più recentemente, A.R. BRIGUGLIO, *L'interpretazione pregiudiziale della convenzione di Bruxelles tra Corte di giustizia e Cassazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1993, p. 1063 ss.

(47) Sulla Corte di giustizia quale strumento di progressiva omogeneizzazione delle singole esperienze processuali nazionali in Europa, v. E. FAZZALARI, *Per un processo comune europeo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994, p. 665 ss.; sul tema v.,

La fattispecie di maggior rilievo, al riguardo, è senza dubbio rappresentata dall'art. 177 del Trattato CEE, ai sensi del quale, com'è noto, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del Trattato e degli atti compiuti dalle istituzioni comunitarie, oltre che a sindacare la validità di questi ultimi in funzione delle sovraordinate norme comunitarie (48).

Si tratta di competenze, che, grazie pure ad una certa laconicità del dato testuale (presupposto del rinvio è la generica "necessarietà" della questione pregiudiziale), hanno potuto e saputo incidere profondamente nel processo di integrazione comunitaria, consentendo alla Corte di effettuare oltre che l'interpretazione delle fonti comunitarie immediatamente applicabili alle fattispecie portate alla *cognitio* dell'autorità giurisdizionale interna, altresì l'interpretazione di norme e principi comunitari incidenti "indirettamente" sul giudizio nazionale.

La competenza interpretativa della Corte si è, infatti, estesa:

- alle norme ed ai principi comunitari quali referenti per il giudizio di compatibilità con gli stessi delle singole normative di fonte nazionale;

- alle disposizioni di fonte comunitaria non dotate formalmente di forza precettiva diretta negli Stati nazionali (direttive o

altresi, M. STORME, *Perorazione per un diritto giudiziario europeo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1986, p. 293 ss.

(48) In generale, sul rinvio pregiudiziale interpretativo *ex art. 177* del trattato CEE, v., per tutti, fra gli autori italiani, F. CAPOTORTI, (voce) *Corte di giustizia della Comunità Europea*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. IX e L. DANIELE, *Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Digesto pubbl.*, vol. IV, UTET, Torino, 1989, p. 225. Per la dottrina straniera, v. P. Pescatore, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Foro It.*, 1986, p. 26 ss.; M. WAELBROECK - J.V. LOUIS - G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, in *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. X, tomo I, Bruxelles, 1983; e H. SMIT & P. HERZOG, *The Law of the European Economic Community. A commentary on the EEC Treaty*, New York, 1991, vol. V, p. 443 ss.; in part. sul rinvio effettuato in funzione dell'apprezzamento della validità degli atti, v. J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de la validité devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. Trim. de droit eur.*, 1976, p. 648 ss.

raccomandazioni), in virtù di una loro generica efficacia "orientativa" dell'interpretazione normativa interna (49);

- alle disposizioni interne contenenti rinvii materiali ai contenuti delle fonti normative comunitarie (50).

Circa le fattispecie di rinvio per l'apprezzamento della validità degli atti, è notevole che la Corte abbia espressamente dichiarato di poter estendere la propria competenza anche ai casi di rinvio concernenti atti che, privi di immediata efficacia prelettiva, risultassero invocati dal giudice nazionale quale mero ausilio interpretativo della normativa interna direttamente applicabile alla fattispecie principale (51).

Elemento ulteriormente qualificante della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia è infine dato dall'efficacia delle sue pronunce.

Una significativa elaborazione giurisprudenziale, in assenza di specifici precetti sul punto, ha infatti finito con l'attribuire alle sentenze rese su rinvio pregiudiziale efficacia *ultra partes* non solo nell'ipotesi di apprezzamento della validità degli atti a ca-

(49) Cfr., la sent. Corte giust. 13.11.1990, in causa C-106/89, Soc. Marleasing c. La Comercial Internacional de Alimentación, in *Foro It.*, 1992, IV, c. 173 ss., con nota di Daniele.

(50) Cfr., esempl., la sent. 18.10.1990, in cause r.te C-297/88 e C-197/89, Dodzi c. Stato belga in *Racc.*, p. I-3763 ss.; per un sostanziale ribadimento del medesimo orientamento interpretativo, con riferimento alla competenza interpretativa della Corte sulla Convenzione di Bruxelles, e sullo specifico presupposto che la normativa nazionale compia un "rinvio diretto e incondizionato" al diritto comunitario, v. sent. 28.03.1995, in causa C-346/93, Kleinwort Benson, in *Riv. Dir. Int.*, 1995, p. 791 ss.; a commento della pronuncia, v. G. GAJA, *L'interpretazione di norme interne riprodotte della Convenzione di Bruxelles da parte della Corte di Giustizia*, *ibidem*, p. 755 e s.

(51) Cfr., sent. Corte giust. 13.12.1989, in causa 322/88, S. Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelle, in *Racc.*, 1989, p. 446 ss., ove, seppur nell'ambito di una fattispecie di rinvio pregiudiziale interpretativo vertente su una raccomandazione, il principio risulta esplicitamente affermato.

rattere normativo, ma altresì, è più "notevolmente", nelle fattispecie di rinvio propriamente interpretativo (52).

Alle competenze pregiudiziali di cui all'art. 177 Trattato CEE si aggiungono le competenze pregiudiziali:

- *ex artt.* 31 e 41 del Trattato Istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) (Parigi, 18 aprile 1951);
- *ex art.* 150 del Trattato Istitutivo della Comunità europea dell'Energia Atomica (EURATOM) (Roma, 25 marzo 1957);
- *ex artt.* 1-3, 5 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Bruxelles (27 settembre 1968) concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Lussemburgo, 3 giugno 1971);
- *ex artt.* 1-3 del Primo e del Secondo Protocollo aggiuntivi alla Convenzione di Roma (19 giugno 1980) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Lussemburgo, 19 dicembre 1988);
- *ex art.* 3 Accordo sul brevetto comunitario e relativi tre protocolli aggiuntivi sulla composizione delle controversie in materia di contraffazione e validità dei brevetti comunitari; sui privilegi e sulle immunità della Corte di Appello comune; sullo Statuto della Corte di Appello comune (Lussemburgo, 15 dicembre 1989).

9. *Considerazioni intorno al crescente fenomeno di omogeneizzazione degli ordinamenti interni: verso uno jus commune dei processi civili. Due esempi paradigmatici tratti dall'esperienza maturata in Uruguay (il nuovo código general del proceso) e in Italia (legge 31 maggio 1995, n. 218 sulla "riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato").*— Si è già detto della ricaduta che le soluzioni — adottate in sede internazionale — hanno, presto o tardi, avuto sugli assetti giurisdizionali interni; e però, del circuito vir-

(52) Sul tema, v. G. FLORIDIA, *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in *Dir. Com. e degli Sc. Int.*, 1978, p. 1 ss.

tuoso che – muovendo dalle fonti pattizie internazionali – ha indi intersecato gli ordinamenti dei singoli Stati-Parti, promuovendone l'adeguamento alla normativa internazionale e – segnatamente – al modello di cooperazione-integrazione, via via da essa delineato.

Il fenomeno, di vasta portata, può – in questa sede – essere soltanto segnalato.

Due (soli) esempi varranno tuttavia ad evidenziare il sicuro senso di marcia, nel quale l'esperienza qui considerata si colloca e si evolve:

1. l'uno è tratto dall'area latino-americana, e riguarda l'Uruguay;
2. l'altro è tratto dall'area europea, e riguarda l'Italia.

Dell'Uruguay si è già detto quando si è ricordato ch'esso – dopo aver promosso (attraverso l'opera appassionata ed illuminata dei suoi insigni giuristi Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello e Enrique Vescovi) la redazione del *Anteproyecto* – ne ha interamente fatto propri i risultati ivi maturati in tema di cooperazione internazionale in materia giudiziaria (civile), recependoli e trasformandoli nel proprio nuovo *Código General del Proceso de la Republica Oriental del Uruguay*.

Dell'Italia va ricordato che – appena tre mesi or sono – ha visto la luce una nuova, fondamentale legge (Legge 31 maggio 1995, n. 218), che ha profondamente innovato il sistema italiano di diritto internazionale privato, ponendolo in sintonia con le scelte già maturate in sede internazionale.

Val la pena di fermare (brevemente) l'attenzione su alcune norme (ovviamente, di diritto processuale internazionale), particolarmente emblematiche della valenza europea del nuovo impianto (interno) di cooperazione internazionale in materia giudiziaria.

Il recentissimo provvedimento legislativo italiano del 31 maggio 1995 (legge n. 218) si pone quale ulteriore esempio – dopo quelli offerti (e *supra* sinteticamente illustrati) dalle esperienze normative americane e, soprattutto, uruguayana – dell'influenza

che gli assetti di cooperazione giudiziaria di fonte pattizia esercitano sulla normazione interna di diritto comune.

Talune fondamentali scelte di coordinamento tra la giurisdizione ed i procedimenti interni in relazione a quelli stranieri, adottate con la citata legge, segnano infatti l'abbandono definitivo del (primo e) più arretrato dei modelli di "cooperazione" sopra delineati: a vantaggio – per lo più – dell'accoglimento di soluzioni già fatte proprie dalle grandi convenzioni europee in materia, e pur sempre nel rispetto dell'irrinunciabile salvaguardia della sovranità nazionale.

A dare ragione di tale composito assetto definitivo basterà, in questa sede, accennare ai più qualificanti nuclei normativi della legge.

Con la recente legge n. 218/95 il legislatore ha introdotto nell'ordinamento un sistema coerente ed unitario di norme disciplinanti i rapporti di diritto internazionale privato. La riforma (53), in consonanza con i moduli legislativi vigenti in campo internazionale, contiene oltre a numerose norme di diritto internazionale privato in senso stretto anche un *corpus* di norme a carattere squisitamente processuale (i.e.: internazional-processuale) che regolano organicamente l'ambito della giurisdizione civile del giudice italiano, la circolazione dei provvedimenti giudiziari (riconoscimento ed esecuzione dei giudicati stranieri), la cooperazione giudiziaria internazionale. Non ci troviamo peraltro di fronte ad un intervento teso univocamente a regolare la materia dell'assistenza giudiziaria internazionale quanto – piuttosto – al tentativo di "realizzare una riforma globale della normativa sui cosiddetti conflitti di legge e giurisdizione....ai fini di una

(53) Sulla riforma: GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1994; FUMAGALLI, *La riforma del diritto internazionale privato nel disegno di legge governativo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 494 ss.; CLERICI, MOSCONI, POCAR, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, Milano, 1995; FRANCESCHELLI, *Il nuovo diritto internazionale privato. La l. n. 218/95 di riforma del sistema italiano*, *Le guide de Il Sole 24 Ore*, Milano, 1995 e, da ultimo, ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, n. 6.

nuova sistemazione normativa della materia”, come si afferma programmaticamente nella relazione al disegno di legge. La tecnica legislativa all’uopo utilizzata è quella di unificare in un unico *corpus* legislativo la congerie di norme disseminate nelle disposizioni preliminari al codice civile (artt. 17-31) e nel codice di procedura civile, scorporate dal sistema generale delle fonti e ricondotte in una legge speciale, in omaggio alla imperante tendenza a privilegiare il legiferare a mezzo di leggi apposite rispetto al tradizionale brocardo del legiferare per codificazione.

La globalizzazione dei mercati economico-finanziari, la creazione di uno spazio giuridico comune (Trattato di Maastricht in sede europea; convenzioni bi- e multilaterali a livello internazionale), lo sviluppo del “villaggio globale” delle comunicazioni informatiche e telematiche, hanno spinto numerosi Paesi ad un’ampia operazione di riforma dei rispettivi sistemi internazionali privatistici, alla quale l’Italia si sta adeguando con oltre un decennio di ritardo. La *ratio* della legge – invero può essere rinvenuta per un verso nella necessità di uniformare il nostro sistema internazionale privato, sotto il profilo tanto sostanziale che processuale, all’attuale movimento di riforma legislativa che ha interessato i Paesi europei ed extra-europei ed a convenzioni internazionali sempre più innovative (54), per l’altro di colmare lacune legislative conseguenti a deficit strutturali all’ordinamento vigente o a riforme legislative parziali intervenute nel corso degli anni o ancora ad interventi demolitori della Corte Costituzionale, che innumerevoli contrasti ed incertezze interpretative avevano sollevato.

Significative aperture internazionalistiche traspasano dall’intero tessuto della riforma: nelle disposizioni generali che sanciscono il pieno riconoscimento della prevalenza del diritto convenzionale su quello nazionale e l’autonomia della sua interpretazione, a cagione del suo carattere internazionale e della uni-

(54) Per un panorama completo delle convenzioni internazionali v. GIULIANO, POCAR, TREVES, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1981.

formità di applicazione da parte dei contraenti (art. 2), nelle disposizioni successive nelle quali si è optato per la soluzione del rinvio espresso alle convenzioni internazionali che – rispetto alla tecnica della ricezione materiale del loro contenuto – ha l'indubbio pregio di facilitare la applicazione generalizzata, al di là dell'ambito di operatività, nella previsione dell'accertamento d'ufficio della legge straniera applicabile (art. 14), nel riconoscimento che l'interpretazione e l'applicazione della legge straniera sono soggette ai criteri propri di quella legge, anche ove si faccia luogo ad essa sulla scorta del diritto internazionale privato italiano (art. 15).

Corollario del principio di internazionalità è la bilateralità che contraddistingue le norme di conflitto che si riferiscono paritariamente al diritto del foro ed a quello straniero. Meritano di essere segnalate al riguardo le previsioni (art. 16) relative alla contrarietà della legge straniera all'ordine pubblico, risolte in precedenza, in via interpretativa, con l'automatica applicazione della *lex fori* ed – oggi – dal legislatore della l. 218/95 con la possibilità di ricercare una legge straniera applicabile facendo ricorso a criteri di collegamento successivi (55).

A maggiore apertura verso l'esterno si ispirano, altresì, in sintonia con le moderne codificazioni, la previsione analitica di numerose fattispecie, tradizionalmente ricondotte dalle codificazioni del 1865 e del 1942 in seno ad ampie categorie o fattispecie generali, che ha consentito la introduzione di rapporti e situazioni sino ad oggi frutto di elaborazione esclusivamente dottrinarie (diritti della personalità, beni immateriali, responsabilità extra contrattuale per danno da prodotto, per citarne solo alcune) nonché il margine di flessibilità conferita al giudice di individuare ovvero agli interessati di scegliere la legge più idonea a regolare la situazione o il rapporto contemplati dalla legge (cfr.

(55) Si veda pure il 2° comma dell'art. 15 che pone una analoga disciplina anche per l'ipotesi del mancato accertamento della legge.

l'art. 30 in materia di rapporti patrimoniali tra i coniugi e l'art. 46 che regola la successione *mortis causa*).

Di grande respiro internazionale si rileva – in particolare – la nuova strutturazione del diritto civil-processuale internazionale (56) che richiama le maggiori convenzioni internazionali sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Convenzione di Bruxelles 1968, come modificata dalle successive Convenzioni di Donostia-San Sebastian e di Lugano), sulla notifica di atti stranieri (Convenzione dell'Aja 1965) e sull'assunzione di mezzi di prova all'estero (Convenzione dell'Aja 1954), il cui recepimento generale, annullando i limiti e le condizioni di applicazione, facilita manifestamente al nostro ordinamento l'opera di cooperazione-integrazione con Paesi con i quali non esistono rapporti pattizi ovvero comunanza di sistema giuridico.

a. *La competenza giurisdizionale.*— Di grande portata è il definitivo abbandono – auspicato da tempo dalle prevalenti dottrina e giurisprudenza, sulla scia degli orientamenti espressi dalle Convenzioni di Bruxelles 1968 e di Lugano 1988 – del criterio generale della cittadinanza, indice eccellente della illimitatezza della giurisdizione italiana nei confronti del cittadino, oggi ricondotto nel novero dei criteri speciali, surclassato dalla previsione del criterio generale della competenza per territorio (residenza o domicilio o ancora rappresentante autorizzato a stare in giudizio *ex* art. 77 c.p.c. in Italia) che concorre con i criteri comuni della competenza territoriale interna e con i criteri speciali sanciti dal Tit. II, sez. 2,3,4 Conv. Bruxelles 1968 per alcune materie (obbligazioni alimentari, contratti conclusi dai consumatori, contratto di assicurazione, etc.), i quali operano anche

(56) Per una visione generale degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali sul diritto processuale internazionale prima della riforma si vedano: MORELLI, *op. cit.*; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1961; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982; VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1983.

ove il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno stato contraente (art. 3). Per quanto attiene i criteri oggettivi previsti dallo stesso art. 4 c.p.c., abrogato e sostituito dalla norma *de qua*, essi, inerenti diverse materie – dalle obbligazioni alle successioni alle misure cautelari – sono stati ridisegnati nelle singole sezioni della legge di riforma ed adeguati alle previsioni contenute nelle numerose convenzioni internazionali.

Il principio dell'inderogabilità della giurisdizione italiana viene dunque ribadito così come riproposte sono anche le eccezioni al principio, codificate dal codice di rito del 1942 all'art. 2 e dalla riforma all'art. 4 che contempla le ipotesi tanto della deroga alla giurisdizione italiana che della deroga alla giurisdizione straniera.

Sostanzialmente immutata è rimasta la previsione della accettazione della giurisdizione da parte dello straniero nell'attuale art. 4, comma 1, che, recependo integralmente l'interpretazione fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza (57) in ordine alle generiche nozioni di accettazione espressa o tacita, richiede la sussistenza di convenzione scritta tra le parti ovvero la mancata eccezione del difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.

Un regime più liberale contraddistingue l'attuale formulazione della deroga alla giurisdizione contenuta nell'art. 4, comma 2, che soppianta il previgente art. 2 c.p.c., divenuto oramai desueto a seguito della ratifica della Convenzione di Ginevra 1923 e della Convenzione di New York 1958 (riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere) che ne hanno notevolmente ampliato il raggio d'azione, costituendo sicuro presupposto della novella: la quale consente la deroga a favore del G.O. o dell'arbitro straniero subordinatamente alla *contemplatio* in un atto scritto (forma richiesta *ad probationem* e non più *ad substan-*

(57) In dottrina si veda ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 27; *contra* STARACE, *giurisdizione (Limiti della)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 428 ss. Giova ricordare che la giurisprudenza, in passato, ha fornito una chiave di lettura restrittiva della accettazione tacita desunta dal comportamento complessivo del convenuto. V. per tutti Cass., Sez. un., 15 marzo 1951, n. 662, in *Giur. it.*, 1951, I, c. 695.

tiam) e relativamente a diritti disponibili. Ciò non implica – beninteso – la “disponibilità” delle norme relative alla deroga, di natura prettamente eccezionale. Invero, la volontà delle parti, in tal caso, si porrebbe come una sorta di criterio negativo di giurisdizione, e dunque quale circostanza escludente la giurisdizione medesima, altrimenti esistente. Ragioni di economia processuale e di certezza del diritto dettano – poi – la successiva previsione che condiziona la efficacia della deroga all’effettivo esercizio della giurisdizione da parte del giudice straniero, con il conseguente obbligo del giudice italiano di esaminare nel merito la domanda (pur se spogliatosi della causa) allorquando il giudice o l’arbitro straniero declinino la giurisdizione o comunque non possano conoscere della causa.

Al principio della generalità ed inderogabilità della giurisdizione del GO si correlava, sotto il vigore del codice del 1942, il regime della rilevabilità d’ufficio del difetto di giurisdizione per il caso di giudizio avente ad oggetto beni immobili siti all’estero o nel quale il convenuto fosse contumace (fatta salva l’ipotesi di eccezione in senso proprio sollevata dal convenuto costituito, che non avesse accettato la giurisdizione). La novella ribalta la scala di valori proposta dall’(abrogato) art. 37, 2° c., c.p.c. demandando la rilevazione del difetto di giurisdizione alla necessaria istanza del convenuto costituito (che – beninteso – non l’abbia accettata) e, in via di eccezione, al giudicante d’ufficio nelle ipotesi di convenuto contumace, di causa relativa a diritti reali su immobili ubicati all’estero, di norma internazionale che escluda la giurisdizione del giudice italiano, attesa la indisponibilità degli obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Un discorso compiuto in ordine alla deroga di giurisdizione impone un doveroso riferimento all’arbitrato estero, inizialmente disciplinato dagli artt. 4, ult. comma e 69 del disegno di legge governativo ma successivamente espulso dalla legge 218/95 in quanto fatto oggetto di un parallelo intervento legislativo con l. 5.1.1994, n. 25, la quale si colloca anch’essa all’interno della precitata tendenza all’adeguamento del nostro sistema processuale

alle convenzioni internazionali ed alle esperienze legislative maturate negli altri paesi.

Implicito riferimento ad un recente intervento legislativo fa pure l'art. 10 il quale radica la giurisdizione del giudice italiano in materia cautelare in forza non solo del tradizionale criterio della esecuzione del provvedimento in Italia (già presente nell'art. 4 c.p.c.), ma anche della ipotesi (definitivamente sancita dalla l. 353/90), nella quale il giudice italiano abbia giurisdizione nel merito.

Anche sotto un ulteriore profilo – peraltro – la novella ha esteso la (ridotta) sfera di operatività del previgente art. 4 – limitato, quanto ad ambito oggettivo di applicazione, al processo di cognizione ed al processo cautelare – ritenendo sussistente la giurisdizione italiana, nell'art. 9, anche per i procedimenti di volontaria giurisdizione in presenza dei criteri di collegamento generali previsti dalla legge nonché del criterio territoriale e dei criteri speciali disseminati nel *corpus* della legge (tra i quali viene eccezionalmente ricondotta la cittadinanza).

Corollario del principio della generalità della giurisdizione è la disciplina della litispendenza internazionale cui l'abrogato art. 3 c.p.c. aveva dato soluzione sancendo la insensibilità del giudizio italiano alla pendenza di altra causa, anche connessa, dinanzi al giudice straniero. Diversamente, l'art. 7 l. 218/95, con una norma che riecheggia l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles 1968 e, più in generale, soluzioni comuni a vari ordinamenti e convenzioni internazionali, rispetto alle quali – peraltro – esso propone una lettura giuridicamente più evoluta, impone al giudice italiano di sospendere il giudizio in presenza di altro giudizio straniero con identità di parti, *petitum* e *causa petendi* ovvero di causa straniera pregiudiziale (rispetto a quella italiana) “se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano”. Completa tale disciplina la previsione che la pendenza della causa va determinata alla stregua della legge dello Stato nel quale il processo si svolge, secondo i principi generali della materia. Ragioni di economia processuale ed, an-

cor più, le mutate esigenze delle relazioni internazionali (si veda in proposito la relazione al disegno di legge), che impongono il riconoscimento della equivalenza nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali tra Stati (segnatamente: stipulanti disposizioni patizie) e l'armonizzazione delle decisioni giurisdizionali (riconoscimento delle sentenze straniere), costituiscono la ratio imprescindibile del nuovo regime.

Alla stregua di quanto esposto, la litispendenza internazionale non costituisce più (o quantomeno non esclusivamente) soluzione ai problemi posti dal conflitto di giudicati, qual è concepita dalle legislazioni che aderiscono al modello della sovranità territoriale, ponendosi piuttosto come momento regolatore dei conflitti di giurisdizione tra Stati: i cui rapporti sono retti non già dalle categorie "classiche" della autonomia giuridico-politico-economica, quanto dalla esigenza di realizzazione di uno spazio comune senza frontiere, all'interno del quale tutti gli Stati si impegnano ad accettare "trasferimenti di funzioni sovrane" (58).

Di ampio respiro internazionalistico si rivela infine l'abrogazione del principio di reciprocità (art. 4, n. 4 c.p.c. abr.) che risponde ad un criterio di protezione del cittadino italiano (espressione emblematica del 1° modello della sovranità) correlando esso l'ampiezza della nostra giurisdizione – assente qualsivoglia criterio di collegamento – nei confronti dello straniero al concreto atteggiarsi delle norme sulla competenza giurisdizionale dello Stato di appartenenza. La norma, in passato, aveva sollevato da parte della dottrina più accreditata più di un dubbio in ordine alla sua costituzionalità (59), oggi fugato dalla sua completa espulsione dal sistema internazional-privatistico.

(58) LUPOI, *Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968. Commento all'art. 21*, in *Commentario breve al c.p.c.*, Padova, p. 21.

(59) GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, p. 75; COSTANTINO, *Giurisdizione civile (Diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. giur.*, 1989, p. 6.

b. *La collaborazione giudiziaria internazionale.*— Gli artt. 69, 70, 71 l. 218/95, da leggere in correlazione agli artt. 142 e 204 c.p.c., rimasti invariati, rappresentano il primo intervento legislativo organico in materia di assistenza giudiziaria internazionale (60). Non stupisce la portata “minimale” di tale intervento, ricompreso nel Titolo IV dedicato alla efficacia delle sentenze ed atti stranieri, teso a completare l’opera di omogeneizzazione del nostro sistema alle convenzioni internazionali. La ragione di ciò risiede nella tradizionale renitenza del legislatore interno a regolare la materia dell’assistenza giudiziaria internazionale con norme di diritto comune che difficilmente potrebbero rivelarsi idonee allo scopo (in quanto tali solo se corrispondenti alle rispettive norme dello stato estero), ma che — di fatto — assumono valore integrativo e complementare alle fonti normative internazionali di portata generale.

La l. 218/95, accogliendo la nozione restrittiva di cooperazione giudiziaria internazionale fornita dalla dottrina, che ne ha sottolineato la funzione vicaria assunta rispetto alla celebrazione di un processo, regola le fattispecie della assunzione di prove e della notifica di atti provenienti da giudici stranieri.

Gli artt. 69 e 70 riprendono la formulazione dell’art. 802 c.p.c. ed il principio della *lex fori* (“l’assunzione o l’espletamento richiesti sono disciplinati dalla legge italiana”), temperato nella nuova disposizione, che richiama l’art. 14 Convenzione dell’Aja 1954, dalla previsione della possibilità di assumere mezzi di prova o espletare incumbenti istruttori non previsti dalla legge italiana ovvero nelle “forme espressamente richieste dall’autorità giudiziaria straniera” (a patto, in entrambi i casi, che non vi sia contrasto con i principi ordinamentali). Le norme in commento, ispirate dall’intento di evitare che la collaborazione internazionale possa essere ostacolata dalla diversità dei mezzi di prova o delle modalità di assunzione nei singoli ordinamenti, lasciano,

(60) Sulla cooperazione giudiziaria internazionale cfr. CAMPEIS, DE PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero. Lineamenti di diritto processuale civile*, Milano, 1986; POCAR, *Cooperazione giudiziaria internazionale*, op. cit.

però, immutato il procedimento dinanzi alla Corte d'Appello, chiamata, su ricorso di parte o su richiesta per via diplomatica, a rendere esecutivi con proprio decreto le sentenze ed i provvedimenti relativi a mezzi di prova.

Invariato rimane anche l'art. 204 c.p.c. che disciplina la materia delle rogatorie dei giudici italiani alle autorità straniere per l'esecuzione di provvedimenti istruttori, contemplando anche la possibilità di usufruire di procedure speciali (delega all'autorità consolare), così come introdotte dalla Convenzione dell'Aja 1970. La norma sancisce la piena riconoscibilità all'attività istruttoria all'estero di effetti identici a quelli dell'istruzione svolta dal giudice italiano mediante il ricorso alla assistenza giudiziaria internazionale dello Stato straniero (che può essere direttamente investito della procedura ovvero tenuto soltanto a tollerare l'attività svolta dalle autorità dello Stato richiedente), oggetto da sempre di regolamentazione da parte di una nutrita schiera di convenzioni bi e multi-laterali, nell'ambito delle quali la più diffusa ed organica disciplina dell'istituto è la cit. convenzione dell'Aja 1970.

Con il successivo art. 71 la l. 218/95 normativizza un altro istituto tipico della assistenza giudiziaria tra Stati, la notifica di atti e provvedimenti. Si tratta di materia sottratta – anche in questo caso – alla disciplina di diritto comune in quanto di fonte pressoché esclusivamente pattizia internazionale, rispetto alla quale la prima assume un ruolo sussidiario. Alla Convenzione dell'Aja 1965, che rappresenta la disciplina internazionale-processuale più compiuta in materia, è ispirato il menzionato art. 71 (notifica di atti di autorità straniera) che pur ricalcando, nel 1° comma, il previgente art. 805 (richiesta di parte autorizzata dal PM o avanzata direttamente da quest'ultimo, se inoltrata per via diplomatica), si colloca all'interno del modello di cooperazione-integrazione nel suo 2° comma ove viene riconosciuta pari efficacia al ricorso a modalità previste dalla legge italiana ovvero richieste dalla autorità straniera (ad es. a mezzo di agenti diplomatici o consolari o a mezzo posta), in quanto conformi ai principi

del nostro ordinamento, "destinate cioè a soddisfare le stesse esigenze di certezza o ragionevole presunzione di avvenuta conoscenza dell'atto da parte del destinatario" (cfr. la relazione illustrativa del disegno di legge governativo all'art. 72). Alla medesima prospettiva si conforma anche l'art. 142 c.p.c. — notifica di atti e provvedimenti italiani all'estero — che il DPR n. 42/1981 ha modificato per allinearne la disciplina a quanto previsto dall'art. 15 Convenzione dell'Aja 1965, con particolare attenzione verso la salvaguardia del diritto di difesa del convenuto.

c. *La circolazione del "prodotto" giudiziario.*— Il sopradelineato regime della litispendenza va letto nella rinnovata "cornice" legislativa in parallelo al nuovo disegno che soprassiede al riconoscimento ed efficacia delle sentenze straniere. Gli artt. 64, 65, 66, 67 della l. 218/95, accogliendo l'insegnamento della Convenzione di Bruxelles 1968 che, per prima, ha sottolineato la necessità di separare, quanto a disciplina, la materia del riconoscimento da quella della esecuzione, ed in riferimento alla prima la opportunità di riconoscimento automatico delle sentenze straniere, statuiscono:

a) il riconoscimento della sentenza straniera non richiede procedimento alcuno, a differenza di quanto previsto negli artt. 795-796 c.p.c. abrogati dalla presente legge, che lo subordinavano alla dichiarazione di efficacia da parte della Corte d'Appello;

b) sono riconosciute le sentenze straniere passate in giudicato che non siano in contrasto con altra sentenza italiana — in relazione alla quale sia intervenuto il giudicato — e con i principi di ordine pubblico, suscettibili di essere conosciute dal giudice italiano alla stregua del diritto interno ed a condizione che siano stati rispettati i fondamentali principi del contraddittorio e del diritto di difesa e che il convenuto si sia regolarmente costituito o sia stato dichiarato contumace (vd. l'abr. art. 797 c.p.c.);

d) deve essere richiesto l'accertamento dei requisiti del riconoscimento limitatamente all'evenienza in cui l'efficacia del giu-

dicato straniero venga contestata ovvero ad esso non venga ottemperato o — ancora — la pronuncia debba avere esecuzione in Italia;

d) la pronuncia *de qua* può essere resa in via principale dalla Corte d'Appello con il procedimento previsto dal codice di rito (la Convenzione di Bruxelles prevede — invece — un ben più rapido giudizio analogo a quello monitorio) ovvero in via incidentale in seno a giudizio pendente dal giudice adito e con efficacia limitata alla vertenza. È caduta, invece, la previsione del necessario intervento del PM, riflesso dalla diversa funzione riconosciuta alla delibazione che non implica più il controllo generalizzato del provvedimento straniero.

La comparazione tra la vigente normativa e quella precedente rivela — ciò è indubbio — una notevole apertura verso la circolazione dei valori giuridici e l'efficacia dei giudicati stranieri, presente peraltro già nella codificazione del 1865 (che limitava la delibazione alle sentenze straniere di condanna cui dare esecuzione nel nostro Paese) ma tangibilmente ridimensionata dal Codice 1942.

È sufficiente, in proposito, il riferimento alle norme che ampliano la sfera di operatività del riconoscimento automatico estendendola ai provvedimenti di volontaria giurisdizione (disciplinati anche dal previgente art. 801 c.p.c.), in materia di famiglia, capacità e diritti della personalità (con un procedimento complementare a quello di cui all'art. 64 che eccezionalmente consente di attribuire efficacia a tali provvedimenti a condizioni semplificate di riconoscimento) nonché alle norme che applicano la disciplina che presiede alla esecuzione delle pronunce straniere anche agli atti pubblici (anche non contrattuali, come promesse di pagamento, rinunce all'azione, etc.) ricevuti in uno Stato estero.

10. *Considerazioni conclusive.*— Alcune brevi notazioni, solo in parte riassuntive, per concludere.

In primo luogo, si deve rilevare che le forme più avanzate di cooperazione internazionale in materia giudiziaria si sono sviluppate in contesti regionali caratterizzati da fenomeni più o meno intensi di cooperazione ed integrazione economica (si pensi alla Comunità economica europea, alla Organizzazione degli Stati Americani ed al recente Mercosur). In un quadro del genere, infatti, si rende necessario un sistema normativo quanto più possibile integrato, che comporta anche la creazione di uno spazio giudiziario integrato.

Laddove si istituisce un unico mercato, in cui si garantisce la libera circolazione delle merci, dei servizi e dei fattori produttivi, emerge prepotente l'esigenza di armonizzazione normativa degli Stati membri (61) e di edificazione di un sistema giudiziario integrato, per evitare che la formale separazione tra i sistemi normativi e giudiziari degli Stati membri sia d'intralcio alla realizzazione dei diritti e delle libertà economiche fondamentali dei privati (62).

È proprio in questi casi che si sono raggiunte le forme più sofisticate di cooperazione ed integrazione caratterizzate dalla circolazione delle sentenze pronunciate dai giudici degli Stati partecipanti sulla base di criteri uniformi di giurisdizione (63), dalla rilevanza della litispendenza (si afferma così il principio dell'economia internazionale dei giudizi) e dalla presenza di un'unica autorità giurisdizionale, per così dire sovranazionale, che assicuri l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'organizzazione e del diritto derivato.

(61) Cfr. l'art. 100 del Trattato istitutivo della CEE.

(62) Cfr. in proposito l'art. 220 del Trattato istitutivo della CEE e l'art. 57 della già citata Carta di Bogotà. Sulla integrazione normativa latino-americana v. *supra*, note 8 e 12. Interessanti anche le considerazioni di BRICEÑO BERRÚ, *op. cit.*, p. 157 ss., e, con riferimento al Mercosur, O'KEEFE, *op. cit.*, pp. 440-447.

(63) Si tenga presente, oltre che la Convenzione di Bruxelles del 1968, la già citata Convenzione inter-americana di La Paz del 1984 sulla giurisdizione in ambito internazionale per l'efficacia extraterritoriale delle sentenze straniere (v. *supra*, nota 19).

In ambiti siffatti si tende anche ad affrontare il problema del coordinamento tra giurisdizione competente e legge materiale applicabile mediante l'elaborazione di norme uniformi volte a risolvere non solo i conflitti tra giurisdizioni ma anche i conflitti di leggi per evitare il fenomeno del "forum shopping" e favorire allo stesso tempo una maggiore certezza o quanto meno prevedibilità delle soluzioni (64).

Inoltre, appare opportuno soffermare ancora l'attenzione sul segnalato fenomeno di omogeneizzazione degli assetti giurisdizionali interni, quale conseguenza della crescente espansività del modello internazionale.

È bene sottolineare che le convenzioni internazionali esaminate hanno notevolmente influenzato i sistemi di diritto interno, al di là della loro formale efficacia obbligatoria. Esse infatti, proponendo nuove e più avanzate soluzioni tecnico-giuridiche, hanno spesso costituito un modello normativo cui fare riferimento in sede di produzione o revisione di norme interne comuni. Tale fenomeno ha logicamente favorito una tendenziale uniformità della normativa interna, riducendo sensibilmente i conflitti di giurisdizione ed i difetti di coordinamento tra diversi sistemi giurisdizionali, anche oltre il naturale ambito di operatività delle convenzioni internazionali (65).

(64) Si intende qui fare riferimento, per l'ultimo aspetto accennato, alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che opera nell'ambito dell'Unione Europea, ed alla Convenzione interamericana sulla legge applicabile ai contratti internazionali, firmata a Città del Messico il 17 marzo 1994 (Cfr. il testo in *Int. Legal Materials*, 1994, p. 733). Su quest'ultima Convenzione si vedano JUENGER, *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparison*, in *American Journal of Comp. Law*, 1994, p. 381 ss., e BURMAN, *International Conflicts of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995, p. 367 ss.

(65) Sulla funzione suppletiva o integrativa del diritto convenzionale nell'ambito del diritto interno dei singoli Stati contraenti v. BRICEÑO BERRÚ, *op. cit.*, p. 191.

Orbene, un ulteriore interessante riscontro di tale fenomeno mi pare potersi cogliere nel tendenziale ravvicinamento delle due culture di *common law* e di *civil law*: quale, per esempio, si sperimenta – significativamente – nel carattere “normativo”, di vincolatività *ultra partes*, delle pronunce rese dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in esito a rinvio pregiudiziale operato a mente dell'articolo 177 Trattato CEE (66).

Trattasi – si badi bene – di un connotato non assistito da alcuna previsione normativa espressa, e tuttavia radicato su una (ormai consolidata) elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, e fatta propria in più occasioni (per quel che concerne l'esperienza italiana) anche dalla stessa Corte Costituzionale.

Un'ultima considerazione riguarda – conclusivamente – la direttrice di fondo, lungo la quale si è venuta evolvendo l'esperienza fin qui considerata.

I veri destinatari del nuovo impianto normativo – maturato in tema di cooperazione internazionale in materia giudiziaria – non sembrano più essere gli Stati ma gli uomini.

Il baricentro della nuova disciplina si coglie non più nella sovranità degli Stati nazionali, ma nel diritto dell'Uomo (quale che sia la sua cittadinanza, la razza ed il luogo in cui vive ed opera) di vedere soddisfatto – in termini di effettività e, quindi, di tempestività – il proprio bisogno di giustizia.

Mi piace, per ciò, chiudere con le parole del Collega argentino Gualberto Lucas Sosa: “... se suele perder de vista la idea básica de la solidaridad que debe existir entre todos los pueblos, y que la colaboración internacional en la dimensión jurisdiccional tiene como destinatarios no a los Estados extranjeros, sino al hombre como sujeto de derecho universal, quien debe tener acceso a la jurisdicción internacional en cualquier lugar del univet-

(66) Cfr. sul punto RAITI, *La cooperazione giudiziaria nelle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, comunicazione al V Congresso Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Processuale sul tema “*Transnational aspects of procedural law*” (Taormina, 17-23 settembre 1995).

so. Constituye un deber de los juristas gravitar para cambiar el escepticismo o las rêmoras que obstaculizan la apuntada cooperación jurisdiccional” (67).

(67) Così SOSA, *Cooperacion judicial internacional en el proceso civil: un enfoque desde la realidad normológica y sociológica argentina*, Rapporto nazionale argentino al X Congresso Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Processuale sul tema “*Trans-national aspects of procedural law*” (Taormina, 17-23 settembre 1995).

FRANCISCO GONZALEZ NAVARRO

ASPECTOS TRANSNACIONALES
DEL DERECHO PROCESAL

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL
EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO



“... en el contencioso-administrativo aún queda una zona por judicializar, una parcela todavía no conquistada por los mecanismos coercitivos – y efectivos – del derecho. O, por seguir con las pautas de la evolución del contencioso, el poder ejecutivo aún no ha delegado en el poder judicial todas las funciones jurisdiccionales”.

(Miguel BELTRAN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid 1995, págs. 76-77).

“Il n'existe donc pas des voies d'exécution autoritaires à l'encontre des autorités administratives. L'administration peut alors être tentée d'en profiter pour faire la sourde oreille devant un jugement qui l'agace ou qui lui déplaît, et pour ne pas exécuter la décision du juge”.

(Pierre SANDEVOIR, “*Les juridictions administratives*”, en la obra colectiva dirigida por Jacques Moreau, *Droit public*: t. 2, París 1995, p. 762).

INDICE

SOMMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Dé como y porqué un administrativista como yo interviene como relator en una asamblea de procesalistas como ésta.— 2. Donde se previene al auditorio sobre la provisionalidad con que esta relación se presenta a este congreso científico.— 3. Un tema poliédrico. A. Un problema en el que aparecen imbricados el derecho internacional, el derecho supraestatal y el derecho interno estatal. ¿Qué alcance hay que dar, pues, al sintagma “sentencia extranjera”? B. Sentencias “extranjeras” que crean jurisprudencia vinculante para otros Estados, sentencias “extranjeras” que se aplican simultáneamente en otro Estado, y sentencias cuya aplicación en otro Estado exige la previa obtención del reconocimiento (y, en su caso, del *exequátur*). C. Resoluciones judiciales cuya efectividad puede requerir de la cooperación judicial internacional. D. La organización administrativa de apoyo a la cooperación judicial internacional.— II. ALGUNAS CUESTIONES QUE IMPORTA TRATAR ANTES DE ENTRAR EN LO QUE, PROPIAMENTE, CONSTITUYE EL OBJETO DE ESTE TRABAJO: 1. Fundamento de la ejecución de sentencias extranjeras. A. ¿La igualdad y la libertad? B. La justicia.— 2. Naturaleza del procedimiento para la obtención del “*exequátur*” (“*ejecútese*”), del acto que lo otorga, y de la potestad que se ejerce al otorgarlo y, posteriormente, al ejecutar la sentencia. A. Procedimiento complejo. *a)* Reconocimiento. *b)* Exequátur. *c)* Ejecución. B. Resolución judicial interlocutoria de remoción de un obstáculo impeditivo del cumplimiento. *a)* Sujeto del acto. *b)* Forma del acto. *c)* Contenido (esto es, potestad que se ejerce a través) del acto. C. De la distinta potestad que ejerce el juez del *exequátur* y el juez de la ejecución. *a)* El Juez del “*exequátur*” realiza una potestad administrativa de autorización. *b)* El juez de la ejecución ejercita una potestad de sustitución.— 3. Hacia un derecho de “grandes espacios sin fronteras interiores”. De la aproximación de legislaciones. La técnica de la

legislación-tipo.— 4. ¿Una legislación-tipo en derecho procesal administrativo?— III. *COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LITIGIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO*: 1. El problema del grupo normativo regulador. A. Idea general. B. El derecho administrativo y la justicia administrativa. a) El derecho administrativo como derecho del Poder para la libertad. b) El Estado democrático de derecho como Estado de justicia judicial plenaria. C. El grupo normativo regulador de la cooperación judicial internacional en materia de sanciones administrativas en el ámbito territorial de la Comunidad europea.— 2. Una regla anacrónica (y, además, en el sistema español, inconstitucional): la “vis atrattiva” de la jurisdicción civil.— 3. Una referencia necesaria al sistema tradicional francés de autoejecución administrativa. A. Un juez que juzga pero no ejecuta lo juzgado. B. Las críticas doctrinales surgidas a lo largo de la década de los setenta y sus moderadas consecuencias normativas y prácticas. a) El descarado indio Hurón de Jean Rivero. b) Las *procédures amiables*, de 1963, y las *procédures contraignantes*, de 1980 y 1990; su limitado alcance. C. Crítica del sistema francés de autoejecución. a) La Administración retiene todavía la potestad de ejecutar las sentencias dictadas contra ella. b) La obligación de ejecutar la sentencia administrativa es una obligación natural.— 4. Las sentencias de condena contra la Administración en derecho español. A. El progresivo alejamiento del sistema contencioso español respecto del contencioso francés, del que procede en sus orígenes. B. Una revolución en el contencioso-administrativo: la emergencia del derecho a una tutela judicial eficaz. C. Una metamorfosis jurídica producida por imperativo constitucional: la potestad administrativa de ejecutar las sentencias se ha convertido en obligación administrativa de cumplirlas. D. El problema de la sustitución de la ejecución *in natura*. a) Los supuestos tradicionales de suspensión y, en su caso, de inejecución. b) El deber constitucional de cumplir las sentencias “en sus propios términos”. c) El llamado “juicio de prevalencia”. d) La expropiación de los derechos reconocidos en una sentencia como medio de asegurar la prestación de los servicios públicos de interés general.— 5. Una referencia adicional a los sistemas belga e italiano de ejecución de sentencias administrativas. A. Sistema belga. B. Sistema italiano.— 6. Cuanto antecede sirve para prevenimos acerca de los riesgos de

intentar, sin más, una traslación pura y simple de las soluciones alcanzadas en materia de cooperación judicial internacional.— 7. Examen de algunos casos en que la sustitución judicial de la Administración en la ejecución de las sentencias administrativas de condena puede resultar difícil e incluso imposible. A. Poder de sustitución del juez autor de la sentencia administrativa extranjera de cuya ejecución se trata, y poder de sustitución del juez del Estado cooperante. B. De cómo en el caso de sentencias que condenan a la Administración no puede hablarse de obligaciones personalísimas. *a)* La regla general de la ejecución sustitutoria de las obligaciones personalísimas incumplidas. *b)* La prestación administrativa no es personalísima. C. Sentencias que imponen a una Administración la obligación de dictar una norma. D. Sentencias de contenido en parte reglado y en parte discrecional.— 8. Otros problemas que es necesario examinar en relación con la eficacia administrativa extraterritorial de sentencias extranjeras. A. Sentencias extranjeras de contenido civil que deban tener eficacia administrativa extraterritorial. B. Eficacia en un proceso administrativo de sentencias extranjeras. *a)* Prohibición del llamado “reconocimiento incidental”. *b)* Eficacia de las sentencias del Tribunal de justicia que resuelven una cuestión prejudicial. *c)* Eficacia probatoria de sentencias extranjeras.— 9. Referencia especial a la cooperación judicial en la ejecución de sanciones administrativas en el ámbito de la Comunidad europea. A. Sujetos. *a)* Poderes públicos actuantes. *b)* Sujeto pasivo. B. Objeto. C. Naturaleza del procedimiento. D. Procedimiento para la “transmisión de la ejecución”. *a)* Petición. *b)* Aceptación. *a)* Requisitos. *b)* Efectos. E. Procedimiento de ejecución. *a)* Legislación reguladora. *b)* Medidas cautelares. *c)* Conversión de la cuantía de la sanción pecuniaria a la moneda del país de ejecución. *d)* El problema de la prisión sustitutiva de la sanción pecuniaria.— 10. Medidas cautelares. A. Un ejemplo que prueba las peculiaridades que presenta la cooperación internacional en este campo: suspensión por el Tribunal de justicia de la Comunidad europea de una ley de un Estado miembro que *prima facie* parece contradecir el derecho administrativo. B. Ejecución de condenas pecuniarias (en su caso, también embargo preventivo de fondos públicos para asegurar cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria de la Administración). *a)* El dogma de la inembargabilidad de los

dineros públicos. b) Embargo de fondos públicos como medida cautelar.— 11. Realización de actos de mero trámite y recepción y obtención de pruebas e informes en procesos administrativos.—
IV. FINAL: EL PENSAR DIALECTICO COMO OBLIGACIÓN DE SEGUIR PENSANDO.

I

INTRODUCCIÓN

1. *De cómo y porqué un administrativista como yo interviene como relator en una Asamblea de procesalistas como ésta.*— La necesidad de limitar mi exposición a un corto espacio temporal — que, obviamente, me obliga a resumir la forma drástica el correspondiente texto escrito — no me excusa de un elemental deber de cortesía.

Es cierto que — con ese fino humor que solía hacer gala — JOSE ORTEGA Y GASSET aludió alguna vez (*El hombre y la gente*, II, 83) a la “ley de la ceremoniosidad decreciente”. Pero el imperio irresistible de esta ley — irresistible porque parece haber devenido uso y los usos se nos imponen — no impide ser cortés.

Por eso debo empezar manifestando mi agradecimiento por la invitación que se me ha hecho de intervenir como relator en este Congreso y por haber sido aceptado, con ocasión de ello, como miembro de esta Asociación internacional de derecho procesal.

Pero, además de ser cortés, debo ser sincero. Modesto también. Porque debo decir — y puede quizá esto servir de justificación a mi presencia como relator en este Congreso — que si ocupo este lugar de honor es ejerciendo una sustitución. Inicialmente se había previsto que esta tarea que estoy ahora desempeñando la llevara a cabo otro administrativista español, antiguo miembro de esta Asociación, el profesor doctor Jesús GONZALEZ PEREZ, muy conocido en el mundo procesal por sus estudios sobre el procedimiento administrativo y el proceso

contencioso-administrativo. Por razones personales tuvo que excusarse. Y me propuso a mí como sustituto, propuesta que aceptó la organización. Es así como me ví ocupando este puesto.

Debo decir, por ello, que soy consciente de que vengo aquí como suplente que es llamado a ocupar el puesto del titular. Y como en trance análogo recordó un constitucionalista español, el profesor PEREZ SERRANO, "nada tan enojosos y deslucido como una sustitución. Ante el auditorio es motivo de desilusión explicable, porque tenía derecho a mucho y sabe que se le va a ofrecer muy poco. Ante los propios ojos del sustituto, porque tiene conciencia de sus escasos medios y sabe que viene llamado con vocación subalterna y subsidiaria".

Y debo añadir de inmediato, para explicar la propuesta del profesor GONZALEZ PEREZ, que la razón última de aquélla — que explica también la aceptación de esa propuesta por la organización — se encuentra, por un lado, en el hecho de que junto a mi condición de catedrático de derecho administrativo concurre en mí la de haber sido durante diez años profesor ordinario de Procedimiento administrativo en una Escuela funcionarial: la Escuela Nacional de administración pública cuya sede se hallaba en el edificio de la antigua Universidad de Alcalá de Henares. Por otro lado, en esa propuesta de aceptación ha pesado — probablemente con mayor fuerza — mi condición de Magistrado del Tribunal Supremo de España, en cuya sala de lo contencioso-administrativo he estado en activo durante cinco años y a cuyo escalafón sigo perteneciendo, siquiera sea ahora en situación de excedencia, situación a la que pasé, a petición propia, en febrero de 1991.

Así pues, no sólo como administrativista sino también como profesor de Procedimiento administrativo y Magistrado del Tribunal supremo de España vengo a ejercer aquí esta sustitución personal que me ha sido encomendada. Una suplencia que he aceptado por considerar que se me hacía un alto honor y que he procurado cubrir poniendo en ello toda mi voluntad y

los recursos mejores de mi oficio.

2. *Donde se previene el auditorio de la provisionalidad con que esta relación se presenta a este congreso científico.*— Es uso establecido — y como tal uso, de obligado cumplimiento: los usos se nos impone según he dicho — que al relator general en un congreso internacional le corresponda la tarea de ofrecer una visión lo más completa y amplia posible del tema cuyo análisis se le encomienda partiendo de las exposiciones que previamente le han ofrecido los relatores internacionales.

Por razones que no es del caso explicar la exposición que aquí voy hacer no ha podido contar con ese trabajo previo de los relatores nacionales.

Como, de todas maneras, el tema que me fue asignado — la cooperación judicial internacional para la efectividad de resoluciones judiciales administrativas — no podía quedar silenciado, el profesor ANDOLINA y yo convínimos en que podría obtenerse un resultado análogo de cara a la publicación definitiva de las conclusiones de este Congreso, si yo presentaba un texto provisional planteando las cuestiones que me parecieran más relevantes, a fin de que luego, al hilo de las intervecciones orales que mi intervención pueda suscitar y de las posteriores aportaciones escritas que ya desde este momento solicito de ustedes, elabore el texto definitivo.

Y con esto estoy poniendo de manifiesto que si esta primera redacción patentiza manquedades — omisiones, tal vez errores — es porque no ha contado con la indispensable ayuda ortopédica de esas otras colaboraciones de relatores nacionales cuya presencia es necesaria para que un trabajo congresual sea — como debe ser — resultado de una labor de equipo.

3. *Un tema poliédrico.*— A medida que se va uno aproximando al núcleo del tema que aquí voy a tratar — a los proble-

mas, decía también ORTEGA, hay que aproximarse en círculos concéntricos de radio cada vez más reducido, al modo que lo hicieron los judíos para hacerse con Jericó y sus rosas íntimas — se va adquiriendo la certeza de que nos hallamos ante un tema poliédrico, de múltiples caras. Que esto es así, lo confirmarán estas reflexiones que hago a continuación:

A. *Un problema en el que aparecen imbricados el derecho internacional, el derecho supraestatal y el derecho interno estatal. ¿Qué alcance hay que dar, pues, al sintagma "sentencia extranjera"?*— Por lo pronto es necesario tener presente que el problema de que me voy a ocupar ha de ser contemplado desde tres planos: el del derecho internacional, el del derecho supraestatal y el del derecho interno de cada Estado.

Que el derecho internacional tiene aquí una presencia estelar, del primer plano, no creo que pueda dudarse de nadie. Pero si alguien no habituado al contacto con estas cuestiones exigiera una demostración le remito al importante repertorio documental elaborado por Pablo QUECEDO ARACIL, *Convenios internacionales de cooperación en materia civil y procesal*, ed. Consejo general del Poder judicial (de España), 2 tomos, Madrid, 1992, 1337 págs, en el que se ordenan los diversos tratados firmados por España sobre esta materia conforme al siguiente esquema:

- 0.1. *Extracto de legislación básica.*
- 0.2. *Tratados internacionales multilaterales.*
 - 02.01. Asociación europea de libre cambio (un Convenio).
 - 02.02. Comisión económica europea (Comisión europea de Naciones unidas) (un Convenio).
 - 02.03. Comunidad económica europea (dos convenios).
 - 02.04. Conferencia de la Haya (catorce convenios).
 - 02.05. Consejo de Europa (siete convenios).
 - 02.06. Conferencia interamericana de derecho internacional privado (dos convenios).

- 02.07. Convenios de Naciones Unidas (seis convenios).
- 02.08. Convenios relativos al Estado y Registro civil (comisión internacional del Estado civil: CIEC) (cuatro convenios).
- 0.3. *Convenios bilaterales.*
- 03.01. Procedimiento civil e información del orden jurídico (ocho convenios).
- 03.02. Reconocimiento y ejecución de sentencias (*exa- quátur*) (diez convenios).
- 03.03. Convenios de doble nacionalidad (doce conve- nios).
- 03.04. Tratados de paz y amistad (un convenio).
- 03.05. Registro civil (dos convenios).
- 03.06. Alimentos (un convenio).

Sesenta y nueve convenios de cooperación en total, hasta el año 1992, y esto sólo en materia civil y procesal. No es poco.

La inevitable concurrencia de estos tres planos, obliga a plantearse ya un problema: el del alcance que haya de darse al sintagma "sentencia extranjera" que se emplea, por ejemplo en el Proyecto del Código procesal civil modelo para Iberoamérica cuya redacción se encomendó por el Instituto italo-latino americano (IILA) a los profesores uruguayos, señores Enrique VESCOVI, Adolfo GELSI BIDART y Luis TORELLO, y que está editado por la Universidad de Valparaíso, 1989

Parece que hay que convenir con el profesor Miguel Angel FERNANDEZ (*Tratado de derecho procesal civil*, en colaboración con el profesor de la OLIVA, tomo II, pág 92, por nota) que, en sentido propio, son sentencias *extranjeras* las dictadas por los tribunales unipersonales o colegiados de otros Estados, y que, en consecuencia, no serían tales, por ejemplo:

- las dictadas por el Tribunal de la Unión europea (con sede en Luxemburgo).
- las dictadas por el Tribunal europeo de derechos humanos (con sede en Estrasburgo).

- las dictadas por el Tribunal internacional de justicia (con sede en la Haya).
- las dictadas por los tribunales eclesiásticos, cualquiera que sea el país en que radiquen (Auto del Tribunal Supremo de España, de 13 de enero de 1993).
- etc.

Y, sin embargo, en todos estos otros casos, y no sólo en el de las sentencias extranjeras *estricto sensu* cabe solicitar el *exequátur* ("ejecútese").

B. *Sentencias "extranjeras" que crean jurisprudencia para otro Estado, sentencias "extranjeras" que se aplican automáticamente en otro Estado, y sentencias cuya aplicación en otro Estado exige la previa obtención del reconocimiento (y, en su caso, de "exequátur").*— La distinción que acabo de hacer entre esos tres planos — el internacional, el supraestatal y el interno estatal — nos permite hacer patente algo que, en las exposiciones al uso, suele permanecer latente, es decir oculto.

Porque si algo creo haber aprendido en el poco tiempo que por ahora he podido dedicar a pensar sobre estas cuestiones es que, en muchos aspectos nos movemos todavía en esa fase primordial del pensar que es el pensar confundente, cuando se toman todavía como idénticas cosas que deben ser diferenciadas, o cuando en el conjunto observado se cree ver como un paisaje ininterrumpidamente llano lo que, en realidad de verdad, está lleno de quebraduras y obstáculos sin cuento.

Y me apresuro a decir que hablar de un pensar confundente no implica, en manera alguna, descalificación o menosprecio. Que esas confusiones venerables son inevitables en el camino de la ciencia, la cual avanza siempre sobre las ruinas de lo que en el pasado puedo ser calificado, y con toda razón porque lo era entonces, como pensamiento egregio.

Pues bien, una de esas caras del poliédrico problema que aquí analizamos, es aquella que nos enfrenta con esta otra triple

distinción que resume el epígrafe de este apartado: sentencias que vinculan jurisprudencialmente a otros Estados, sentencias que se aplican automáticamente y sentencias cuya ejecución exige la previa obtención del *exequátur*.

Por ejemplo, la interpretación del derecho comunitario hecha por el Tribunal de justicia de la Comunidad europea, de Luxemburgo, tiene fuerza vinculante para los ciudadanos y para los poderes públicos en el ámbito de la Unión europea. Y esto mismo ocurre en España con la interpretación que hace en materia de derechos humanos el Tribunal de Estrasburgo.

Esto es cosa distinta de la atribución automática a una sentencia del carácter de título ejecutivo, y de la atribución de ese carácter mediante la obtención del *exequátur*.

La distinción entre estos dos supuestos aparece con toda claridad en el artículo 26 del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Conforme a dicho artículo:

“Las resoluciones dictadas en un Estado contratante serán reconocidas en los demás Estados contratantes sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento.

En caso de oposición, cualquier parte interesada que invoque el reconocimiento a título principal, podrá solicitar, según el procedimiento previsto en las secciones 2 y 3 del presente título, que se declare que se ha reconocido la resolución”.

Así, pues, dentro del ámbito de aplicación del citado Convenio, las cosas funcionan así:

- en principio, las resoluciones judiciales dictadas por uno de los Estados contratantes (providencias autos y sentencias) se aplican en los demás Estados contratantes de manera automática, sin necesidad, por tanto, de reconocimiento previo.

- pero si surgiese oposición de parte será necesario utilizar la vía procesal previa (para obtener el reconocimiento; en su caso para obtener el *exauctoratio*, si lo que se pretende es también la ejecución).

C. *Resoluciones judiciales cuya efectividad puede requerir la cooperación judicial internacional.*— El carácter poliédrico del tema de que aquí he de ocuparme se hace patente también cuando se le contempla desde la perspectiva de las resoluciones judiciales cuya efectividad puede exigir una actividad de cooperación internacional.

A estos efectos, es particularmente ilustrativo el ya varias veces citado *Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, en el que, con muy buen sentido, se ordenan las resoluciones judiciales en tres grupos, a efectos precisamente, de una eventual cooperación internacional para su eficacia:

a) Resoluciones judiciales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos, así como recepción y obtención de pruebas e informes (arts 374 a 377);

b) Resoluciones judiciales que acuerdan medidas cautelares (art. 378 a 384); y

c) Sentencias (art. 385 a 391).

Esta agrupación tripartita de las resoluciones judiciales tiene interés práctico desde el punto de vista de la cooperación internacional porque son distintos en cada uno de estos casos los problemas que se plantean.

Y debo anticipar ya que son las sentencias extranjeras que condenan a la Administración las que suscitan dificultades en orden a su ejecución en otro Estado, habida cuenta que en los países que siguen el modelo contencioso-administrativo francés continua en vigor el sistema de autoejecución, esto es de ejecución por la propia Administración de las sentencias dictadas contra ella.

También en relación a la posible ejecución de medidas

cautelares pueden surgir dificultades. Y, además, la tendencia a la creación de grandes espacios jurídicos que conlleva pérdida parcial de soberanía estatal por transferencia a organizaciones supraestatales está propiciando la búsqueda de soluciones impenables hace apenas unos años.

De manera que, únicamente cuando se trata de la adopción de medidas cautelares y de la ejecución de sentencias administrativas contra particulares son trasladables, sin demasiados problemas, las soluciones del derecho procesal civil en materia de cooperación internacional. La situación es muy distinta cuando se trata de sentencias condenatorias de una Administración, pública extranjera, o cuando las medidas cautelares han de tomarse contra ella.

D. *La organización administrativa de apoyo a la cooperación judicial internacional.*— En otro lugar (cfr. mi *Derecho administrativo español*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Pamplona 1993, págs. 113-114) he tenido ocasión de decir que el sistema judicial engloba un conjunto de elementos heterogéneos que son todos ellos interdependientes: 1º el ordenamiento jurídico, 2º las Facultades de derecho, 3º Los abogados, los representantes procesales de las partes, así como las Corporaciones públicas en que se agrupan esas profesiones (Colegios de abogados, Colegios de procuradores); 4º El Poder judicial integrado por los jueces (en sus diversas categorías) y por el personal que le auxilia en su excelta misión (fiscales, secretarios judiciales, oficiales de la Administración judicial, etc.).

Cada uno de estos elementos desempeña un papel distinto en ese “drama” que es el proceso. Y como ocurre en todo “drama”, unos aparecen en escena — jueces, abogados, etc. — y otros quedan detrás de las bambalinas — secretarios judiciales, oficiales, etc.

Y si, dejando a un lado la metáfora, buscamos ir a la sustancia de la cosa, puede resultar útil seguir las enseñanzas de la

llamada teoría general de sistemas y distinguir los siguientes subsistemas integrados en el sistema judicial:

a) El subsistema *entorno*: la sociedad, las Facultades de derecho;

b) el subsistema *operativo*, que, a su vez, consta de dos subsistemas:

- el subsistema enjuiciador (o sea, los jueces), y

- el subsistema ejecutor (que son normalmente también los jueces, siquiera en la jurisdicción penal esa ejecución está encomendada a la llamada Administración penitenciaria, y en la jurisdicción administrativa es la Administración activa (al menos en los países que siguen el modelo francés de contencioso-administrativo) quien ejecuta las sentencias.

c) el subsistema *director*: la ley y el derecho.

d) el subsistema *logístico*: ministerio de justicia, Consejo general del Poder judicial, oficina judicial.

Desde otro punto de vista interesa distinguir una organización de *línea* (es decir, una organización que de un modo inmediato y directo sirve los fines institucionales, para el caso, administrar justicia) y una organización de *apoyo* (es decir, una organización que sólo indirectamente contribuye al cumplimiento de estos fines).

Fin institucional del Poder judicial es “hacer justicia”, y por ello, la organización judicial *de línea* (que suele designarse con el sintagma “Administración de justicia”) está constituida por los jueces, y sólo por ellos.

Todos los demás elementos personales (fiscales, personal de la oficina judicial, etc.) integran al organización judicial *de apoyo* (a la que, más frecuentemente, se designa como “Administración judicial”).

Pues bien, en relación con el tema de la cooperación judicial internacional es importante llamar la atención acerca de la tarea de apoyo que compete a determinados órganos de la *Administración exterior del Estado*. Al respecto es de recordar que el citado *Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica* menciona

expresamente a los agentes diplomáticos y consulares (art. 374, 375, 384 y 387). Otras veces, sin embargo, es el ministerio de Justicia el que tiene encomendada la tarea de apoyo necesaria para hacer llegar a su destino la petición de ejecución. Así ocurre, según se verá después, en materia de ejecución de sanciones administrativas.

También la *policía de seguridad* y las *aduanas* pueden tener encomendadas funciones de apoyo en la asistencia judicial internacional (Así ocurre, por citar sólo un caso, en el tratado Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes: artículo 2).

Por último, los mismos Tribunales extranjeros que deciden sobre el reconocimiento de las resoluciones judiciales del Estado de origen, y, en su caso, otorgan *el exequátur*, funcionan, respecto de la Administración de justicia de ese Estado de origen como verdadera organización de apoyo. Dicho con otras palabras: los jueces del Estado rescipiendario que, en cuanto jueces, son órganos de línea en ese Estado, son a su vez, órganos de apoyo, respecto de la Administración de justicia (organización judicial de línea) del Estado de origen.

II

ALGUNAS CUESTIONES QUE IMPORTA TRATAR ANTES DE ENTRAR EN LO QUE ES, PROPIAMENTE, CONSTITUYE EL OBJETO DE ESTE TRABAJO

1. *Fundamento de la ejecución de sentencias extranjeras.*— Debemos preguntarnos ahora por el fundamento, o si se prefiere, por la razón de ser, la justificación de esa cooperación internacional en la ejecución de sentencias dictadas por tribunales internacionales, por tribunales supraestatales, y por tribunales de otro Estado.

No estamos ante un mero entretenimiento intelectual, obviamente. Que sólo conociendo el porqué de las cosas es posible entenderlas.

Pero es que, además, en el caso que nos ocupa — ejecución de sentencias de contenido jurídico-administrativo — nos van a salir al paso — cuando esas sentencias sean condenatorias y la condenada sea la Administración pública — viejas dogmas que hasta ahora han venido funcionando en el derecho interno de las democracias constitucionales de nuestro entorno con una tremenda eficacia paralizante de esa ejecución.

Adelantaré ya algunas de las fórmulas sacrales que se invocan desde siempre para detener el brazo de la justicia administrativa. Son éstas:

- el juez administrativo le está prohibido *faire acte d'administrateur*.
- tampoco puede el juez administrativo *toubler les opérations des corps administratifs*.

Es cierto que, como luego diré, hoy estos dogmas están siendo cuestionados incluso en Francia. Es cierto que todo el contencioso-administrativo se halla en crisis, lo mismo en Francia, que en España o en Italia.

Pero una de las conclusiones a que he llegado es la de que la razón determinante de la escasa atención que, hasta donde conozco, se viene prestando a la cooperación internacional en este campo se encuentra en la eficacia de esas reglas que han acabado por convertirse en axiomas, esto es en afirmaciones que no necesitan demostración.

Hoy tenemos que cuestionar ese carácter axiomático y preguntarnos el porqué de esas reglas. Y por ello, tenemos que empezar aquí preguntándonos por el fundamento de la cooperación internacional en la ejecución de sentencias (y esto al margen de que la jurisdicción que la dicte sea la administrativa, la civil u otra distinta).

A. *¿La igualdad y la libertad?*— La libertad como fundamento de la ejecución de sentencias parece que es la idea que inspira el trabajo de José Luis IGLESIAS BUHIGUES y Manuel DESANTES REAL, que se publicó hace unos años con el título "*La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad europea*", en el *Tratado de derecho comunitario europeo*, dirigido por García de Enterría, González Campos, Muñoz Machado, ed. Civitas, Madrid, 1986, tomo III, 711-752.

El trabajo, que constituye un análisis pormenorizado del Convenio de Bruselas de 1968 (relativo, como se sabe a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), empieza recordando unas afirmaciones de la Comisión europea hechas muy tempranamente, en 1959:

“La protección jurídica, y por ello, la seguridad jurídica en el Mercado común, dependen *principalmente* de una reglamentación satisfactoria de las cuestiones de reconocimiento y ejecución de decisiones y otros títulos ejecutorios”.

Estas palabras de la Comisión más bien apuntan, me parece, a la justicia que a la libertad como fundamento de esa necesaria cooperación de los Estados miembros en la ejecución de las resoluciones judiciales (del tipo que fueren).

Sin embargo, los autores orientaron su estudio con la ayuda de la brújula de la libertad y han creído ver, junto a las cuatro libertades comunitarias (circulación de personas, trabajo, capital y servicios) expresamente definidas en el tratado de Roma, una quinta libertad: la libertad de circulación de sentencias, consecuencia obligada del artículo 7 que prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad. Y decían:

“Sería inútil, en efecto, pretender la creación de un mercado común fundamentado en la libre competencia y la libertad de movimientos y establecimiento si debido a anacrónicas y chauvinistas reglas de competencia pudieran darse decisiones contradictorias sobre un mismo hecho y se impidiera *la libre circulación de sentencias*, esencial a toda actividad comercial.

La frase es, sin duda brillante, pero lo que dice nos deja sólo en la periferia del problema: la igualdad – prohibición de discriminantes – impone la libertad de circulación de sentencias, y sólo así puede hablarse de verdadera libertad comercial.

A mi modo de ver hay razones más profundas que la igualdad y la libertad para defender la efectividad de las sentencias. Y no sólo en el ámbito de una organización supraestatal, la Unión europea, sino siempre y en todos los ámbitos: el internacional, el

supraestatal y el interno estatal. Esta razón no es sino la prevalencia del valor justicia. La necesidad de que la justicia sea eficaz es la que impone esa cooperación judicial internacional, la cual, efectivamente, y como luego se verá, permite "abrir las fronteras" a la libre circulación de una determinada sentencias. Pero esta libertad es consecuencia y no fundamento de la cooperación judicial internacional.

B. *La justicia*.— El verdadero fundamento de la cooperación internacional en la ejecución de sentencias se encuentra en la idea de justicia que impone la efectividad de las sentencias a través de las cuales ese valor constitucional se manifiesta.

Al respecto importa destacar que la Constitución española, después de proclamar que la justicia es uno de los valores superiores inherentes a un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1), proclama el derecho de los ciudadanos a obtener una tutela efectiva (que es tanto como decir "eficaz") de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24).

Pues bien, para que una tutela judicial sea eficaz, no basta con que los Tribunales (sean unipersonales, sean colegiados) declaren el derecho que asiste a una persona. Es necesario también que ese derecho declarado o reconocido por la sentencia pueda ser, llegado el caso, ejercitado con toda la plenitud de su contenido. Una sentencia judicial no puede quedarse en una mera declaración de intenciones. Si tal ocurriera, la sentencia podría servir, a lo sumo, para hacer jurisprudencia, pero no para hacer justicia, que es de lo que se trata.

Como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional de España (sentencia 32/82, de 7 de junio de 1982).

"El derecho a la tutela judicial efectiva... exige que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere

lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan en favor de cualquiera de las partes en meras declaraciones de intenciones”.

No puede hablarse, por tanto, de tutela judicial en sentido verdadero y propio, tutela eficaz, si el contenido de la sentencia no se lleva a puro y debido cumplimiento.

De aquí que se otorgue a los jueces no sólo la potestad de juzgar sino también la de *ejecutar lo juzgado*. Y es que un juez que sólo pudiera juzgar pero no obligar al cumplimiento de lo juzgado sería algo así como un juez al 50 por 100.

Y siendo esto así, y no pudiendo ser de otra manera, se comprende que, cuando el cumplimiento de una sentencia exija la intervención de órganos judiciales (o de otro tipo) de otro Estado, sea necesario, para que la excelsa tarea de hacer “justicia” no quede en pura e inútil retórica, arbitrar las medidas adecuadas para asegurar la prestación de auxilio o cooperación de ese otro Estado.

Y por eso digo que, en último término, la cooperación internacional en la ejecución de resoluciones judiciales encuentra su verdadero fundamento, su razón de ser, en el valor justicia.

2. *Naturaleza del procedimiento para la obtención del “exequátur” (“ejecutese”), del acto que lo otorga y de la potestad que se ejerce al otorgarlo y, posteriormente, al ejecutar la sentencia.*— Otro problema teórico sobre el que es necesario posicionarse antes de penetrar en lo que constituye el núcleo de esta investigación es el de la naturaleza del procedimiento para la obtención del *exequátur* y del acto que lo otorga.

Advierto también en este caso que no intento e exhibir estéril erudición sino colocar las bases de cuanto luego he de decir. Inútil resulta añadir que mi conocimiento de la procesa-

lística universal, e incluso de la simplemente europea, es a todas luces incompleto. Pero si las explicaciones que conozco gozaran de general aceptación (por ejemplo, el carácter constitutivo del *exequátur*), las afirmaciones que aquí voy a hacer pueden sonar a heterodoxas.

Con objeto de dar una base, digamos, cuasi-normativa y también amplia a mi construcción me parece conveniente empezar transcribiendo el artículo 386 del *Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica*. Dice así:

“Art. 386 (Efectos de la sentencia).

386.1. Las sentencias extranjeras tendrán en el Estado efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutiva, con arreglo a las disposiciones de este capítulo.

386.2. Las sentencias extrajeras deberán ser reconocidas y ejecutadas en el Estado, si correspondiere, sin que puedan ser susceptibles de revisión sobre el fondo del asunto objeto del proceso en que se dictaron.

386.3. El *reconocimiento* es el acto o secuela de actos procesales cumplidos al simple efecto de establecer si la sentencia extranjera reúne los requisitos indispensables de tal, de acuerdo con las disposiciones del presente capítulo.

386.4. La *ejecución* es el acto o secuela de actos procesales dirigidos a obtener en el Estado una fórmula ejecutoria respecto de las sentencias ejecutorias de condena”.

Por su parte, el artículo 389, dice, en lo que ahora importa, lo siguiente:

“Art. 389 (Ejecución).

389.1. Únicamente serán susceptibles de ejecu-

ción las sentencias extranjeras de condena.

389.2. La ejecución se pedirá ante el Tribunal supremo, salvo que otra cosa se disponga en su ley orgánica.

389.3. Si se hiciera lugar a la ejecución se remitirá la sentencia al Tribunal competente para ello, a efectos de que proceda (...)”.

Reproducen estos preceptos el que bien puede calificarse de esquema procesal generalmente aceptado en nuestro mundo cultural (europeo e iberoamericano). No es del caso entrar ahora en el análisis crítico de esta organización de las actuaciones procesales de cara a su posible mejoramiento.

Lo que nos interesa es averiguar la naturaleza tanto del procedimiento para la obtención de *exequátur* como del acto que lo otorga.

A. Procedimiento complejo.— Por lo que respecta al procedimiento creo que nos encontramos ante un procedimiento de procedimientos, esto es ante un procedimiento complejo.

Claramente resulta de los preceptos transcritos que esos procedimientos son tres: el del reconocimiento (u homologación, como también suele llamarse) de la sentencia, el de producción del *exequátur*, y el de la ejecución propiamente dicha.

a) Reconocimiento.— En este procedimiento (nótese que digo procedimiento y no meramente fase) se trata de obtener la declaración de que la sentencia extranjera es propiamente tal y como tal ha de ser tratada en el Estado al que se pide el reconocimiento.

Puede ocurrir que la homologación o reconocimiento baste a la parte que lo pide para cumplir sus fines, bien porque lo que interese sea únicamente liberarse de un nuevo proceso sobre el

mismo objeto (invocando la excepción de cosa juzgada), bien para hacer valer la sentencia extranjera vinculando al juez nacional a los pronunciamientos contenidos en aquélla (lo que dicho sea de paso, supone la prohibición de la llamada homologación incidental).

Todo esto es conocido, y si lo traigo a colación es porque permite demostrar que los actos procesales cuya producción es necesaria para el reconocimiento configuran un verdadero procedimiento autónomo y no una mera frase procesal.

b) *Exequatur*.— Tratándose de sentencias extranjeras de condena no basta con el reconocimiento es necesario que se pide y obtenga el llamado *exequátur*, voz que al decir del latinista Santiago SEGURA MUNGUIA se forma en el siglo XIX partiendo del latín *exsequatur*, ejecútese, del verbo transitivo *exsequor* (*Diccionario etimológico latino-español*, ed. Anaya, Madrid, 1985).

Y me importa llamar la atención acerca del significado etimológico del verbo *ejecutar*. Es seguro que todos los aquí presente lo conocen, aunque yo lo he aprendido recientemente al tratar de averiguar el sentido preciso de la voz *exequátur*. Y así, buscando en el *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, de Joan COROMINAS y Jose, A. PASCUAL, he podido saber que *ejecutar*, es, como su matriz *esecutar*, un cultismo empleado ya en 1444 por Juan de Mena en su *Laberinto de la Fortuna*, 266 h, que deriva de *exsequi*, "seguir hasta el final". El latinista antes citado, menciona también este antecedentes (que seguramente, toma del *Diccionario* de Corominas y Pascual).

Por tanto, tanto el decimonónico *exequátur*, como su verbo latino matriz *exsequor*, expresan la idea de "seguir hasta el final", lo que es tanto como decir que una sentencia no ha alcanzado su meta hasta que no haya sido ejecutada.

Ahora bien este vocablo nos permite descubrir sólo una de las direcciones del acto estimatorio de la pretensión: la que apunta al Tribunal que ejecutará la sentencia y al cual se le

ordena llevar a cabo esa ejecución. Hay otra dirección, sin embargo, que queda silenciada, la que mira a la incidencia de ese acto sobre la sentencia extranjera de cuya ejecución se trata. Quiero decir — luego ampliaré esto — que no basta con decir que el acto que otorga el *exequátur* es una orden de ejecución, ante bien es, en primer lugar y antes que nada, un acto de autorización.

Aquí y ahora lo que importa subrayar es que los actos para la obtención del *exequátur* (por más que puedan producirse simultáneamente con los dirigidos al reconocimiento) integran un segundo procedimiento que, al menos en el plano de la teoría, debe ser diferenciado — puesto que su *fattispecie* es distinta — del que va dirigido al simple reconocimiento u homologación de la sentencia.

Con el procedimiento de *exequátur* se trata de obtener un acto judicial de doble faz, que por un lado autoriza y por otro ordena “seguir hasta el final” la dinámica de la sentencia para que su contenido resulte plenamente eficaz.

d) *Ejecución*.— Una vez obtenido el *exequátur*, la sentencia se remitirá al tribunal competente que procederá a ejecutarla aplicando lo trámites que correspondan a la naturaleza de la sentencia.

B. *Resolución judicial interlocutoria de remoción de un obstáculo impeditivo del cumplimiento*.— A los efectos pretendidos en este trabajo — lo recordaré una vez más: cooperación judicial internacional en asuntos administrativos — importa también precisar la naturaleza jurídica del acto que otorga el *exequátur* que, al menos en el mundo cultural europeo e iberoamericano es el de una resolución judicial interlocutoria de remoción de un obstáculo impeditivo del cumplimiento.

Demostrar esto exige prestar atención al sujeto, a la forma y

al contenido del acto.

a) *Sujeto del acto.*— Que quien produce el *exequatur* es un órgano judicial no parece que ofrezca duda. Y, además, esa competencia suele atribuirse al Tribunal supremo. Y esto, a veces, por exigencia constitucional. Así, en la Constitución de Brasil se dice:

“*Artículo 102.*” Compete ao Supremo Tribunal federal.

(...)

I. Processar e julgar, originariamente:

(...)

h) A homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* ás cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente.”

Y la Constitución de El Salvador dice:

“*Artículo 182.* Son atribuciones de la Corte suprema de justicia:

(...)

3º (...); ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar a cumplimentar los que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados (...).”

Parece, sin embargo, que lo normal es que este tema no alcance rango constitucional, regulándose directamente por las leyes procesales y, por supuesto, en tratados internacionales, cuya importancia y volumen es tal que convierte de hecho la regulación contenida en las leyes procesales en derecho supletorio.

Podría parecer que subrayar que la resolución que otorga (o en su caso, deniega) el *exequátur* es un acto judicial constituye una pura constatación de lo obvio. Pero, como se verá dentro de su momento, esto tiene importancia capital en relación con nuestro tema, y ello porque, como ya he anticipado, en materia de sentencias condenatorias de la Administración siguen teniendo vigencia (al menos en los países de influencia francesa) determinados dogmas que parecen impedir que un juez pueda ejecutar este tipo de sentencias, quedando, por tanto, la ejecución de las mismas "retenida" por la Administración.

b) Forma del acto.— La resolución judicial que otorga (o deniega) el reconocimiento de la sentencia extranjera y (en su caso) el *exequátur*, que necesariamente ha de ser motivada, no puede afectar al fondo del asunto objeto del proceso en que se dictó (cfr., *ad exemplum*, art. 386.2 del Proyecto del Código procesal civil modelo para Iberoamérica).

Por eso adopta la forma de lo que un sector de la doctrina procesal llama resolución interlocutoria ("auto", en la terminología de la Ley de enjuiciamiento civil española).

Aunque, en este caso, la forma tiene una importancia relativa, nos está poniendo ya de manifiesto el carácter periférico que, en relación con la sentencia cuyo reconocimiento y (en su caso) ejecución se pide, tiene la actuación de los Tribunales del Estado que reciben la petición.

Y con esto entramos ya en el núcleo del problema de la naturaleza de esos actos y, más concretamente, del llamado *exequátur*.

Me ocupo de ello, con un cierto detenimiento, en el siguiente apartado.

c) Contenido (esto es, potestad que se ejerce a través del acto).— Ocupándose de estas cuestiones desde la perspectiva del dere-

cho procesal civil, dice Miguel Angel FERNANDEZ (cit. pág. 93) que, con independencia de que la sentencia extranjera pueda ser de condena, constitutiva o meramente declarativa, el auto que otorga el *exequátur* tiene carácter *constitutivo*:

“Porque la eficacia de una sentencia fuera del país donde se dictó no deriva de la autoridad del juez del país de procedencia (llamado país o Estado de origen) sino de la del juez del país que autoriza su reconocimiento o acuerda su ejecución (llamado país o Estado requerido), la resolución por la que un juez español otorga eficacia a una sentencia extranjera tiene carácter *constitutivo*”.

Y añade, a renglón seguido, esto otro:

“La homologación concede a la sentencia una eficacia que antes no tenía: convierte a la sentencia de condena extranjera en título ejecutivo, o la equipara a todos los efectos a una sentencia dictada en España”.

Esta doctrina es también la del Tribunal supremo de España, que en auto de 5 de noviembre de 1969 – citado por el autor – decía esto:

“Siendo la potestad de juzgar una manifestación de la soberanía del Estado (...) es lógico que la eficacia de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros derive de la que le conceda no el Estado de cuyos tribunales dimana, sino aquél en que se pide la ejecución, bien por acuerdo de ambos en virtud de tratados que expresamente le vinculan, bien por otras razones de orden práctico, como la reciprocidad, y así lo reconoce y establece nuestro derecho positivo,

representado en los artículos 951, 952 y 953 de la ley de enjuiciamiento civil...”.

A mi me parece, en cambio, que la sentencia extranjera lleva ya en sí, desde que se perfecciona toda la fuerza ejecutiva necesaria para que pueda alcanzar pleno y exhaustivo cumplimiento. En el Estado de origen... y en cualquier otro.

Lo que ocurre es que, las fronteras de los demás Estados (signos jurídicos externos de la soberanía) constituyen un obstáculo para que la sentencia pueda “entrar”, como tal sentencia “armada de todas sus armas”, en el territorio de esos otros Estados. Para que tal cosa pueda suceder, es necesario que se remueva ese obstáculo, a cuyo efecto hay que obtener la oportuna autorización. Esta autorización es lo que se conoce como *exequátur*, el cual exige, previamente la “identificación” de la sentencia, el reconocimiento de la misma.

En cierto modo, podríamos decir que la resolución judicial que otorga el *exequátur* cumple, respecto de la sentencia extranjera, la misma función que el pasaporte respecto de los ciudadanos extranjeros. Y es que, desde el punto de vista del derecho administrativo, tanto el pasaporte como esa resolución judicial contienen un acto de autorización. Lo que es tanto como decir que, en ambos casos, se está ejerciendo una potestad de remoción de obstáculos, de remoción de límites: los límites territoriales de cada Estado, precisamente.

Y con ello estamos rozando ya otro suculento tema: el de la naturaleza de los actos del proceso: ¿qué diferencia *sustancial* hay entre una notificación realizada por un órgano judicial y la que lleva a cabo un órgano administrativo? ¿Qué cualidades tiene, aparte la puramente orgánica, la autorización que otorga un órgano administrativo y la que otorga un órgano judicial? ¿No estamos en todos estos caso ante puros actos administrativos? Es un problema que hace muchos años fué planteado en España por un administrativista, Manuel BALLBÉ al ocuparse de la distinción entre procedimiento y proceso (*La esencia del proceso*

(*El proceso y la función administrativa*), ed. Reus, Madrid 1947. Confróntese, en particular, págs. 40 a 46). Yo mismo me he identificado con las ideas de este autor en más de una ocasión (por ejemplo, en mi colaboración – Voz “Procedimiento administrativo” – en el *Diccionario jurídico*, cuatro tomos, de editorial Cívitas, Madrid 1993).

Pero entrar aquí en este tema nos alejaría de las preocupaciones que ahora son objeto de nuestra atención.

Retomando el hilo de la argumentación debo añadir o siguiente:

- La sentencia extranjera no precisa de un plus de eficacia que se le añade con el *exequátur*, es ya plenamente eficaz *ab origine*; lo que ocurre es que su eficacia se encuentra constreñida a los límites del territorio del Estado en que se perfeccionó jurídicamente; el *exequátur*, que opera a modo de una válvula de seguridad, permite a la sentencia extranjera expandir su eficacia en un ámbito más amplio. Y es que, el fundamento verdadero de la cooperación internacional se encuentra, como he dicho, en la idea de la justicia, la cual no puede verse frenada por algo tan artificial como ese “signo jurídico” que llamamos frontera (porque, añadido también y con ello abro otro tema distinto, hay que aceptar que junto a los hechos jurídicos y a los actos jurídicos existe un tercer género: el signo jurídico).
- Centrada así la cuestión, establecido ya que el *exequátur* es una licencia, permiso o autorización que da un Estado para que una sentencia extranjera despliegue en el territorio de este Estado la eficacia que ya tiene *ab origine*, no hay inconveniente en hablar de “libertad de circulación” de la sentencia, porque, efectivamente, al otorgar el *exequátur* un Estado abre sus fronteras a la libre circulación de esa concreta sentencia. Pero esto, y conviene insistir en ello, no significa que el fundamento del *exequátur* sea la libertad de circulación: esta libertad es sólo una consecuencia derivada de la prevalencia del valor justicia.

- El hecho de que el *exequátur* sea una autorización no impide que, desde otro punto de vista y de acuerdo con su sentido etimológico “sigase hasta el final”, “ejecútese”), contenga también una orden al juez que ha de llevar a cabo formal y materialmente esa ejecución.

C. *De la distinta potestad que ejerce el juez del exequátur y el juez de la ejecución.*— Como se ha visto, el juez del *exequátur* es distinto del juez de la ejecución (salvo que otra cosa se convenga en un tratado internacional).

El *Proyecto* iberoamericano es muy claro al respecto:

“389.3. Si se hiciera lugar a la ejecución se remitirá la sentencia al tribunal competente para ello, a efectos de que proceda...”

Esta solución es también la que se adopta por la ley española de Enjuiciamiento civil:

“958. Otorgándose (el cumplimiento), se comunicará el auto por certificación a la Audiencia, para que ésta dé la orden correspondiente al juez de primera instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia, o del que deba ejecutarse, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado, empleando los medios de ejecución...”

Pues bien, importa ahora precisar la naturaleza de la potestad que ejercen uno y otro.

a) *El juez del “exequátur” realiza una potestad administrativa de autorización.*— Aún a riesgo de ser reiterativo, hay que insistir en que el juez que otorga el *exequátur* realiza una actividad de

remoción de un obstáculo (la existencia de unas fronteras que impiden que la potencialidad virtual de la sentencia extranjera alcance se haga realidad). El juez del *exequátur* levanta ese obstáculo autorizando la ejecución de la sentencia extranjera.

Estamos, pues, ante un acto materialmente administrativo aunque formalmente judicial, esto es producido por el Poder judicial.

Distinta es, en cambio, la naturaleza de la actuación que lleva a cabo el juez de la ejecución.

b) El juez de la ejecución ejercita una potestad de sustitución.— La ejecución propiamente dicha de la sentencia extranjera se lleva a cabo por el juez al que se le ordena por el del *exequátur* emplear los medios de ejecución forzosa previstos en la legislación procesal del Estado requerido.

Al hacerlo está sustituyendo al juez del Estado de origen en esa ejecución que normalmente habría de haberse llevado a cabo por ese juez. Con lo que, evidentemente, la potestad que ejercita es una potestad de sustitución, cuyo contenido consiste en el ejercicio de una titularidad ajena. No hay, pues, transferencia de titularidad, sino transferencia del ejercicio de una potestad cuyo titular originario es, y sigue siendo, el juez extranjero.

Luego hemos de ver, sin embargo, que el convenio que regula la ejecución de sanciones administrativas pecuniarias en el ámbito de la Comunidad europea opta por una solución diferente.

3. *Hacia un derecho de "grandes espacios sin fronteras interiores". De la aproximación de legislaciones. La técnica de la legislación tipo.*— No se si ese orden jurídico universal que vislumbraba Kelsen se hará carne mortal alguna vez en este mundo nuestro. Sus palabras eran éstas:

“Si la técnica evoluciona en el sentido recién esbozado, tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoria que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos”.

(Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho. Introducción a una ciencia del derecho*. Editorial universitaria de Buenos Aires, traducción al español, sobre la edición francesa de 1953, de Moises Nieve, agosto 1979, T 6ª ed. pág. 204).

Que, en todo caso, la tendencia es la de ir hacia la elaboración de un derecho (que podríamos llamar) “de grandes espacios”, no creo que pueda negarse. El derecho de la que hoy se llama ya *Unión europea*, y el emergente derecho que condiciona la actuación de lo que, por ahora, se llama *Mercosur*, son ejemplos perfectamente actuales y de gran plasticidad que confirman la realidad de esa tendencia.

Al servicio de esa realidad han ido surgiendo una serie de técnicas normativas que buscan, lograr lo que en la terminología comunitaria europea se llama “aproximación de legislaciones”. Y nótese que se dice “aproximación” y no “unificación”, porque esos fenómenos de integración política supraestatal se quieren elaborar (y por eso “integran” y no “absorben”) respetando la peculiaridades que identifican a las actuales naciones (sean o no naciones-estados).

Una de esas técnicas es la de elaboración de normativas-tipo que, en la medida que reflejan las convicciones jurídicas de nuestro tiempo, facilitan esa deseable aproximación legislativa,

necesaria para que esos ordenamientos de grandes espacios sean y funcionen — según es propio de todo sistema — como conjuntos coherentes (esto es, inteligibles) y solidarios (esto es, recíprocamente interdependientes).

Como expresión brillantísima y enormemente audaz de esta técnica hay que ver — porque sólo así puede ser entendido en su verdadero alcance — el *Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, repetidamente citado esta relación general.

4. *¿Una legislación tipo en derecho procesal administrativo?*— En la presentación que Raúl TAVOLARI OLIVEROS, a la sazón vicepresidente del Instituto chileno de derecho procesal, escribió para la edición del *Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, decía esto:

“El Proyecto (...) recoge un anhelo de integración (...). Con todo, no es la intención uniformar toda la legislación procesal cuanto coincidir en ideas que la doctrina estima útil recoger en la legislación positiva, reconociendo las diferencias naturales de cada país. Se trata, entonces de proposiciones que cuentan con el respaldo de la procesalística contemporánea al grado que invirtiendo lo que ha sido el proceso histórico tradicional, sorprenderá saber que los juristas de la Comunidad económica europea, encomendados de estudiar la unificación de la legislación procesal del viejo mundo, han adoptado como documento de trabajo este proyecto”.

He aquí, afirmada con claridad, la función propia de un texto normativo-tipo que, en definitiva, no es otra que ésta: condensar lo que, en un momento histórico dado, constituye el acervo de convicciones generalizadas de la doctrina en un sector determinado del ordenamiento, convicciones que, en ocasiones

(y es este el caso que nos ocupa) pueden hallarse tan extendidas que el viejo mundo – hasta tiempos recientes, exportador de ideas – se dispone a importarlas. Siquiera esto a mí me parece que responde no tanto a deseo de innovar el viejo derecho europeo, sino al hecho de reconocer en el texto iberoamericano unas convicciones determinadas a las que, por su propia universalidad, se ven como propias.

Y para que se entienda esto que digo, añadiré que soy de los que creen, como creía el jesuita y paleontólogo francés TEILHARD DE CHARDIN, que, detenido quizá ya la evolución del sustrato puramente físico del hombre, es ahora el pensamiento el que avanza. Pensamiento, no de un hombre, sino de todos los hombres, pensamiento global que genera *una energía síquica que envuelve la tierra*. De manera que ésta, no sólo se halla envuelta por la biosfera, sino también por *la noosfera*, especie de “capa de sustancia vitalizante que envuelve la tierra”, que viene a funcionar como *una inmensa máquina pensante* que, liberando constantemente energía espiritual ha originado lo que quizá, por su universalización, puede considerarse un fenómeno distintivo de los tiempos modernos: *el fenómeno de la investigación* (TEILHARD DE CHARDIN, *El porvenir del hombre*. Taurus, 3ª, en español, Madrid 1965, pág. 193, por nota).

Pues bien, el problema que aquí planteo es el de si es posible llegar a contar con una legislación procesal-tipo en derecho procesal administrativo, y más concretamente (pues es lo que ahora y aquí, importa) en materia de cooperación internacional judicial).

Los autores del excelente proyecto iberoamericano a que me vengo refiriendo parecen entenderlo así, pues, aunque el contenido del proyecto es *procesal civil*, dan un tratamiento común a la ejecución de sentencias de los tribunales contencioso-administrativos. Así, en el artículo 385 se dice esto:

“385.1 El presente capítulo (que trata “del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranje-

ras”) se aplicará a las sentencias dictadas en país extranjero en materia civil, comercial, de familia, laboral y *contencioso-administrativo*; también comprenderá las sentencias dictadas en tales materias por tribunales internacionales que refieran a personas o intereses privados”.

Como seguidamente, y con alguna extensión voy a razonar, creo que los autores del texto iberoamericano (un texto, repito, admirable que marca, sin duda, un hito en la historia de la procesalística mundial) han visto el problema únicamente desde la perspectiva de las sentencias que condenan a los particulares. Pero ¿qué pasa cuando se trata de ejecutar sentencias que condenan a una Administración pública?

III

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LITIGIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *El problema del grupo normativo regulador. A. Idea general.*— a) El primer problema que hay que abordar para resolver un problema jurídico es el del grupo normativo regulador: lo que implica la búsqueda de la norma que manda, dirige y orienta la interpretación aplicativa del grupo de que se trate.

Si algún rasgo o característica merece ser destacado en relación al grupo normativo regulador de la cooperación judicial internacional es su carácter interdisciplinar. Y ello no sólo porque, como quedó dicho más arriba, con toda normalidad el grupo normativo aplicable aparecerá integrado por normas de derecho internacional, de derecho supraestatal y de derecho interno estatal, sino, además, porque esas normas serán de derecho procesal, de derecho sustantivo o material (en nuestro caso, de derecho administrativo), y de derecho diplomático.

Siendo esto así, no puede extrañar el que se de prevalencia a los tratados internacionales (de ámbito más o menos general, multilaterales unas veces y bilaterales otras) para regular esta materia, sin perjuicio de que la legislación procesal interna de cada Estado prevea una regulación general del tema que se aplica como derecho supletorio.

Y que esto tenga que ser así y no de otra manera es también consecuencia de la soberanía como atributo del Estado. Ciertamente que hablar de soberanía supone en muchos casos invocar la sombra evanescente de un fantasma, habida cuenta la efectiva

dependencia que ciertos Estados tienen respecto de otro. Pero el que, en la práctica eso de la soberanía pueda ser no mucho más que un sonoro vocablo, sería insensato negar su potencialidad incendiaria de las energías de un pueblo en un momento dado.

Así pues, parece que hay que admitir que la utilización del tratado como cauce preferente para la resolución de estos problemas es algo que pertenece a la naturaleza de las cosas.

b) Sin embargo, cuando se trata, como es aquí el caso, de asistencia judicial internacional en materia de derecho administrativo, y hasta donde conozco, la tendencia parece ser la de evitar entrar en problemas de calificación jurídica, utilizando el derecho procesal civil como una especie de "cajón de sastre" en que cabe todo, lo mismo cuestiones de derecho civil que de derecho administrativo.

Esta impresión la obtengo analizando, por un lado, la legislación procesal española, y por otro, el derecho comunitario europeo.

c) En derecho español, en efecto, es la sala de lo civil del Tribunal supremo la que conoce:

"De las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por los tribunales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados correspondientes, su conocimiento a otro juzgado o tribunal".

Esto quiere decir que no es la sala de lo contencioso-administrativo sino la de lo civil la competente en materia de cooperación judicial internacional en asuntos administrativos.

Varias son las razones que han podido pesar a la hora de adoptar esta solución. Una de ellas puede ser el peso de la tradición, pues hubo un tiempo en que se pensaba que la jurisdicción administrativa es una jurisdicción especial respecto de la civil, considerada como general u ordinaria. A ello me

referiré después.

Pero puede haber otras razones. Por ejemplo, la de evitar el tener que entrar en problemas de calificación jurídica, problemas que son siempre arduos, y mucho más cuando de esa calificación depende la atribución del conocimiento del problema a una u otra jurisdicción.

d) Sea la que fuera la razón determinante de esa solución, es lo cierto que el derecho de la Comunidad europea adopta una solución análoga.

De los artículos 171, 176, 187 y 193 del tratado de Roma resulta lo siguiente:

- las sentencias del Tribunal de justicia *son títulos ejecutivos*, al igual que las decisiones del consejo o de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados (artículo 187 en relación con el 192).
- la ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento *civil* vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo (art. 192.2 inciso primero).
- el interesado, una vez comprobada la autenticidad del título, podrá promover la ejecución conforme al derecho interno (art. 192.3 en relación con el inciso segundo del art. 192.2).
- Si el Tribunal de justicia declarase que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben conforme al tratado de Roma, estará obligado a ejecutar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia (art. 117.1).
- En caso de resistencia al cumplimiento el Tribunal de justicia, a instancia de la Comisión, podrá imponer al Estado incumplidor una multa a tanto alzado o una multa coercitiva (art. 171.2 y 3).

No es del caso analizar ahora con detalle esta regulación. Lo que importa en este momento es subrayar que el derecho comunitario opta por la solución simplista de evitar problemas

de calificación, recurriendo implícitamente a la solución de que todos son de contenido civil (más bien mercantil) y olvidándose a la vertiente administrativa que muchos de esos asuntos tienen de modo conjunto y a veces exclusivo.

e) Por el contrario, el tantas veces citado *Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, con mejor técnica, se preocupa de abordar el problema, remitiendo el problema de la calificación de la sentencia extranjera (como civil, mercantil, administrativa, etc) al Tribunal del estado origen del fallo (art. 385.2).

f) Y queda, finalmente, el problema de la legislación a que habrá de ajustarse el tribunal cuya cooperación es requerida para la efectividad de la resolución judicial de que se trate.

Por lo que respecta a las *sentencias*, la regla general parece ser ésta:

- la decisión sobre el fondo es intocable y el tribunal ejecutor lo único que puede hacer es ejecutarla salvo que sea contraria a la legislación del Estado o a eso que, de forma poco precisa (se trata, en efecto, de un concepto jurídico indeterminado) se denomina "orden público".
- la ejecución se ajustará a lo dispuesto por la legislación del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo (art. 192 del tratado de Roma).

Por lo que respecta a las *medidas cautelares*, el *Proyecto del Código procesal civil modelo para Iberoamérica* parece disponer (y digo parece, porque la regulación proyectada es en este punto bastante oscura) lo siguiente:

- en cuanto a la procedencia de adoptar la medida cautelar habrá que estar a la legislación del Estado requirente, siendo los tribunales de ese mismo Estado los que la acuerden (art. 378.1

inciso primero).

- en cuanto a la ejecución *stricto sensu*, es decir, en cuanto al procedimiento así como en lo referente a las contracautelas procedentes se estará a la legislación del Estado requerido (art. 378.2 inciso segundo).

Por último, en cuanto a los *actos de comunicación* y a la *recepción y práctica de prueba*, se estará a las leyes procesales del Estado requerido (art. 375.3). Luego veremos, cómo regula la ley española de Enjuiciamiento civil esta materia (art. 300).

B. *El derecho administrativo y la justicia administrativa.*— Dado que aquí he de ocuparme de la cooperación judicial internacional en la ejecución de sentencias administrativas, resulta necesario preguntarse porqué existen sentencias con ese específico contenido, es decir sentencias que aplican e interpretan esa rama del derecho que es el derecho administrativo.

Ello obliga a recordar:

1º. Qué sea eso del derecho administrativo.

2º. Qué tiene que ver la justicia con este sector del ordenamiento jurídico.

a) *El derecho administrativo como derecho del Poder para la libertad.*— El derecho administrativo — se ha dicho alguna vez — tiene encomendado la misión de convertir la metafísica en técnica, vertiendo las viejas y nobles palabras — libertad, democracia — en el odre nuevo de una técnica jurídica que haga posible la real y efectiva aplicación de las ideas que con ellas se quiere expresar.

Por ello, el derecho administrativo se nos presenta como derecho del poder, de una parte, y como derecho de la libertad, de otra. Porque si, por un lado, dota de privilegios y potestades a los poderes públicos, opera al mismo tiempo como condicionamiento y limitación de la actuación de esos mismos po-

deres, articulando, además, frenos y controles adecuados a esa actuación.

De aquí que no parezca exagerado, sino, por el contrario, profundamente exacto, decir que el derecho administrativo es un derecho *del poder para* la libertad. Y esto porque hace posible ésta mediante el condicionamiento de aquél.

Nuevo Jano bifronte, si se quiere, el derecho administrativo no puede ser comprendido si no se toman en consideración esas dos vertientes hacia las que mira: el poder y la libertad.

De cara al problema que aquí nos ocupa, anotar esta característica definidora del derecho administrativo, derecho del poder público para ser más preciso, me parece esencial. Porque no parece que sea lo mismo hacer ejecutar una sentencia que condena a un particular a hacer u omitir algo, que hacer cumplir una sentencia en la que aparece como obligado un poder público.

b) El Estado democrático de derecho como Estado de iusticia judicial plenaria.— Lo verdaderamente característico de un sistema político democrático frente a un sistema autocrático está en las ideas de freno, limitación y control. Un sistema político democrático es aquél en que el ejercicio del poder político (único) por los distintos titulares llamados a ejercerlo (y entre los que, por tanto, se encuentra distribuido) está frenado, limitado y controlado.

Las libertades fundamentales y la distribución territorial del poder político operan como *imitaciones* del poder. La existencia de los demás Estados, la pertenencia o no a determinadas organizaciones internacionales o supraestatales, y la posición geopolítica del Estado de que se trate, son igualmente limitaciones al poder político. Y la misma necesidad de que los titulares del poder político deban ajustar su actuación a la ley y al derecho es también una limitación del poder.

Cuando hablo de *frenos* del poder me refiero al efecto amortiguador de la incidencia del mismo sobre el ciudadano que se

puede conseguir mediante la intermediación de los grupos sociales y mediante la participación de los ciudadanos como tales en el ejercicio del poder.

Por último, bajo la idea de *control* se agrupan todas aquellas técnicas mediante las que la actuación de los diversos titulares del poder político puede ser revisada y, en su caso, anulada o modificada.

La más llamativa forma de control del poder político y la que plantea quizá problemas más complicados, es el control por el poder judicial, que ha dado lugar a una rama de la justicia que es la justicia administrativa.

Su importancia en un Estado democrático de derecho es tal que se ha podido decir con razón que Estado de derecho es Estado de justicia judicial y, además, de justicia judicial plenaria, es decir justicia hecha por jueces independientes y cuya misión es la de controlar la totalidad de las manifestaciones del poder: normativa y no normativa, reglada o discrecional.

La historia de la aparición y desarrollo de esta justicia administrativa, la historia del sometimiento del poder a un control judicial independiente y pleno, es la historia del derecho administrativo.

Se trata de una historia con avances y retrocesos (el poder no se deja someter sin oponer resistencia), una historia que, además, no ha concluido.

De cara al tema que aquí nos ocupa hay todavía algo más que anotar: la justicia administrativa se encuentra de unos años a esta parte inmersa en una crisis profunda, pues la doctrina y también la jurisprudencia están poniendo de manifiesto la inadecuación de su organización tradicional a las exigencias de nuestro tiempo y cuando digo *nuestro tiempo* me estoy refiriendo, en particular, a las actuales convicciones acerca de las relaciones entre el hombre y el Poder.

C. *El grupo normativo regulador de la cooperación judicial internacional en materia en sanciones administrativas en el ámbito terri-*

torial de la Comunidad europea.— Particular interés ofrece desde el punto de vista del derecho administrativo el *Convenio entre los Estados miembros de la Comunidad europea sobre ejecución de las condenas penales extranjeras*, convenio hecho en Bruselas en 13 de noviembre de 1991.

Y es que, pese a que su denominación puede hacer pensar que su contenido es estrictamente penal, regula también de la ejecución de sanciones administrativas.

A tal efecto, el artículo 1, que contiene las “definiciones” necesarias para precisar el alcance de los distintos conceptos que se manejan en este tratado, dice que:

“A los efectos del presente convenio, se entenderá por:

a) sentencia la decisión definitiva de un tribunal que impone una condena con motivo de una infracción penal. Se entenderá asimismo por sentencia la aplicación de una sanción pecuniaria impuesta por una autoridad administrativa con motivo de una infracción administrativa o de una infracción haya tenido oportunidad de recurrir la sanción ante un órgano jurisdiccional.

b) condena la imposición de una pena de privación de libertad o de una pena pecuniaria por parte de un Tribunal, así como la imposición de una sanción pecuniaria por una autoridad administrativa en el supuesto a que se refiere la letra *a)* del presente artículo”.

Aunque dedicaré luego un apartado al estudio de este convenio, importa aquí retener las siguientes ideas:

a) Para pedir la cooperación del otro Estado en la ejecución de la sanción administrativa no es necesario que se haya dictado

sentencia judicial, basta con que "el interesado haya tenido oportunidad de recurrir la sanción ante un órgano jurisdiccional".

b) Las sanciones administrativas a las que se refiere el convenio son, únicamente, las de tipo pecuniario. Se comprende que ello, sea así, pues la ejecución de otro tipo de sanciones (por ejemplo, el cierre temporal o definitivo de una industria), aparte de plantear problemas diferentes, no es fácil que pueda darse en el campo de la cooperación judicial internacional.

c) Una lectura detenida del convenio a que me estoy refiriendo permite afirmar que las sanciones administrativas pecuniarias cuya ejecución cabe pedir en aplicación del mismo son las impuestas a particulares. Nada en el convenio permite pensar que se haya tenido en cuenta su posible aplicación a sanciones pecuniarias impuestas a una Administración pública, supuesto que, se ha debido considerar improbable que puede producirse en este ámbito internacional.

d) Por último, está previsto en el momento de la firma del convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que cada uno de los Estados miembros podrá especificar en una declaración las infracciones que pretenda excluir de su ámbito, pudiendo en tal caso, los demás Estados aplicar la norma de la reciprocidad.

2. *Una regla anacrónica (y, además, en el sistema español, inconstitucional): la "vis attractiva" de la jurisdicción civil.*— Un problema que corresponde resolver a la legislación de cada Estado es el de la jurisdicción competente para decretar el *execuátur* y la ejecución subsiguiente (cuando dicha ejecución sea ordenada).

A. *El Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica* dice que la ejecución de las sentencias extranjeras se pedirá ante el Tribunal supremo (art. 389.2), correspondiendo a los tribu-

nales del estado de origen al fallo calificar, según su propia ley, la naturaleza jurisdiccional de la sentencia extranjera y la materia (civil, comercial, de familia, laboral, y contencioso-administrativa) a la que pertenece (art. 385.2 en relación con el 385.1).

Adviértase ya (volveré luego sobre este punto) que el proyecto citado, aunque en principio, concreta su ámbito a lo procesal civil, menciona aquí expresamente a la materia (e, implícitamente, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo esto significa que los redactores del proyecto, con evidente sensatez, se atuvieron al criterio de la especialización para resolver el problema de la jurisdicción que debe conocer del proceso de obtención del *exequátur*.

Y, además, remiten el problema (en ocasiones, de difícil solución) de la calificación al tribunal que dictó el fallo de cuya ejecución se trata.

B. Distinta es la solución de la legislación procesal española, la cual atribuye, como regla general la competencia para el proceso de *exequátur* a la Sala de lo civil del Tribunal supremo, sin perjuicio de que esta regla pueda ser alterada por un tratado internacional. El artículo 56 de la Ley orgánica del Poder judicial dice, en efecto, lo siguiente:

“La sala de lo civil del Tribunal supremo conocerá (...)

4º De las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados, corresponda un conocimiento a otro juzgado o tribunal”.

La doctrina procesal ha hecho notar que esta regla de la Ley orgánica del Poder judicial resulta incoherente con los principios que informan esta misma ley, en la que la jurisdicción administrativa (“contencioso-administrativa”) o la laboral son tan

“ordinarias” como la civil. Al respecto, Miguel Angel FERNANDEZ (*Tratado de derecho procesal civil*, obra escrita en colaboración con Andrés DE LA OLIVA), dice lo siguientes:

“Tras la promulgación de la LOPJ no cabe entender que la jurisdicción civil tenga preferencia o *vis attractiva* sobre los demás órdenes jurisdiccionales, pues los cuatro a que se refiere el art. 6 LOPJ (civil, penal, contencioso-administrativa y social) son plenos, independientes y tan “ordinarios” como la jurisdicción civil” (tomo I, pág. 328).”.

Añade por nota todo esto otro:

“La regla (se refiere a la del artículo 9.2 LOPJ, que atribuye carácter residual a la juriedicción civil), parte del inconsciente apriorismo que consiste en pensar que la jurisdicción “ordinaria” es la civil y que las demás (en especial lo social y la contencioso-administrativa), como posteriores, son respecto a ella jurisdicciones especiales. Aunque claramente esto no sea ya así, en nuestras leyes late aún la vieja idea de que la “plenitud de jurisdicción” reside en los jueces civiles”.

La explicación es válida. Pero quizá la verdadera razón de la permanencia de tan anacrónica solución sea más profunda, pues se halla en la vieja creencia de que el verdadero derecho es el derecho civil, creencia a todas luces errónea que todavía profesan juristas eminentes. No es del caso detenerse en este problema que afecta a la esencia misma del derecho administrativo el cual dejó hace tiempo de ser un derecho especial para convertirse (como lo es hoy) en un derecho común, esto es un derecho con capacidad auto-integradora) (Sobre esta importante cuestión me remito a lo que tengo dicho en mi *Derecho admi-*

*nistrativo español**, 2ª ed. EUNSA, Pamplona 1993, especialmente, págs. 1223-1233).

De todas maneras mi posición va más allá de la de Miguel Angel FERNANDEZ. *La vis atractiva* de la jurisdicción civil que luce todavía en esos artículos (9.2 y 56.4º de la Ley Orgánica del Poder judicial) no sólo es incoherente con los principios que sustenta dicha ley, no sólo es anacrónica por corresponder a los orígenes del derecho administrativo, sino que es, dentro del sistema político español, inconstitucional. Y esto porque el juez natural de la Administración pública (en general, del Poder público) es el juez administrativa. Así resulta del artículo 153 letra c) de la vigente Constitución española que – aunque con referencia a la Administración regional – atribuye el control de su actividad normativa y no normativa a la jurisdicción contencioso-administrativa. Siendo de notar que es esta jurisdicción la única que específicamente se menciona en la Constitución. (La trascendencia de este precepto constitucional ha sido puesta de manifiesto, siquiera sea desde otra perspectiva distinta de la que aquí ocupa mi atención, por una joven administrativista española, Silvia DEL SAZ: “Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*, ed. Cívitas, Madrid 1992, págs. 99-195.

C. En resumen: entiendo que la norma del proyecto iberoamericano marca la dirección correcta en este punto.

3. *Una referencia necesaria al sistema tradicional francés de justicia administrativa. A. Un juez que juzga pero no ejecuta lo juzgado.*— No es posible hacer pronunciamiento alguno, ni doctrinal ni legislativo sobre la cooperación judicial internacional en el campo del derecho administrativo sin saber qué está ocurriendo con el sistema de justicia administrativa en Francia, en Italia y en España.

La bibliografía sobre el contencioso-administrativo y su crisis actual es abundantísima. La que aquí citaré será únicamente la indispensable para poder situarnos ante el problema que aquí nos interesa. En todo caso, para obtener una visión global de los problemas que preocupan hoy por hoy en el proceso contencioso-administrativo y, en particular, los que se refieren a la ejecución de las sentencias puede consultarse con provecho el libro de Miguel BELTRAN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, ed, Cívitas, Madrid 1995, 509 págs. Aunque no se refiere para nada a la cooperación judicial internacional, su lectura permite tomar conciencia de lo arriesgado (incluso utópico) que puede resultar el intentar una reproducción mimética de las soluciones alumbradas por la procesalística civil y mercantil a fin de resolver los problemas de la cooperación judicial internacional en la ejecución de sentencias administrativas.

Para empezar hay que subrayar el contraste que – en los ordenamientos que respondan al contencioso-administrativo de tipo francés – ofrece la ejecución de las sentencias civiles y la ejecución de sentencias administrativas.

En el *proceso civil* la ejecución se organiza así:

- el deudor (salvo que la prestación debida consista en un hacer personalísimo o no fungible) es sustituible por el órgano judicial.
- el deudor responde con su patrimonio de la deuda y de los eventuales perjuicios derivados del incumplimiento o de la demora en el mismo.

En el *proceso administrativo*, en cambio, la ejecución se organiza de esta otra manera.

- cuando el deudor de la Administración, el juez no puede sustituirlo, pues ello supondría que el juez realiza un acto propio del administrador público.

- el patrimonio del deudor no puede ser trabado judicialmente por acciones de embargo o de resarcimiento.

Esto quiere decir y dice que mientras el juez civil es un juez que juzga y hace ejecutar lo juzgado, el juez administrativo juzga pero no puede hacer ejecutar lo juzgado.

Este contraste entre la sentencia civil y la sentencia administrativa condenatoria de la Administración la resume de forma muy plática Pierre SANDEVOIR con estas palabras:

“Obtenir un jugement d’une instance juridictionnelle est bien. S’entendre dire que ce jugement bénéficie de ce que l’on appelle l’ “autorité de la chose jugée” est rassurant. Mais si l’on ne parvient pas à faire exécuter concrètement, et sur le terrain ou a la banque, la décision du juge, la justice est plus théorique que pratique, elle devient un faux semblant ou une parodie.

Ce problème ne se pose pas tellement dans la justice civile. Parce que la formule exécutoire des jugements rendus par les tribunaux judiciaires entre deux parties privées prescrit l’exécution forcée de ces jugements (avec le concours de la force publique). Tandis qu’en matière administrative, la formule exécutoire des jugements est plus limitée: elle ne prescrit l’exécution forcée qu’à l’égard des seules parties privées. Elle ne prescrit pas l’exécution en ce qui concerne la partie habituellement la plus importante: l’administration.

(...)

Pendant trop longtemps le Conseil d’Etat a été particulièrement désarmé face aux résistances des certaines administrations. (...)

Plus récemment, il faut reconnaître que les pouvoirs publics ont fait une série d'effort pour apporter un peu plus de rectitude et de libéralisme juridique à l'égard de cette question”.

A esta situación – que, con diferencias más o menos importantes, es la existente en los países que siguen el modelo francés – se llega a través de una larga evolución, en parte por vía legislativa y en parte por vía de acomodación puramente fáctica. Ha sido estudiada con primor y desde muchos puntos de vista por multitud de autores y no es del caso analizarla.

A los efectos aquí pretendidos me basta con recordar que su fundamento se halla en estos dos principios:

- por un lado, el principio de separación y no interferencia entre el poder ejecutivo, principio que deviene axioma (es decir, verdad no necesitada de demostración) y que se resume en estas afirmaciones que aparecían ya en el artículo 13 del título II de la ley de 16-24 de agosto de 1790: *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*
- por otro lado, el principio de separación, dentro ya del mismo poder ejecutivo, entre la jurisdicción administrativa y la administración activa, que aparece ya plasmado en la ley de 24 de mayo de 1872 que dió paso al sistema de justicia delegada. Siendo de notar que es el Consejo de Estado francés el que se autolimita entendiendo que si el juez administrativo es independiente de la Administración activa esto supone también que le está prohibido ejercer funciones administrativas (*faire acte d'administrateur*) ya sea dirigiendo órdenes de la Administración, ya sea sustituyéndola.

En 1887 publica LAFERRIERE su *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, un libro que ha sido reeditado un siglo después en LGDJ, París, 1989. Pues bien, en ese libro hay un par de párrafos que sintetizan perfectamente el contenido y alcance de la justicia administrativa. Estas son sus palabras que conviene leer con atención:

“Si se estima el recurso y el acto es anulado, la sentencia puede incluir determinadas medidas de ejecución consistentes en la eliminación del acto, en velar porque no sea aplicado en el futuro o en reponer, en la medida de lo posible, las cosas en su estado inicial si el acto fue inmediatamente ejecutivo”.

Pero en esta materia la ejecución de la sentencia es parte de las atribuciones de la Administración activa, ya que está relacionada con el ejercicio del poder público. Luego no puede sino ser una tarea propia de la autoridad y de la responsabilidad ministerial y no de la autoridad contenciosa. De modo que el Consejo de Estado, en sede de recurso por “excés de pouvoir”, se niega siempre no sólo a ordenar medidas coercitivas sino también a determinar las consecuencias de la anulación pronunciada. Su fallo se limita a la mera anulación; cualquier otra pretensión tendente a ordenar las medidas administrativas que deberían adoptarse como consecuencia de la anulación son inadmitidas. Es más, la sentencia de anulación es un obstáculo moral a que el acto anulado sea nuevamente dictado con el mismo contenido y con idénticos vicios de legalidad, pero no es un obstáculo jurídico. El efecto de la anulación por “excés de pouvoir” es únicamente la eliminación del acto ilegal y no la paralización de la libertad del administrador, aún cuando sea ejercida irregularmente. Una solicitud de indemnización contra la

Administración, a causa del perjuicio causado por el acto ilegal, sería la única posibilidad para la parte perjudicada”.

Es necesario advertir, no obstante, pues una exposición simplificada al máximo y sin matices de ninguna clase puede llevar a falsear la realidad de manera absoluta, que aunque el juez administrativo no puede dictar órdenes de hacer (*injuntions*) de hecho lo hace. Y ya en 1912 Gastón Jéze decía que “cuando el Consejo de Estado, en el asunto *Lafage*, admite el recurso por *excès de pouvoir* contra el acto ilegal que deniega una determinada cantidad debida, y cuando anula dicho acto, aunque declare que no está condenando a la Administración al pago de la cantidad y que no hace sino anular el acto, lo cierto es que está haciendo otra cosa: al tiempo que constata la ilegalidad del acto que deniega el derecho subjetivo del recurrente, está constituyendo un derecho de crédito contra el patrimonio de la Administración”. (“*Role du Conseil d’Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir*”, *Revue de droit public*, 1912 päs. 266 y ss).

Bien es verdad que el hecho de tener que escribir un artículo para hacer entender lo que, en realidad de verdad, había querido hacer y, efectivamente había hecho, el Consejo de Estado cuando anuló aquel acto, está poniendo de relieve que no es eso lo que podía entender “el común de los mortales”.

Aunque lo que realmente resulta difícil de entender es por qué las cosas son como las describía LAFERRIERE y no pueden ser de otra manera. Y por eso el propio Gastón Jéze escribía en 1913, es decir un año más tarde, esto otro:

“Si un juez de paz puede ordenar a un alcalde que inscriba a un ciudadano en el censo, si incluso esta decisión equivale a la inscripción, no veo porqué el Consejo de Estado no podría ordenar al prefecto que incluya en el presupuesto municipal un gasto obligatorio, o a un ministro que readmita a un

funcionario ilegalmente revocado, etc”.

(“De la force de vérité légale attaché por la loi à l'acte juridictionnel” *Revue de droit public*, 1913, págs. 437 y sigs.)”.

B. *Las críticas doctrinales a partir de la década de los setenta y sus moderadas consecuencias normativas y prácticas.* a) *El descarado indio Hurón de Jean Rivero.*— Mucha agua ha corrido bajo los puentes del Sena desde que se escribieron las palabras de LAFERRIÈRE que dejé transcritas más arriba. Es lógico que las críticas no hayan faltado a un sistema que a quienes los contemplamos con la perspectiva que da la distancia tanto física como temporal, se nos presenta como una delumbrante paradoja ya que, como dice BELTRAN DE FELIPE, es expresión de “cómo una regla esencial del Estado de derecho (la división o separación de poderes) ha sido interpretada de manera a desvirtuar una de las vertientes del mismo Estado de derecho (el respeto por el poder público de las decisiones de un poder judicial independiente y garante de las libertades)” (*El poder de sustitución...*, cit. pág. 103).

Pero es en los primeros años de la década de los sesenta cuando algunos autores empezaron a cuestionar en Francia seriamente el sistema de ejecución de las sentencias administrativas. Y es posiblemente Jean RIVERO el que lleva a cabo la crítica más demoledora en un ingeniosísimo artículo que tituló “Le Huron ou Palais Royal on réflexions naïves sur le recours pour excés de pouvoir”, publicado en 1962 (y reproducido luego en una obra colectiva, *Pages de doctrine*, LGDJ, París 1980, vol. II, págs. 330 y siguientes).

Vale la pena transcribir una muestra de estas “ingenuas reflexiones” expresadas en forma de diálogo entre Jean Rivero y el indio hurón (que, por cierto, es el que expone el verdadero pensamiento del autor francés):

“- *Rivero*: La naturaleza de las cosas quiere que la función de juzgar esté dentro del poder ejecutivo, separada de la función de actuar. ¿Dónde iríamos a parar si el juez administrativo, al anular el acto, extrayese además las consecuencias necesarias o dictase a la Administración la conducta a seguir para restablecer el derecho?

- *Hurón*: Pero ¿no es contrario a la naturaleza de las cosas separar por un lado la anulación y por otro sus consecuencias? Anular el acto y negarse a decir lo que deriva de su desaparición, ¿no equivale a quedarse a medio camino?”

La impresión que empieza a tomar cuerpo es que se está jugando con palabras más que con conceptos. Y así CHEVALIER dice que se trata de “un problema de vocabulaire”, de manera que

“se tiene la impresión de que negándose a dictar órdenes expresas el juez administrativo se fija sólo en una palabra, cuando la función jurisdiccional implica necesariamente la esencia misma del concepto” (“L’interdiction pour le juge administratif de faire acte d’administrateur”, *L’actualité juridique, Droit administratif*, 1972, pág. 86)”.

Y poco después, el indio hurón, con ese insolente descaro que lo hace tan atractivo vuelve a la carga diciendo:

“No me diga usted que la orden que se da a la Administración para que ajuste a derecho su comportamiento, cuando el derecho determina la decisión que sigue a la anulación, es por naturaleza ajena a los poderes del juez” (Jean RIVERO: “Nouveaux propos naïfs d’un Huron sur le contentieux admi-

nistratif”, *Conseil d’Etat. Etudes et documents*, 1979-80, págs. 27 y sigs).”

b) Los “*procédures amiables*” de 1963 Y los “*procédures contraignantes*” de 1980 y 1990; su limitado alcance.— Las críticas a que he hecho referencia en el apartado anterior no cayeron en el vacío, antes al contrario, fueron el motor determinante de las reformas de 1963 y de 1980-1990.

- orientar (*eclairer*) a la Administración a instancia de los ministros, acerca del contenido y alcance de la obligación de ejecución;
- velar por la ejecución de las sentencias, tramitando las reclamaciones de los interesados.

En esta segunda función — que se pone en marcha, como se ve a petición de los interesados — la que aquí nos interesa. La naturaleza de estas reclamaciones y de la actuación procesal que permiten desencadenar ha dado lugar a una cierta literatura. En general se considera que se trata de procedimientos amistosos (*procédures amiables*), y en ningún caso contenciosos. Hasta donde puedo alcanzar me parece que su finalidad no es otra que la de facilitar el establecimiento de un canal de comunicación, siquiera sea indirecto, esto es a través del Consejo de Estado, entre el particular favorecido por la sentencia y la Administración condenada, en cuyas manos queda el cumplimiento de la sentencia. Y si hemos de creer en SCHWATZENBERG, sus intervenciones “desembocan, en el mejor de los casos, en una llamada de atención a la Administración acerca de su negligencia o su mala fe, y en dejar constancia de ello en un informe oficial” (*L’autorité de chose décidée*, LGDJ, París 1969, 172-173), lo que ciertamente no es mucho. Y si a esto se añade que, entre 1963 a 1968, sólo una vez se llamó la atención a la Administración por inexecución o retraso en la ejecución (Achille MESTRE, *Le*

Conseil d'Etat protecteur des prerrogatives de l'Administration, LGDJ, París 1974, pág. 76), la valoración de conjunto que merece la reforma no parece que pueda ser muy elevada.

Sea como fuere, lo cierto es que las críticas continúan, lo que acabó traducándose en un segundo intento de reforma, que en cierto modo a completar la reforma de 1963, y, que se concretó en la ley 80-538 de 16 de junio de 1980, relativa *aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public*, completada luego con dos decretos de 1990 (el 90-400, de 15 de mayo de 1990, y el 90-146, de 16 de mayo de 1990).

En definitiva estas reformas de 1980-1990 han venido a regular el empleo de las multas coercitivas para obtener la ejecución de sentencias contra la Administración estableciendo un procedimiento sumario para el pago de las condenas pecuniarias.

Importa decir que estas multas coercitivas, que consisten en una condena a pagar una cierta suma de dinero por cada día de retraso y hasta tanto la obligación no sea ejecutada, no se establecen en la sentencia principal sino en una decisión ulterior, dictada a petición del interesado y que no puede formularse hasta que hayan transcurrido seis meses a contar de la notificación de la sentencia.

De todo ello resulta que, junto a los *procédúres amiables* de 1963, el favorecido por una sentencia que condena a la Administración dispone también de estos *procédúres contraignantes* (coercitivos).

Parece, sin embargo, que la eficacia de esta segunda reforma tampoco puede considerarse deslumbrante, al menos si se tiene encuentra que ente 1980 y 1989 únicamente se dictaron cinco *astreintes*, siendo así que el número de quejas planteadas ante la Comisión de información y estudios pasó de 200 a 600 entre 1978 y 1987, y de 600 a 1000 entre 1987 y 1989 (según datos de un Informe del Consejo de Estado de diciembre de 1989).

No resulta fácil enjuiciar reformas legislativas de otro país, por más que se posea, como ocurre en este caso, una infor-

mación doctrinal abundante, cuya localización, además está falicitada por trabajos como el de BELTRAN DE FELIPE, que aquí vengo manejando fundamentalmente.

Una cosa parece, en todo caso, innegable: que la ejecución sigue en manos de la Administración condenada a las que de ninguna manera, incluso después de las reformas de 1963 y 1980-1990, se pueden dirigir órdenes expresas y concretas.

C. Crítica del sistema francés de autoejecución.— No quisiera que esta sintética exposición que aquí vengo haciendo de un aspecto muy concreto — aunque esencial — del contencioso francés se entendiera como un rechazo global del sistema.

Por eso debo decir de inmediato que no son pocos ni despreciables los logros alcanzados en el control del Poder público en la República francesa (y, en general, en los países que se han inspirado en ese modelo).

El control de la discrecionalidad, el control de la actividad reglamentaria, el control de la vía de hecho, la doctrina del silencio administrativo, etc. son hitos importantísimos que jalonan el camino hacia la libertad mediante el derecho.

Pero ello no significa que debemos considerar terminada la evolución del contencioso administrativo. Porque ocurre que es precisamente en este concreto aspecto de la ejecución donde todavía el contencioso tipo francés se encuentra donde empezó. Porque lo cierto y verdad es que si valoramos críticamente el sistema de autoejecución, tenemos que dar la razón a BELTRAN DE FELIPE según el cual dicho sistema responde todavía a un sistema de jurisdicción retenida que, además, al dejar la ejecución de las sentencias en manos de la Administración condenada, convierte en puras obligaciones naturales las impuestas a aquélla por la sentencia.

Me ocupo de ello a continuación.

a) *La Administrativa retiene todavía la potestad de ejecutar las sentencias dictadas contra ella.*— Podemos aceptar la explicación que da CHEVALIER de la situación actual: la Administración aceptó someterse a un control de legalidad a cambio de ser ella la que decide si cumple y cuando cumple las obligaciones que resulten de ese control:

“La Administración aceptó someterse a un control intenso del juez administrativo (en lo referente a la responsabilidad y al “excés de pouvoir”) *bajo reserva de seguir siendo dueña de la ejecución de las sentencias. Por consiguiente la ejecución es puramente voluntaria y espontánea, y no permite al juez administrativo inmiscuirse en un terreno que la Administración considera reservado*”.

Pero una cosa es que pueda considerarse válida esta explicación para entender cómo pudo surgir (la historia del contencioso español puede, además, avalar esta explicación, según se verá luego), y otra cosa es que la situación resultante pueda reputarse no ya óptima, sino simplemente aceptable.

Y, en todo caso, lo que no puede negarse es que esta explicación confirma lo que ha quedado anticipado: que en este aspecto nos hallamos anclados en aquella etapa primordial en que la jurisdicción la retenía el ministro, que por eso era ministro-juez.

Y como lo propio de la justicia es no sólo juzgar sino también ejecutar lo juzgado, no resulta ni mucho menos exagerado afirmar que la evolución de la llamada justicia administrativa se ha quedado a mitad de camino. Y esto por no decir, como decía HAURIOU, que “un juez administrativo que ni siquiera puede constreñir a la Administración a ejecutar su sentencia no es un juez” (“Prólogo” a la 5ª ed. del *Précis*, en *Obra escogida*, ed. Instituto de estudios administrativos, Madrid 1976, pág. 76).

b) *La obligación de ejecutar la sentencia administrativa es una obligación natural.*— Es sabido que se califican como naturales aquellas obligaciones en que falta el derecho del acreedor para instar coactivamente el cumplimiento del deudor.

Y porque esto es así, se hace una calificación correcta de las obligaciones impuestas a la Administración por un juez administrativo en el contencioso-tipo francés cuando se dice, como hace BELTRAN DE FELIPE, que la obligación de cumplimiento de la sentencia es una obligación natural.

Esto es más preciso (aunque en el fondo coincidente) que decir como Yves GAUDEMET que “una orden desprovista de sanción no es más que un deseo del juez” (“Réflexions sur l'injection dans le contentieux administratif”, en *Le pouvoir. Mélanges offertes à G. Burdeau*, LGDJ, París 1977, pág. 812) o decir como dice Luigi ARU que es “una obligación desprovista de sanción concreta” (“A proposito della “effettività” del giudicato amministrativo”, en *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Instituto poligrafico dello Stato, Roma 1981, vol. III, pág. 2001).

4. *Las sentencias de condena contra la Administración de derecho español. A. El progresivo alejamiento del sistema contencioso español del contencioso francés, del que procede en sus orígenes.*— Aunque el derecho administrativo español está fuertemente influenciado durante el siglo XIX por el derecho administrativo francés y aunque esa influencia no ha desaparecido del todo a lo largo de este siglo XX que esta finalizando, se incurriría en error si se pensara que es una mera copia o traducción de aquél.

Piénsese, por ejemplo, en que mientras el derecho administrativo francés es obra pretoriana de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho administrativo español es, fundamentalmente, obra del legislador, siendo sólo a partir de la entrada en vigor de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 cuando empieza a aparecer una jurisprudencia

dencia verdaderamente creadora, muy sensible a las inquietudes de la entonces joven y brillante generación de administrativistas que (Clavero Arévalo, García de Enterría, García-Trevijano, Garrido Falla, González Pérez, Guaita, Villar Palasí, etc.) dió impulso a la *Revista de administración pública*, editada por el Instituto de estudios políticos, primer número había aparecido en 1950, De esa época datan las grandes leyes que vertebraron el moderno derecho administrativo español y que todavía hoy, con algunas reformas posteriores, no siempre acertadas, siguen vertebrándolo.

a) Por lo que respecta al nacimiento y evolución de nuestro contencioso-administrativo, debe decirse que durante casi toda la primera mitad del siglo XIX lo que se debatió fue, en realidad, la opción entre un sistema de unidad de jurisdicción (artículo 242 y siguientes de la Constitución de Cádiz) y la exención de control judicial.

b) En 1845 se introdujo en el Consejo real un sistema de jurisdicción retenida, similar al francés, distinguiendo entre órganos activos y órganos contenciosos.

c) Fue a raíz de la elaboración de la ley de 13 de septiembre de 1888 (la llamada ley SANTAMARIA DE PAREDES, por el nombre de su promotor), cuando el contencioso-administrativo español va a soltar amarras de su homólogo francés. Y, es con ocasión de los debates que suscita dicha ley, cuando se plantea con toda crudeza el problema de la ejecución. Y en un famoso discurso del Conde de Torreonaz, senador por el partido conservador, se dejó bien claro que la regulación de la ejecución estaba concebida de manera que existieran unás "válvulas de seguridad" que permitiera hacer "inofensiva" la nuova Ley. Así de claro. Y para ello se dejaba la ejecución en manos de la Administración y se preveía la posibilidad de que la Administración acordare la suspensión de la sentencia (art. 84), potestad que luego – en el año 1894 – se extendió a la posibilidad de no ejecutarla definitivamente, y que en 1904, por la llamada ley Maura se concretó en cuatro únicos supuestos. (Toda esta

historia de la ley de 1888 ha sido estudiada por Luis MARTIN REBOLLO. *El proceso de elaboración de la ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1988*, Instituto de estudios administrativos, Madrid 1975, que analiza el problema de la ejecución en las páginas 221 a 248, incluyendo el discurso completo en las páginas 543 y siguientes. Una historia completa de la ejecución de las sentencias administrativas puede leerse en Andrés BETANCOR RODRIGUEZ, "La evolución histórico-normativa de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (1845-1956)", *Documentación administrativa*, 209 (1987, 199 y siguientes).

d) La definitiva configuración de contencioso-administrativo español se produjo en 1956, con la aprobación de una ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa a la que siguió luego la publicación de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958. Una y otra ley vinieron a englobar en un sistema (en el que se integraban algunas otras leyes, como la de Régimen jurídico de 1957, la de Expropiación forzosa de 1954) las normas jurídicas que desde entonces condicionan la actuación de las Administraciones públicas en España.

Esta ley de 1956 supuso un paso más en el alejamiento del contencioso-español de un modelo francés. Por un lado desaparece la terminología típicamente francesa de recurso de anulación y recurso de plena jurisdicción (incorporada al derecho español muy tardíamente: en la ley municipal de 1935). El recurso se dirige contra cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Y, por otro lado la jurisdicción contencioso-administrativa se configura definitivamente como una verdadera y propia jurisdicción, incardinada en el Poder judicial. Porque importa anotar esto: mientras en Francia es el Consejo de Estado el que tiene atribuido el control de la Administración en vía contenciosa, en España el Consejo de Estado es sólo un órgano consultivo de la Administración del Estado mientras que los tribunales de lo contencioso-administrativo son verdaderos y propios órganos judiciales que no

tienen nada que ver con el Consejo de Estado.

Sin embargo, la influencia francesa puede rastrearse todavía en la regulación de la ejecución, la cual "se retiene" todavía por la Administración (art. 103).

Asimismo, subsisten los motivos de suspensión y de inejecución de las sentencias que venían existiendo desde 1888 (suspensión) y 1904 (inejecución).

Aunque, como luego se dirá, lo correcto es entender que estos preceptos, aunque no han sido derogados de un modo expreso, deben ser interpretados conforme a las exigencias del principio de tutela efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución.

e) La publicación de la Constitución ha supuesto un paso más en el perfeccionamiento del sistema de control de la actuación de los poderes públicos. Y para probarlo basta con transcribir los siguientes preceptos de la misma, preceptos que son de directa e inmediata aplicación:

"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". (art. 9.1).

"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (art. 24.1).

"El Gobierno (...) ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes". (art. 97)

"La Administración pública (...) actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art. 103.1)

"1. Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos” (*art. 106*).

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. (*art. 117.3*)

“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto” (*art. 118*)”.

f) Este esbozo de la evolución del contencioso-español debe terminar con la mención de la ley orgánica del Poder judicial de la que importa recordar ahora, únicamente, el art. 18.2 que establece la obligación de cumplimiento de las sentencias “en sus propios términos”, y que contiene una importante previsión: la posibilidad de expropiar por causa de interés público o interés social los derechos reconocidos por una sentencia firme frente a la Administración. Lo estudiaré con cierto detalle más adelante.

g) La breve exposición que acabo de hacer permite comprobar que el contencioso español aunque nacido de la órbita del contencioso francés, difiere de él en puntos sustanciales. Pero es necesario detenerse en algunos aspectos que no sólo permitirán comprobar esto que acabo de decir, sino que pueden acabar de hacernos entender las dificultades prácticas de un traslado mimético de las normas procesales civiles cuando de ejecutar sentencias condenatorias de la Administración se trata.

De tres cuestiones voy a ocuparme:

1º. De cómo el principio de tutela judicial efectiva que consagra la Constitución española obliga "a ver las cosas de distinta manera", que es lo que ocurre cuando emerge un nuevo paradigma (tomando este vocablo en sentido filosófico).

2º. De cómo la atribución con *carácter exclusivo* a los tribunales (incluidos, obviamente, los administrativos) de la potestad de ejecución, ha acabado en España con el último reducto de la jurisdicción retenida: la potestad administrativa de autoejecución.

3º. De cómo la continuidad de los servicios públicos constituye un límite a la potestad judicial de ejecución y al principio de ejecución de las sentencias en sus propios términos, que hace posible que, con carácter excepcional, pueda sustituirse el cumplimiento *in natura* por una indemnización.

B. *Una revolución en el contencioso-administrativo: la emergencia del derecho a una tutela judicial eficaz*.— Entender lo que está ocurriendo en el contencioso-administrativo europeo de base latina que, a estos efectos es tanto como decir, de base francesa, y desde luego, entender lo que está aconteciendo en el derecho español, significa aceptar que la configuración del contencioso-administrativo como un proceso al acto se ha derrumbado, pues la emergencia del principio (o, si se prefiere, la regla) del derecho a una tutela judicial eficaz ha impuesto que el contencioso-administrativo tenga que configurarse como un proceso entre partes.

Con otras palabras: se ha producido una verdadera revolución científica y el tradicional modelo de un contencioso-administrativo de base objetiva (proceso al acto) está siendo sustituido por un contencioso-administrativo de base subjetiva (proceso entre partes).

Todos los aquí presentes conocen, sin duda, el libro de Thomas S. KUHN *La estructura de las revoluciones científicas*, Breviarios del Fondo de cultura económica, 10ª reimpresión en Espa-

ña, Madrid 1986, y por eso saben de qué estoy hablando.

Pero quizá no esté de más recordar esto:

a) Lo que da unidad a una comunidad científica es la adhesión de quienes la componen a una o varias teorías directrices u orientadores, potencialmente capaces de producir otras que permiten entender la realidad observada y resolver los problemas que se planteen. Y precisamente por esa capacidad de engendrar teorías complementarias que tiene la teoría directriz se le designa con el sintagma de “matriz disciplinar”, y también con el de “paradigma” (empleando este vocablo en sentido filosófico y no en el puramente vulgar de ejemplo).

b) Como “creatura” que es del hombre, la matriz disciplinar nace ya – como nacemos también los humanos – condenada a muerte. Vivirá un tiempo más o menos largo pero, inevitablemente acabará decayendo, perderá su energía inicial, y tendrá que ser irremisiblemente sustituida por otra.

c) Y, en efecto, a lo largo de su vida, la matriz disciplinar se verá sometida a los vaivenes del pensar discrepante que le irá poniendo en dificultades. Mientras éstas puedan ser superadas la comunidad científica seguirá prestando adhesión al paradigma director. Hasta que llegará un día en que las dificultades no podrán superarse y una nueva matriz disciplinar emergerá.

d) Cuando tal ocurra, una verdadera revolución científica estará conmoviendo a la comunidad científica: mientras unas convicciones teóricas perecen otras estarán emergiendo con aire victorioso. Cuando hace años hablaba IHERING de *La lucha por el derecho*, la lucha entre el viejo y el nuevo derecho, no hacía otra cosa que anticipar estas ideas en el ámbito de la comunidad científica de los juristas.

Y esto mismo es lo que está ocurriendo con el contencioso-administrativo desde que se ha generalizado en la comunidad científica de los juristas (no sólo, pues, de los administrativistas) la aceptación de que, en un Estado social y democrático de derecho, el ciudadano tiene derecho a una tutela judicial eficaz.

En derecho español este derecho aparece reconocido en el

artículo 24 de la Constitución, citado más arriba y que transcribo de nuevo:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

No es, sin embargo, un principio (o, si se prefiere, una regla) válida sólo en derecho español. Su validez es general. Como dice Jesús GONZALEZ PÉREZ, el derecho a la tutela judicial efectiva (o eficaz, como es más exacto decir)

“... le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer, y existe con independencia de que figure en las declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado”.

(El *derecho a la tutela jurisdiccional*, ed, Cívitas, 2ª ed, Madrid 1989, pág. 22).

García de Enterría, ocupándose recientemente de la crisis del contencioso francés, ha puesto de manifiesto el carácter de teoría directriz (“paradigma”, dice él todavía) que tiene el principio de tutela eficaz. Con referencia expresa a la construcción kuhniiana que ha quedado examinada más atrás, escribe lo siguiente:

“Estamos asistiendo al fin de ese paradigma (el sistema francés de justicia administrativa), simplemente, estamos ante la “revolución científica” más importante que el derecho administrativo ha sufrido desde la anterior que fue la puesta a punto del *excès de pouvoir*. Ese carácter de revolución científica expli-

ca su carácter de derrumbamiento súbito. El paradigma histórico del *excés de pouvoir* ha sido de pronto encontrado inadmisibile, incapaz de explicar los nuevos hechos, los nuevos valores del Estado de derecho, las nuevas demandas sociales.

Sin querer avanzar demasiado sobre esta línea general, me permitiré decir, no obstante, que el nuevo paradigma me parece estar en el principio de la tutela judicial efectiva de derechos verdaderos de los ciudadanos. Es por la introducción de este simple criterio por lo que el viejo paradigma ha saltado como en una explosión — como en la explosión en que siempre consisten las revoluciones científicas —”.

Sigue diciendo este autor un poco más adelante:

“El nuevo paradigma, sobre el cual va a establecer en todo el mundo occidental una nueva época de la justicia administrativa, es, por gran ventura, justamente, el paradigma que nos impone preceptivamente nuestra Constitución: la justicia administrativa no es un abstracto proceso a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración, o acaso jueces amedentrados ante la *maiestas* administrativa o atados por mil lazos en el ejercicio de su función por el supuestamente insólito hecho de que el poder público tenga que rendir cuentas ante el derecho; por el contrario, es un proceso plenario a la Administración como sujeto por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos”.

Este trabajo — aparecido en el número correspondiente a abril-junio de 1988, de “Cívitas. Revista española de derecho

administrativo” encontró eco inmediato en el Tribunal supremo de España, que en sentencia de 5 de octubre de 1988, de la sala 4ª, que me correspondió redactar como ponente, y frente a la invocación por el Abogado del Estado del anacrónico privilegio administrativo del *solve et repete*, dice lo siguiente:

“Por último, la Sala tiene que dar respuesta – como solicita el Abogado del Estado – al problema de inadmisibilidad del recurso de alzada y, consiguientemente, del contencioso-administrativo por falta de depósito de aval previo, que exige el artículo 162 del Reglamento de 1968. Esta Sala tiene declarado reiteradamente que el privilegio del *solve et repete* (que esto es, en suma, lo que esconde la alegación que ahora nos ocupa) es contrario al principio de tutela judicial efectiva, y por tanto, inconstitucional. Si lo ampara una ley anterior a la Constitución este Tribunal la desconocerá por estar derogada por ésta. Si fuera posterior – no es aquí el caso – habría que plantear cuestión de inconstitucionalidad. Pero la Sala considera oportuno subrayar que de unos años a esta parte – posiblemente desde antes de la Constitución de 1978, desde la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, pero desde luego, sin discusión, a partir de la entrada en vigor de la nueva Constitución española – una nueva matriz disciplinar ha irrumpido en la comunidad científica que formamos los juristas: la de la tutela judicial efectiva. Y esto ha supuesto un giro copernicano – y como éste, por tanto, verdaderamente revolucionario – en las relaciones del ciudadano con el poder público. El Estado de derecho o es justicia judicial plenaria o no es nada. Y los Tribunales de Justicia no pueden cerrar el paso a los justiciables con exigencias formales inaceptables como la que aquí se pretende”.

Y en otra sentencia posterior, de 11 de noviembre de 1988, de la misma sala, y en la que interviene también como ponente, el tribunal supremo conociendo de la apelación contra una sentencia que, sin entrar en el fondo del asunto, declaró inadmisibile un recurso contencioso-administrativo por haber omitido el recurrente un recurso de súplica previsto en la nueva legislación regional asturiana (se trataba de un caso de sucesión jurídica entre personas jurídico-públicas: la Diputación provincial y la Comunidad autónoma, con cambio del derecho aplicable a una relación jurídica ya existente, mediando, además inactividad formal – “silencio administrativo” – de la Administración regional) dice lo siguiente:

“La sentencia de primera instancia, en cuanto no entra en el fondo del asunto declarando inadmisibile el recurso, debe ser revocada. Porque, en definitiva, lo que viene a decir la sentencia es que – como quiera que entre la adjudicación del contrato y la formalización del mismo se produjo la sucesión jurídica de la diputación provincial por la Comunidad autónoma asturiana, y la legislación que acondiciona la actuación administrativa de esta última concede recurso administrativo (que llama) de súplica frente a los actos de los Consejeros – la vía administrativa no ha sido aquí agotada. Razonando así, el Tribunal de primera instancia olvida que para afrontar correctamente este problema hay que situarse en la perspectiva que impone el artículo 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva). Y situándose en esta posición se advierte con claridad que resulta inaceptable en un Estado como el español que se declara constitucionalmente Estado social y democrático de derecho, que un comportamiento de desprecio al ciudadano como lo es el de no dar respuesta expresa a sus

peticiones pueda traducirse en indefensión para el particular que no recibió por ello la orientación procesal que la Administración está en el deber de darle conforme al artículo 79 de la Ley de procedimiento administrativo. De manera que la Comunidad autónoma no sólo infringe el deber de resolver que tiene conforme al artículo 94 de esta misma ley, sino también el de notificar los recursos procedentes. Y frente a conducta tan claramente reprochable por incompatible con la forma en que deben actuar los poderes públicos — sujeción plena a la ley y al derecho: artículo 130.2 de la Constitución — no puede un tribunal de justicia negarse a entrar en el fondo esgrimiendo el no agotamiento en una vía administrativa previa que está pensada para garantizar un buen hacer administrativo y no para hacer perecer en sus complicadas sirtes precisamente y nada menos que el valor justicia, que — tanto en su formulación general por el artículo 1^a de la Constitución, como en su concreción a la actuación de pretensiones de los ciudadanos por los tribunales de justicia que hace el artículo 24 — opera como una auténtica matriz disciplinar, expresión ésta que se toma aquí en el sentido que le dan algunos modernos historiadores de la ciencia, esto es, como teoría directriz que orienta la búsqueda del derecho que se esconde tras la letra de los textos legales”.

C. *Una metamorfosis jurídica producida por imperativo constitucional: la potestad administrativa de ejecutar las sentencias se ha convertido en el deber constitucional de cumplirlas.*— Importa ahora que nos detengamos en analizar las consecuencias que el cambio del paradigma ha producido en relación con la potestad administrativa de autoejecución.

Esta potestad se encuentra todavía expresamente recogida en el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo, una ley que es de 1956 y que, con algunas modificaciones llevadas a cabo por leyes posteriores, se encuentra vigente. Una ley que, por lo demás y pese a haber sido elaborada bajo un régimen político autoritario, introdujo unas cotas avanzadísimas en el control de la actuación administrativa, cotas que, por cierto, muchos países democráticos andan todavía lejos de haber alcanzado.

Pues bien, aunque, como quedó dicho más arriba, es con esa ley de 1956 cuando el contencioso-español empieza a adquirir perfiles propios que le alejan del contencioso francés que le sirvió de modelo, no pudo evitarse que ciertos rasgos de ese modelo primordial siguieran lastreando el nuevo sistema. Que es precisamente lo que ocurre en materia de ejecución de sentencias. Así, el artículo 103 decía – y sigue diciendo pues, expresamente al menos, no ha sido derogado – esto:

“La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso”.

Vemos aquí reconocida de manera expresa y terminante la potestad administrativa de autoejecución. Y como consecuencia de ello, el juez ha de limitarse a promover y activar la ejecución adoptando, de oficio o a instancia de parte, las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado (art. 110).

Con otras palabras, según la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa el juez no hace ejecutor lo juzgado sino que fiscaliza y vela por su ejecución (art. 8.1).

Todo esto ha cambiado como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Constitución española de 1978 cuyo artículo 117.3 dice así:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

El artículo 2.1 de la posterior ley orgánica del Poder judicial, de 1 de julio de 1985, reproduce en lo esencial el precepto constitucional añadiendo únicamente una referencia, ciertamente oportuna, a lo dispuesto en tratados internacionales:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”.

La doctrina ha discutido si el artículo 103 de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha sido o no derogado por el artículo 117.3 de la Constitución. En general la mayoría de los autores considera que, efectivamente, la Constitución ha derogado el precepto citado. Esta es también mi opinión.

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional del Tribunal supremo ha optado por considerarlo vigente siempre y cuando se interprete conforme a la Constitución, lo que significa aceptar que se ha producido *una metamorfosis de la potestad administrativa de ejecución en un deber constitucional de cumplir las sentencias*. Y desde luego lo que está claro es que el principio de autoejecución ha desaparecido en derecho español.

La sentencia 67/84, de 7 de junio de 1984, del Tribunal constitucional dice, en efecto, esto:

“La interpretación de este precepto (art. 110 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa) en conexión con los demás referidos a la ejecución

de sentencias (artículos 103 a 112 de la misma ley) debe hacerse, según ha señalado el Tribunal en reiteradas ocasiones, en relación con las leyes, de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. La aplicación de este criterio interpretativo conduce a las siguientes afirmaciones: ... La ejecución de las sentencia corresponde, en principio, al órgano que hubiere dictado el acto objeto del recurso (art. 103 de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa), *debiendo interpretarse esta competencia no como la atribución de una potestad sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las sentencias y resoluciones firmes ...* (fundamento 3°).

Y el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de mayo de 1990 dice esto otro:

“El privilegio derivado del artículo 103 de nuestra juriedicional ha sido proscrito, tanto por el artículo 117.3 de la Constitución como por el artículo 2.1 de la ley orgánica del Poder judicial” (fundamento 2°).

Y la sala de revisión del propio Tribunal supremo, en sentencia de 19 de septiembre de 1989 dice que:

“... el artículo 117.3 ha invertido el planteamiento tradicional reflejado en el artículo 103 de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”.

Es evidente que, a diferencia de Francia, el contencioso español ha culminado su evolución y el proceso judicializador ha llegado también a la ejecución de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción administrativa.

La nueva Constitución española ha llevado hasta sus últimas consecuencias el principio de separación de poderes, interpretándolo correctamente como prohibición a la Administración de invadir el ámbito judicial al que pertenece la ejecución de las sentencias. Y lo verdaderamente curioso que esto es lo mismo que había visto ya con toda claridad Gaston JEZE, ¡hace más de setenta años!, en 1919:

“Si la autoridad administrativa superior ha sido quien ha obstaculizado la ejecución voluntaria de la cosa juzgada, ¿estamos ante un caso de intromisión de la judicatura en las operaciones de la Administración? Evidentemente no: estamos más bien en el supuesto contrario, en la intromisión de la Administración en la ejecución de un acto de Poder judicial” (“Force de la chose jugée pour les agents publics autres que les tribunaux (note de jurisprudence sous Conseil d’Etat, 8 août 1919 *Abé Toesca*”), *Revue de droit public*, 1919, pág. 511).

Y es que, como ha dicho el Tribunal constitucional de España, en sentencia 34/93, de 8 de febrero de 1993:

“En modo alguno es aceptable que *la ejecución de una sentencia*, en términos efectivos y sin dilaciones indebidas, pueda ser considerada “un formalismo legal” (...). Se trata, por el contrario, *de un efecto consustancial a la cosa juzgada que por obra del art. 117.3 CE* (Constitución española) alcanza una dimensión constitucional y que se proyecta sobre el derecho a la tutela del artículo CE (Constitución española), confiriendo a su titular un derecho fundamental que resulta “de capital importancia para la efectividad del Estado democrático y social de derecho que proclama la Constitución” (STC 67/84)”.

D. *El problema de la sustitución de la ejecución "in nature" por una indemnización.* a) *Los supuestos tradicionales de suspensión o de inejecución de las sentencias administrativas.*— Como quedó dicho en un apartado precedente, en derecho español existe desde 1888 la posibilidad de que la Administración acuerde suspender la ejecución de las sentencias dictadas contra ella, y también, desde 1894, la de no ejecutarlas definitivamente. En uno y otro caso, previa indemnización.

Este privilegio administrativo se mantuvo en la reforma de 1956, con lo que al publicarse la Constitución democrática de 1978 se incorporaron las cuatro causas de suspensión o, en su caso, de inejecución que había establecido la llamada ley Maura de 1904. Son causas, bastante anacrónicas. Concretamente éstas (art. 105.2 de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa):

- 1º. Peligro de trastorno grave del orden público.
- 2º. Temor fundado de guerra con otras potencias, si hubiere de cumplirse la sentencia.
- 3º. Quebranto de la integridad del territorio nacional.
- 4º. Detrimento grave de la Hacienda pública.

b) *El deber constitucional de cumplir la sentencias judiciales "en sus propios términos".*— Así las cosas, entra en vigor la Constitución de 1978, que, como es sabido, por un lado da configuración definitiva al régimen de democracia de partidos que se había abierto paso con la llamada nueva ley fundamental para la reforma política, de 1976, y, por otro, lleva a cabo una distribución territorial del Poder político que ha convertido a España en un sistema político de federalismo de ejecución, muy próximo al modelo alemán de la Constitución de Bonn.

Pues bien, el artículo 118 de la nueva Constitución española impone el deber de cumplimiento de las sentencia. Quedó transcrito más atrás, pero vale la pena transcribirlo nuevamente:

“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso de proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

Aunque habla de *obligación* de cumplir las sentencias, creo que técnicamente nos hallamos ante un *deber*, constitucional además, porque nace de una norma, la *norma normarum* en este caso. Todo ello sin perjuicio de que la sentencia nazca para el afectado por ella una verdadera y propia obligación en sentido técnico.

Más importancia tiene, sin embargo, subrayar que cuando la Constitución dice que es obligado cumplir las sentencias está queriendo decir que deben ser cumplidas *en sus propios términos*. Y esto no es una mera opinión doctrinal. Lo dice textualmente el artículo 18.2 de la ley orgánica del Poder judicial de 1 de julio de 1985:

“Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos”.

Es decir, que conforme a la Constitución española, las resoluciones judiciales, todas ellas, cualesquiera que sea su naturaleza y cualesquiera que fuere la jurisdicción de que emanen, ha de cumplirse en sus propios términos. Lo que quiere decir que, en principio, no cabe la ejecución por sustitución. La ejecución ha de ser *in natura*, sin que quepa sustituir esta ejecución específica por una indemnización. Y esto es válido también para las sentencias que condenan a la Administración.

Y es que, como ha escrito GONZALEZ PEREZ:

“Que, firme una sentencia e investida de la autoridad de la cosa juzgada, pueda un órgano político o administrativo impedir que se produzcan sus efectos normales pugna con los más elementales principios

de un Estado de derecho. *No es concebible que las decisiones de los tribunales queden a merced a la voluntad de unos políticos*, que los pronunciamientos de los tribunales puedan no llegar a cumplirse porque así lo decida el titular de un órgano no jurisdiccional. Lo que los jueces han sentenciado es el derecho, la justicia, el ordenamiento jurídico aplicado a un caso concreto. Frente al derecho ninguna razón puede oponerse válidamente” (*Comentarios a la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, ed, Cívitas, Madrid, págs. 1227-1228).”

Pese a todo, el problema no pudo darse todavía por definitivamente resuelto, y lo cierto es que ha surgido una extensa polémica acerca de si es posible todavía la ejecución sustitutoria a partir de la entrada en vigor de la Constitución y, sobre todo, después de la publicación de la ley orgánica del Poder judicial de 1985, cuyo artículo 18.2 (después de afirmar el principio o regla de la ejecución *in natura*) permite la expropiación de los derechos declarados por sentencia firme contra la Administración.

Ni que decir tiene que aquí voy a limitarme a hacer una referencia únicamente a aquellos aspectos del debate que pueden tener interés de cara al problema actual que aquí nos reúne: la cooperación internacional en los procesos administrativos.

e) *El llamado “juicio de prevalencia”*.— La tesis que ha encontrado acogida en la jurisprudencia, tanto del Tribunal constitucional como del Tribunal supremo, es la que es conforme a la Constitución el que, en casos excepcionales, pueda sustituirse ejecución *in natura* por una indemnización.

Así, en la sentencia 58/83, de 29 de junio de 1983, el Tribunal constitucional declaró que:

“El artículo 24 de la Constitución y la consagra-

ción constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no alcanzan a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una sentencia pues, supuesto que la norma constitucional se cumple si la sentencia es efectiva y el derecho del ciudadano recibe satisfacción, hay que concluir que tan constitucional es una ejecución en que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo, como una ejecución en que, *por razones atendibles*, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por cualquier otro tipo de prestación⁷⁷.

El caso contemplado en esta sentencia era el de la ejecución por la Administración de una sentencia laboral. Y si se piensa que en este sector del ordenamiento la ley permite al empleador una ejecución por vía de indemnización sustitutoria en caso de que el despido del trabajador se declare improcedente, su doctrina pierde fuerza como doctrina directriz.

En todo caso, importa tomar nota de que el Tribunal advierte de la necesidad de que concurren *razones atendibles* para que pueda admitirse que la sentencia, en vez de ser ejecutada en sus propios términos, se ejecute por medio de una indemnización sustitutoria. Y desde luego el Tribunal constitucional, en sentencias posteriores, ha insistido en esta exigencia (así en las sentencias 155/87, de 12 de noviembre, 167/87, de 21 de octubre y 149/89, de 22 de septiembre), y por tanto, en la necesidad de que, en principio y como regla general, la sentencia se cumpla en sus propios términos.

Pero hay que decir, además, que la jurisprudencia ha puesto de relieve que las normas sobre ejecución de sentencias administrativas han de ser aplicadas conforme a la Constitución, lo que quiere decir que, por exigencias que derivan de los artículos 117.3 (la ejecución es potestad judicial y no administrativa) y del 118 (la ejecución ha de tener lugar en sus propios términos), la

suspensión o inexecución no puede ser acordada unilateralmente por la Administración sino que exigen *un juicio de prevalencia*, en el que el tribunal sentenciador declare ni es contrario al interés general la ejecución en sus propios términos, y sólo si estima que, en efecto, existe tal contradicción, admitirá la sustitución fijando la indemnización que procede pagar (Auto del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1986 y sentencias del Tribunal constitucional de 19 de septiembre de 1989).

Ni que decir tiene que este *juicio de prevalencia* implica reducir las consecuencias de admitir que, en ocasiones, la ejecución pueda *no ser* una ejecución *in natura*.

d) *La expropiación de los derechos reconocidos en una sentencia como medio de asegurar los servicios públicos de interés general.*— La citada ley orgánica del Poder judicial de 1985 ha venido a complicar aún más el debate doctrinal sobre la ejecución de las sentencias administrativas al establecer en su artículo 18.2 o siguiente:

“Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el juez o tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización”.

Se distingue, por tanto, tres supuestos:

- Ejecución de la sentencia en sus propios términos.
- Ejecución por vía de indemnización sustitutoria fijada por el tribunal cuando la ejecución fuere imposible.
- Expropiación de los derechos fijados por la sentencia cuando, aún siendo posible la ejecución, razones de utilidad pública o interés social aconsejen la no ejecución *in natura* y su sustitución por una indemnización, la cual habrá de ser fijada también por el tribunal.

Han corrido ríos de tinta sobre este precepto. Innecesario resulta reproducir aquí ni siquiera un resumen del nuevo debate. Las posiciones que se han sostenido son muy variadas: para unos este precepto ha derogado los correspondientes de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa; para otros se trata de una regulación añadida a aquéllas; y no faltan quienes piensan que tanto los de esta ley como la innovación de este art. 18.2 de la ley orgánica son inconstitucionales.

Teniendo en cuenta, sin embargo, que el principio *fiat iustitia et pereat mundus* no es de recomendable aplicación, y habida cuenta de que el principio de ejecución en sus propios términos está implícito en el artículo 118 de la Constitución y explícito en la embocadura del artículo 18.2 de la repetidamente citada ley orgánica, BELTRAN DE FELIPE (*El poder de sustitución*, cit. págs. 371-390) ha sugerido una interpretación que permite "salvar" (*sic*) el polémico precepto: este artículo 18.2 ha derogado efectivamente los supuestos tradicionales de suspensión e inejecución, pero la excepción que establece se aplica únicamente a aquellos supuestos en que la ejecución de la sentencia en sus propios términos hiciera peligrar la continuidad en la prestación de los servicios públicos.

5. *Una referencia adicional a los sistemas belga e italiano de ejecución de sentencias administrativas. A. Sistema belga.*— En Bélgica la regla es la de la ejecución de las sentencias en sus propios

términos. Pero se admite, con carácter excepcional, la posibilidad de una convalidación por ley de la actuación administrativa considerada ilegal.

Jacques SALMON, que ha estudiado el tema, recuerda que el Consejo de Estado belga había dicho ya en 1964 que la ley de convalidación era:

“excepcional y únicamente aplicable ante razones imperiosas y graves, dependiendo de las circunstancias en que el acto fue tomado, de los efectos nefastos que la ejecución supondría para los intereses generales superiores del Estado o para la continuidad de los servicios públicos, o en fin del perjuicio injusto que se causaría a muchos ciudadanos” (Jacques SALMON, *Conseil d'Etat, Contentieux de l'indemmité et contentieux de l'anulation*, Bruylant, Bruselas, 1987, págs. 329 a 331).

B. *Sistema italiano*.— En Italia existe un llamado *giudizio di ottemperanza* para la ejecución de sentencias (creación admirable de la justicia italiana, que incluso acuñó el nombre con que se le conoce), del que ha dado noticia entre nosotros Carmen CHINCHILLA: “*La ejecución de sentencias en derecho italiano: el giudizio di ottemperanza*”, *Revista española de derecho administrativo*, 59 (1988), 427 y siguientes.

En la ejecución de sentencias civiles está previsto que:

a) En el caso de que la ejecución forzosa de la prestación debida fuese físicamente posible pero resultase demasiado onerosa para el deudor, el juez podrá decretar la satisfacción del acreedor por medio de una indemnización (art. 2.058 del Código civil).

b) En el caso de que la sentencia ordenase la destrucción de una cosa y esa destrucción causare un daño a la economía nacional cabe igualmente la indemnización por sustitución (art. 2.933

Código civil).

Ninguna de estas excepciones está previsto que puedan aplicarse en la ejecución de sentencias administrativas.

Y lo cierto es que el *Consiglio di Stato* dijo en 1952 que:

“Ningún interés público puede prevalecer sobre aquél que, como salvaguarda fundamental del orden constitucional, exige el cumplimiento por el poder públicos de las obligaciones (...) Razones de interés público no pueden impedir la ejecución de las sentencias, al ser la ejecución de interés público por excelencia”.

No creo que pueda formularse de manera más rotunda y radical la regla de la ejecución en sus propios términos de las sentencias administrativas.

Y debe añadirse que esto que afirma el *Consiglio di Stato* no es sino expresión de lo que piensa la doctrina administrativa italiana que, de modo prácticamente uniforme, se muestra de acuerdo en reconocer las insuficiencias de un contencioso-administrativo de base objetiva. Véase por ejemplo, lo que escribe Macello CLARICH:

“... el origen de la falta de tutela judicial del ciudadano está en el desfase entre la estructura del proceso administrativo y la realidad actual de la Administración” (*Giudicato e potere amministrativo*, ed, Cedam, Padova, 1989, pág. 18”.

O esto otro que se afirma por Mario NIGRO:

“la reforma del proceso administrativo surge de la transformación de la Administración (...). Se ha puesto de manifiesto la incapacidad estructural de una justicia administrativa destinada tan sólo a la

eliminación del acto, y por tanto es imprescindible ir hacia un sistema que esté en condiciones de procurar directamente al ciudadano la utilidad concreta a que aspira y a que tiene derecho" ("Conclusión", en la obra colectiva: *La effettività della tutela giurisdizionale tra la pluralità delle giurisdizioni e le discipline della finanza pubblica*, ed. Giuffrè, Milano, 1985, págs. 381-382).

6. *Cuanto antecede sirve para prevenirnos acerca de los riesgos de intentar, sin más, una traslación pura y simple de las soluciones alcanzadas en materia de cooperación judicial internacional por la procesalística civil.*— El derecho administrativo, según ha quedado dicho más arriba, es el derecho del Poder. Es el primer dato a retener. Es cierto que ese derecho es condicionante de la actuación de ese Poder y ha de estar orientado a asegurar la libertad del hombre frente a los demás hombres y también frente al Poder. No es menos cierto que, conforme a las convicciones democráticas, el señor del derecho es el pueblo. Pero esto último no pasa a ser una ficción y no impide que quien hace (y, más frecuencia de la deseada, deshace también) el derecho sea el Poder. Por último, la subversión del derecho, y del sistema democrático en su conjunto, al servicio de una determinada élite o de una determinada ideología política no es una pura hipótesis teórica, sino una realidad perfectamente constatable. Lo que el cáncer partidocrático supuso en las democracias anteriores a las dos guerras mundiales, y la crisis que atraviesa la democracia en no pocos países por causa de ese fenómeno degenerativo que es la partidocracia son hechos conocidos. El efecto corrosivo de lo que se dió en llamar uso alternativo del derecho es otro ejemplo llamativo de cómo el ordenamiento jurídico puede ser puesto al servicio de la política.

Toda la historia del derecho administrativo, lo he dicho también, es la historia del sometimiento del Poder a derecho y

de la eliminación de una serie de reductos (acto político, acto discrecional, potestad reglamentaria) que el Poder pretende mantener inmunes de todo control. El avance en la eliminación de las inmunidades ha sido gigantesco, pero la meta de un Poder público totalmente controlado no ha sido todavía alcanzada. El renacer del acto político, por ejemplo, es un hecho que empieza a aflorar en algunos países. Y hemos visto cómo la potestad de autoejecución, último reducto de la vieja jurisdicción retenida, sigue vigente en Francia mientras en España la doctrina y una cierta jurisprudencia tienen que seguir luchando por eliminarlo pues expresamente esa potestad todavía no ha sido derogada.

Con todo esto quiero decir que no acabo de ver claro que, con los instrumentos procesales al uso, sea posible, *sin tratados internacionales previos*, ejecutar condenas de condena contra la Administración.

Varias veces he dejado aquí constancia de mi enorme respeto por ese *Proyecto de Código procesal civil para Iberoamérica*, que tan útil me ha sido para tener una visión general del problema. Es cierto que en él se habla expresamente de sentencias dictadas en país extranjero en materia contencioso-administrativa. (art. 381.1).

Sin embargo, y como ya he dicho, tengo serias dudas de que la regulación proyectada se haya redactado con plena conciencia de las dificultades que plantea la ejecución en el extranjero de sentencias condenatorias de un poder público de otro país.

Me resulta chocante, por ejemplo, que si en Francia sigue la Administración "reteniendo" la potestad de ejecución de las sentencias administrativas, pueda solicitarse y obtenerse en otro país la ejecución judicial de un arrêt del Consejo de Estado que hubiere condenado a la Administración francesa, *a menos*, claro está, *que el Estado francés haya consentido mediante un tratado internacional* que la cooperación judicial internacional se extienda también a las sentencias de condena.

Por lo demás el que aquí diga que en estos casos es, no sólo conveniente, sino *indispensable un tratado internacional* previo no

puede constituir piedra de escándalo, ya que la regulación por vía de tratado de los problemas de cooperación internacional constituye la regla general, teniendo un carácter supletorio la regulación prevista en las leyes nacionales.

Por lo demás, no estoy seguro es si es "el momento procesal oportuno" para intentar una regulación de gran aliento ni siquiera por vía convencional.

Porque, como aquí he tratado de hacer ver, tanto el proceso de cognición administrativo como el de ejecución se encuentran en crisis en países como Francia, Italia y España, pudiendo afirmarse que se está produciendo una auténtica revolución científica en este campo, en el bien entendido que esa expresión, no es una simple metáfora o un recurso retórico más o menos afortunado. Porque, al igual que la revolución política, la revolución científica tiene un propósito inconoclasta, rompedor de convicciones que se consideran periclitadas.

La revolución que se está viviendo en el contencioso-administrativo francés (inspirador de los sistemas procesales de control de la actuación administrativa en los países de la cultura occidental, al menos de estos), supone, en esencia, la emergencia de dos nuevos "paradigmas", dos nuevas matrices disciplinares:

- en el proceso administrativo *de cognición*, la configuración del mismo como un proceso entre partes y no como un proceso al acto, que era como venía siendo entendido hasta ahora.
- en el proceso administrativo *de ejecución*, la transformación de la potestad administrativa de autoejecución, en el deber constitucional de cumplir las sentencias.

Pero ha de transcurrir todavía algún tiempo, hasta que pueda decirse que se ha producido, en realidad de verdad, la consolidación de los nuevos paradigmas.

Por eso pienso que no sería prudente lanzarse ahora, precisamente ahora, a una regulación con pretensión de universalidad (al modo de la intentado en el tantas veces citado proyecto iberoamericano).

7. *Examen de algunos casos, en que la sustitución judicial de la Administración en la ejecución de las sentencias administrativas de condena puede resultar difícil e incluso imposible. A. Poder de sustitución del juez autor de la sentencia administrativa extranjera de cuya ejecución se trata, y poder de sustitución del juez del Estado cooperante.*—“Sustitución” es vocablo que, en derecho español, se emplea para designar una forma de transferencia de funciones administrativas, de un órgano administrativo a otro (sustitución interorgánica) o de una persona jurídico-pública a otra (sustitución intersubjetiva). No existe en el ordenamiento administrativo español una regulación general de esta figura (que no debe confundirse con la sustitución personal o suplencia, que se produce en caso de ausencia o muerte del titular del órgano). De todas maneras, las diversas manifestaciones de esta forma de transferencia tiene en común la previa previsión legal y la existencia de una situación de desatención o incumplimiento de las funciones administrativas, como razón determinante de la puesta en marcha del mecanismo sustitutivo.

En las páginas precedentes me he referido a dos manifestaciones de potestad de sustitución, ambas en manos del Poder judicial:

- la potestad del juez autor de la sentencia administrativa de sustituir a la Administración condenada que desatiende un deber de cumplir la sentencia; y
- la potestad del juez del Estado cooperante de sustituir al del Estado requirente.

El correcto conocimiento de la esencia de la cooperación judicial internacional aconseja detenerse un momento a fin de tratar de perfilar las posibles afinidades y diferencias entre una y otras de estas figuras de sustitución.

Entre la sustitución administrativa y de la sustitución de la Administración por el juez del pleito principal hay un punto de conexión innegable: en uno y otro caso se da una situación de incumplimiento de un deber, que en el caso de la sustitución judicial es, además, un deber constitucional.

En cambio, entre las dos sustituciones judiciales que he citado hay más diferencias que similitudes:

- por lo pronto, el juez del proceso principal sustituye a la Administración incumplidora, mientras que el juez del Estado cooperante sustituye, no a la Administración sino otro juez: el del Estado de origen del proceso.
- en segundo término, el juez del Estado requirente sustituye a la Administración por él condenada precisamente, y como ya he dicho, porque ha faltado a su deber de cumplir la sentencia; en cambio, el juez del Estado cooperante actúa para subsanar la incapacidad del otro juez de actuar fuera de los límites territoriales de su propio Estado.

Con todo esto, sin embargo, no hemos hecho otra cosa que aproximarnos al núcleo del problema, pero no hemos penetrado en él. Porque seguimos sin saber qué contenido tiene la relación jurídica que se establece entre un juez y otro. ¿De quién es la potestad que se ejerce por el juez de la ejecución? ¿Ejerce una potestad propia o una potestad ajena? Más ¿lo que ejerce es una potestad o un derecho?

Cuando luego estudiemos el convenio de Bruselas sobre ejecución de sanciones administrativas de contenido pecuniario veremos que se trata de un problema teórico cuya solución apareja consecuencias prácticas innegables. Como ya anticipé, al hablar del grupo normativo, dicho convenio emplea la expresión — a primera vista desconcertante — de “transmisión de la ejecución”.

B. *Dé como en el caso de sentencias que condenan a la Administración no puede hablarse de obligaciones personalísimas.* a) *La regla general de la ejecución sustitutoria de las obligaciones personalísimas incumplidas.*— Es sabido que cuando la sentencia condene a hacer alguna cosa, esta obligación deberá ser cumplida *in nature*, a menos que la condena consista en un hacer personalísimo, en cuyo caso la sentencia deberá cumplirse por la vía indirecta de la indemnización sustitutoria.

Esta regla suele estar incorporada al ordenamiento de todos los países de nuestra cultura: art. 924 de la ley española de Enjuiciamiento civil y artículo 1098 del Código civil español; artículo 2930 a 2933 del *Codice civile* italiano, en relación con los artículos 605 y siguientes del *Codice di procedura civile*; artículos 1143 y 1144 del *Code civil* francés, etc.

Importa preguntarse si esto mismo puede darse es el caso de condenas de hacer impuestas a la Administración.

A tal efecto, lo primero que hay que precisar en qué sea eso de una obligación personalísima.

Orientan bastante en la búsqueda de la respuesta adecuada los artículos 1161 y 1595 del Código civil español:

“*Art. 1161:* “... cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubieren tenido en cuenta al establecer la obligación”.

Art. 1595.1: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona en razón a sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona”.

En definitiva, la esencia de la obligación personalísima es la no fungibilidad de la prestación.

b) *La prestación administrativa no es personalísima.*— Un magistrado de lo contencioso-administrativo, que fue Presidente del Tribunal supremo de España, Federico Carlos SAINZ DE ROBLES, ha planteado el problema en estos términos:

“Someto a debate el alcance que pueda tener el carácter personalísimo de una prestación impuesta en la sentencia a la Administración. Adelanto mi parecer: ninguna obligación de éstas puede tener tal carácter. Precisamente por la índole general de los

intereses a los que la Administración ha de atender y por la generalidad siempre sujeta a derecho que representa la objetividad por excelencia de los medios con que actúa para satisfacerlos. Pero quedo abierto a que alguien señale una sola prestación que no pueda ser sustituida por un agente o por un comisionado, y todo ello en relación con el artículo 924 de la ley de Enjuiciamiento civil" ("*Reflexiones sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. V. La ejecución de las sentencias*". *Tapia* 54 (1992) 7 y sigs."

Desde luego yo no encuentro ninguna prestación cuya ejecución *in natura* pueda excusar la Administración invocando su carácter personalísimo.

Esto significa que, mientras en la cooperación judicial internacional para la ejecución de sentencias civiles de condena resultará imposible una ejecución *in natura* de una obligación personalísima, en el caso las sentencias condenatorias de la Administración ese límite no puede perar nunca, y esto por la simple razón de que no parece posible imaginar obligaciones personalísimas a cargo de la Administración.

C. *Sentencias que imponen a una Administración la obligación de dictar una norma.*— Aunque el supuesto no es frecuente, puede ocurrir que la sentencia condene a la Administración a llevar a cabo una actividad normativa: dictar un reglamento, elaborar un plan de ordenación urbana.

No es fácil que en el ámbito de la cooperación judicial internacional de sentencias condenatorias de una Administración pública, pueda plantearse este problema. Pero no está de más traerlo a debate como manifestación de la originalidad del contencioso-administrativo.

En todo caso, la doctrina española parece inclinarse por en-

tender que ni siquiera cabe que en un caso así el juez que dictó la sentencia condenatoria pueda sustituir a la Administración incumplidora (cfr. María Jesús MONTORO CHINER: "*La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo*", *Revista de administración pública*, 110 (1986), 263 y sigs).

D. *Sentencias de contenido en parte reglado y en parte discrecional.*— Se trata de un problema del que se ha ocupado fundamentalmente la doctrina italiana y que ha sido recordado recientemente en España por BELTRAN DE FELIPE, que lo plantea de forma clarísima, poniendo incluso algunos ejemplos:

"Para cumplir una sentencia la Administración puede no tener margen de apreciación (todos los elementos del acto de cumplimiento le vienen dados por la sentencia o por las leyes: se trata entonces de un cumplimiento reglado o automático), o por el contrario pueden darse supuestos en los que disponga de varios modos de llegar al resultado obligatorio. El ordenamiento le indica qué es lo que está obligado a hacer, pero al mismo tiempo le permite una cierta libertad para escoger el cómo. La mejora de la seguridad de una instalación nuclear para adaptarla a los niveles mínimos exigidos, la destrucción de la obra mal o ilegalmente construida, el hacer cesar las molestias que produce una perrera municipal, la mejora o la reforma de las condiciones de los locutorios e instalaciones de un centro penitenciario, la evitación de unos vertidos contaminantes, son posibles condenas a la Administración pública para las que en principio ésta puede disponer de varios medios para llegar al resultado obligatorio. De modo que a la hora de cumplir las sentencias se repite el esquema general de las pote-

stades administrativas (que se dividen básicamente en dos grupos: las que funcionan automáticamente — *realadas* — y las que permiten un margen de apreciación-discrecionales).

(*El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, cit., pág. 291)".

No es del caso entrar ahora en el análisis detallado de este problema, sobre el que la doctrina se halla dividida, y mientras hay autores como Filippo SATTÀ que establecen una gradación de la discrecionalidad en el *conformarsi* a la sentencia (en función de los efectos de la misma, de sus motivos, de los defectos formales del acto impugnado, del *petitum* del acreedor). ("L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pág. 1008), otros como Salvatore GIACCHETTI, niegan que sea posible elegir entre dos modos de cumplir ("Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza", *Il foro amministrativo*, 1988, pág. 2620), opinión que había sostenido ya, en la doctrina francesa, Jacques CHEVALIER que literalmente afirma que "la Administración carece de poder de apreciación en la ejecución de sentencias" ("L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur". *L'actualité juridique: Droit administratif*, 1972, pág. 87).

En cualquier caso, el problema está ahí planteado con referencia a la ejecución de las sentencias administrativas en el propio país en que se dictan. Es cierto que ninguno de los ejemplos que, con referencia al derecho español cita Beltrán de Felipe puede plantear, en principio, problemas de ejecución en el extranjero. Pero, al margen de las opiniones citadas de un Giacchetti o un Chevalier, creo que esa distinción entre un contenido en parte reglado y en parte discrecional responde a la realidad. Y porque lo creo así, entiendo que — al menos como posibilidad teórica — hay que admitir que es un problema que puede darse también en el caso de sentencias que deban eje-

cutarse en el extranjero. Y si en el derecho interno la ejecución de ese tipo de sentencias plantea dificultades esas dificultades con toda probabilidad van a multiplicarse en el caso de que la ejecución de la sentencia hubiere de llevarse a cabo en el extranjero.

8. *Otros problemas que es necesario examinar en relación con la eficacia administrativa de sentencias extranjeras. A. Sentencias extranjeras de contenido civil que deban tener eficacia administrativa extraterritorial.*— La sentencia extranjera carece, en principio, de eficacia extraterritorial. Pero, sin necesidad de *exequátur*, puede alcanzar en determinados casos eficacia por el mero reconocimiento.

Tal ocurre con las sentencias en materia de estado civil: incapacidad, ausencia y demás relativas al estado civil.

Los registros públicos son registros administrativos. Los hay de muy diversa índole: de personas (como el Registro civil), de animales (como el Registro de reses de lidia), de cosas (como el Registro de la propiedad inmueble), de actividades (como el Registro de actividades profesionales), etc.

La organización y funcionamiento de estos registros es materia propia de derecho administrativo. Por tanto, también el ingreso y la explosión de los mismos. De aquí, que el tema que me ha sido asignado no pueda dejar de tomar en consideración el acceso de sentencias como las indicadas, cuyo contenido es, en principio, de puro y estricto derecho civil pero que pueden constituir título apto para producir una inscripción en un registro público.

Para ello, y como he dicho, bastará con el reconocimiento de la sentencia, aunque no hay que desechar la posibilidad de que se exija el *exequátur*. Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 83 del Reglamento del Registro civil:

“No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere *exequátur* deberá ser previamente obtenido”.

Ello no obsta para que, en tanto, se obtiene el *exequátur* pueda pedirse por el interesado o, en su caso, por el Ministerio fiscal, la anotación de la sentencia o resolución extranjera de que se trate.

B. *Eficacia en un proceso administrativa de sentencias extranjeras*.— La doctrina procesal civil formula dos reglas que son perfectamente aplicables al proceso administrativo.

a) *Prohibición del llamado “reconocimiento incidental”*.— Como quiera que, en principio, el reconocimiento de una sentencia ha de pedirse ante el Tribunal supremo, parece lógico que, para evitar que se pueda burlar esa exigencia, sea necesario obtener el previo reconocimiento de aquellas sentencias extranjeras que se intenten hacer valer en un proceso.

- para que produzcan la eficacia obstativa que es inherente a la excepción de cosa juzgada.
- para que produzcan la eficacia positiva de vincular al juez del proceso con una decisión prejudicial que, de alguna manera, ha de condicionar la decisión que se dicte.

Es decir que, en principio, y con la excepción que ahora se dirá está prohibida la que se ha dado en llamar “homologación incidental”.

b) *Eficacia de las sentencias del Tribunal de justicia de la Comunidad europea que resuelven una cuestión prejudicial*.— A fin de asegurar la coherencia que es propia de todo ordenamiento jurídico,

el de la Comunidad europea prevé la posibilidad de que los tribunales de los Estados miembros puedan plantear al tribunal de Luxemburgo cuestiones prejudiciales (art. 177):

- sobre la interpretación del tratado de Roma.
- sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco central europeo.
- sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichas estatutos así lo prevean.

La sentencia que dicte el Tribunal de la Comunidad europea resolviendo la cuestión planteada no necesita la homologación previa. Estaríamos, por tanto, ante una excepción a la regla citada en el apartado anterior.

c) *Eficacia probatoria de sentencia extranjeras.*— Como otra excepción a la regla prohibitiva de las “homologaciones incidentales” parece que hay que ver también la eficacia probatoria de las sentencias extranjeras.

- cuando se aportan como documento público por reunir los requisitos que para ostentar tal condición se exigen a los “documentos otorgados en otras naciones” (artículos 600 y 601 de la ley española de Enjuiciamiento civil). En tales casos, parece que hay que admitir que la sentencia extranjera hará prueba plena, sin necesidad de homologación ni de *exequátur*, de su propia existencia, del fallo que contiene y de su autenticidad, pudiendo servir incluso como principio de prueba por escrito en aquellos caso en que se exige (por ejemplo, para obtener un embargo preventivo: sentencia del Tribunal supremo de España, de 7 de marzo de 1973, Repertorio Aranzadi, n° 902).
- cuando se aportan como hecho jurídico producido, a valorar conjuntamente con los restantes hechos cuya prueba se intenta.

9. *Referencia especial a la cooperación judicial en la ejecución de sanciones administrativas en el ámbito de la Comunidad europea.*— Voy a analizar ahora con algún detalle el Convenio que regula la ejecución de sanciones administrativas en la Unión europea que, como quedó dicho más arriba, es el hecho de Bruselas el 13 de noviembre de 1991 y que aunque por su denominación parece ocuparse únicamente de las condenas penales, tiene un contenido mucho más amplio, ya que regula simultáneamente la ejecución de las sanciones administrativas pecuniaria. Obviamente, es la ejecución de éstas lo que aquí debo estudiar. Precluiré, pues, de cualquier referencia a las condenas penales, aunque, como digo, casi todos, los preceptos son indistintamente aplicables en una y otro tipo de condena.

Para facilitar el conocimiento del citado convenio sistematizo la exposición conforme a un esquema de corte tradicional: sujetos, objeto y procedimiento (que es de naturaleza compleja, pues está integrado por otros dos: el de "transmisión de la ejecución" y el de ejecución propiamente dicho).

A. *Sujetos.* a) *Poderes públicos actuantes.*— Son los que el convenio denomina Estado de la condena y Estado de la ejecución (art. 1, letra c) y d).

b) *Sujeto pasivo.*— Lo es el sancionado administrativamente que, a su vez, puede ser (art. 4):

- una *persona física* que resida habitualmente en el territorio del Estado de ejecución o que dispone de bienes realizables o de rentas de dicho Estado.
- una *persona jurídica* cuyo domicilio social se encuentra en el territorio del Estado de ejecución o que dispone de bienes realizables o de medios financieros en dicho Estado.

B) *Objeto*.— Lo constituye la ejecución de sanciones administrativas impuestas a particulares. Como ya quedó dicho más arriba de la estructura y dicción del convenio se deduce que la ejecución de una eventual sanción administrativa impuesta a un Estado no está contemplada en aquél.

C. *Naturaleza del procedimiento*.— Como ya he anticipado, el procedimiento está configurado de forma y manera que bien puede decirse que estamos ante un procedimiento de procedimientos: un primer procedimiento por el que se transmite el derecho de ejecutar y otro por el que se lleva a cabo esa ejecución.

Examino a continuación uno y otro procedimiento.

D. *Procedimiento para la "transmisión de la ejecución"*.— La terminología que emplea el convenio — "transmisión de la ejecución" — es, a primera vista, desconcertante. Pero su sentido se aclara cuando se lee el artículo 17 que precisa las "consecuencias de la transmisión para el Estado de condena".

Nótese que el tratado aborda aquí un problema fundamental, al que me referí más arriba con carácter general: el de la naturaleza del mecanismo sustitutorio que es inherente a toda cooperación judicial en la ejecución de sentencias extranjeras.

a) *Petición*.— La petición de ejecución se formaliza normalmente por el ministerio de Justicia del Estado de la condena.

Pero cabe que la petición se formule directamente por la autoridad judicial del Estado requirente a la correspondiente del Estado requerido, incluso empleando el sistema de telecopia, en casos de urgencia (art. 6).

La petición deberá ir acompañada de la documentación que previene el artículo 7.

b) Aceptación. a) Requisitos.— Para que el Estado de ejecución pueda aceptar hacerse cargo de la ejecución es necesario (art. 5)

- que la sentencia sea definitiva y ejecutiva.
- que los hechos sancionados tengan también la consideración de conductas administrativamente reprochables en el Estado de la ejecución.
- que se respete la regla del *ne bis in idem*.

b) Efectos.— La aceptación por el Estado de la ejecución produce un correlativo desapoderamiento en el Estado de la condena, el cual ya no podrá llevar a cabo la ejecución de la decisión administrativa sancionadora en tanto que, por inexecución total o parcial de la misma por parte del Estado de la ejecución, no recupere él la facultad de que fue desapoderado. Véase lo que dice, al respecto, el artículo 17 del convenio:

“Consecuencias de la transmisión para el Estado de condena.

1. *Una vez que el Estado de condena haya acordado con el Estado de ejecución la transmisión de la ejecución, el estado de condena ya no podrá ejecutar la condena. No obstante, en caso de fuga del condenado, y salvo que exista acuerdo distinto entre dicho Estado y el Estado de ejecución, el derecho de edecución revertirá al Estado de condena.*

2. *En caso de transmisión de la ejecución de una condena a pena o sanción pecuniaria, en cuanto el Estado de ejecución informe al Estado de condena de la pena o sanción pecuniaria y de la ausencia de aplicación de una sanción sustitutiva tal como se define en el artículo 12, el derecho de ejecución revertirá, al Estado de condena, incluso a efectos de la posible conversión de la pena o sanción pecuniaria en una*

sanción de privación de libertad”.

No cabe duda, pues, que lo que revierte es el derecho de ejecución y no simplemente la facultad de ejecutarlo. Esto significa que el sintagma “transmisión de la ejecución”, que reiteradamente emplea el convenio, quiere significar y significa transmisión *de derecho* y no meramente de su ejercicio.

Debo aclarar que el problema que aquí resuelve el convenio es análogo al que se plantea en el caso de la delegación de competencias administrativas: el de si el delegante puede ejercitar las funciones cuyo ejercicio ha delegado sin necesidad de tener que revocar previamente la delegación, problema cuya correcta solución es la de que no cabe que el delegante, no obstante conservar la titularidad, pueda ejercer la delegación mientras ésta no hay sido revocada.

Pero conviene tratar por separado lo que son cuestiones distintas: 1ª ¿hay transferencia de titularidad o simplemente de su ejercicio? 2ª caso de que haya transferencia del ejercicio únicamente, ¿cabe que transmitente y adquirente puedan simultáneas la competencia cuyo ejercicio se ha transmitido por el titular?

Pues bien, al enfrentarse con el problema de la cooperación judicial en la ejecución de sanciones administrativas, los autores del convenio que estoy analizando han optado por entender que el mecanismo sustitutorio implica transferencia de la titularidad y no simplemente del ejercicio. Y por eso, al cesar la transferencia lo que revierte al Estado de condena es el derecho de ejecución.

Y, siendo esto así, el otro problema – el de la posibilidad de un ejercicio simultáneo – no podía resolverse más que como lo han hecho los autores del convenio: no cabe tal ejercicio simultáneo (una vez acordada “la transmisión de la ejecución, el Estado de condena ya no podrá ejecutar la condena”), y esto a causa de que lo que se ha producido es una transferencia de titularidad.

A mi modo de ver hubiera sido más simple prever sólo una transferencia del ejercicio añadiendo la prohibición de que el tramitante pueda simultanear ese ejercicio con el adquirente. Pero esto es quizá opinable.

En todo caso, lo importante es que los autores del convenio han abordado y resuelto un problema que, hasta donde conozco, no se aborda por la legislación procesal, marcando una orientación de la que conviene tomar nota.

E. *Procedimiento de ejecución.* a) *Legislación reguladora.*— A partir de la “transmisión”, la ejecución de la condena se regirá por la legislación del Estado de ejecución y dicho Estado tendrá competencia exclusiva para decidir las modalidades de ejecución y para establecer todas las medidas relacionadas con la misma (art. 11.1).

b) *Medidas cautelares.*— El Estado de ejecución podrá aplicar las medidas cautelares que su legislación permita cuando haya razones que lo hagan conveniente o necesario (arg. artículo 10).

c) *Conversión de la cuantía de la sanción pecuniaria a la moneda del país de ejecución.*— Las autoridades competentes del Estado de ejecución deberán convertir el importe de la sanción pecuniaria a unidades monetarias de dicho Estado, en su caso mediante decisión judicial o administrativa, aplicando el tipo de cambio vigente en el momento de tomarse la decisión, sin que supere el importe máximo previsto para esos mismos hechos por las leyes de dicho Estado (art. 9.1).

Inútil es resaltar la importancia de esta norma, indicativa de lo cuidadoso de la regulación. No sólo porque soluciona un problema que es necesario resolver en tanto no exista una moneda común europea, sino porque, además, y con muy buen criterio,

ha previsto una situación que se dará con frecuencia: que no haya tope máximo para la cuantía de la sanción en un Estado y lo haya, en cambio, en el otro. Cuando tal ocurra se estará a lo dispuesto en la legislación del Estado de ejecución, lo que parece lógico, dado que la legislación por la que se rige la ejecución es la de ese Estado.

d) *El problema de la prisión sustitutiva de la sanción pecuniaria.*— Otro aspecto en el que las legislaciones administrativas pueden diferir es el de la admisión o no de la privación de libertad como sanción administrativa. En este punto la Constitución española es tajante:

“La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. (art. 25.3).

A los autores del convenio que vengo comentando no se les ha escapado esta posible diferencia normativa entre el Estado de condena y el de ejecución en este punto y han incorporado al mismo la siguiente disposición:

“En caso de que resultare total o parcialmente imposible la ejecución de la (...) sanción pecuniaria, el Estado de ejecución podrá aplicar una sanción sustitutiva de privación de libertad *si así lo prevé la legislación de ambos Estados*, a no ser que el Estado de condena lo haya excluido explícitamente” (art. 12).

e) *Atribución al Estado de la ejecución de las cantidades cobradas.*— Es, asimismo, de enorme interés la solución que da el convenio al problema del destino que haya de darse a las cantidades cobradas:

“De no mediar acuerdo distinto, ente el Estado de ejecución y el Estado de condena, las cantidades recaudadas como resultado de la ejecución de (...) sanciones pecuniarias corresponderán al Estado de ejecución”.

Esto significa que de acuerdo con la concepción que inspira el convenio, la sanción tiene una finalidad ejemplarizante, disuasoria también. Pero, en ningún caso, tiene la consideración de un medio de allegar recursos para el erario público.

10. *Medidas cautelares. A. Un ejemplo que prueba las peculiaridades que presenta la cooperación internacional en este campo: suspensión por el Tribunal de justicia de la Comunidad europea de una ley de un Estado miembro que “prima facie”, parece contradecir el derecho comunitario.*— Me he venido ocupando hasta ahora de la ejecución extraterritorial de las sentencias administrativas de condena. Debo decir ahora algo sobre la ejecución de medidas cautelares acordadas por un tribunal extranjero.

Empezaré por la suspensión de la vigencia de una ley acordada por un tribunal supraestatal: el Tribunal de justicia de la Comunidad europea, cuya sede se halla en Luxemburgo, como es sabido.

Se trata de un supuesto muy peculiar, porque pone de relieve los problemas insospechados que se están planteando al derecho procesal a causa del rumbo que están tomando las relaciones internacionales como consecuencia de la emergencia de ese derecho de “grandes espacios sin fronteras interiores” con el que se trata de dar respuesta a la crisis de la organización política estatal.

Se trataba de una ley de la República federal alemana que imponía una tasa de peaje a los vehículos de otros Estados miembros de la Comunidad europea que circularon por la autopistas alemanas. La ley se impugnó ante el Tribunal de Luxem-

burgo cuando aún no se había agotado el plazo de entrada en vigor, y se solicitó la suspensión de esa entrada en vigor como medida cautelar.

El Tribunal acuerda la medida solicitada por apreciar *prima facie* y sin prejuzgar el fondo del asunto que podría haber discriminación.

El auto que dictó el Tribunal, es de 28 de junio de 1990, asunto Comisión contra Alemania, y dice así:

“En estas condiciones y habida cuenta de las particularidades del litigio, especialmente de la inminente entrada en vigor de la ley en cuestión, aparece necesario, *en interés de la buena administración de la justicia*, que sea mantenido el *status quo* para los transportistas de otros Estados miembros, esperando una decisión ulterior sobre otras medida cautelares, hay lugar, en consecuencia, de ordenar, a título conservatorio a la Republica federal de Alemania que suspenda, en lo que se refiere a los vehículos matriculados en otros Estado miembros, la percepción de la exacción de peaje prevista por la ley de 30 de abril de 1990, hasta que se dicte el pronunciamiento último sobre el presente procedimiento de medidas cuatelares”.

B. *Ejecución de condenas pecuniarias (en su caso, también embargo preventivo de fondos públicos para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria).*— Un supuesto que sirve para confirmar la dificultades que ofrece elaborar una regulación de la cooperación internacional que hace referencia a decisiones de contenido jurídico administrativo es el de la ejecución de las sentencias que condenan a una Administración pública al pago de deudas pecuniarias.

El supuesto es del máximo interés, como se va a ver de

inmediato, no sólo porque choca con otro dogma tradicional, el de la absoluta inembargabilidad del dinero público, sino porque, nos va a obligar a analizar hasta qué punto los preceptos sobre "cooperación judicial internacional cautelar" que incorpora el *Proyecto del Código procesal civil modelo para Iberoamérica* (artículos 378 a 384) son utilizables para un eventual proyecto referido al ámbito del derecho administrativo.

a) *El dogma de la inembargabilidad de los dineros públicos.*— Aparecía formulado ya en el famoso *Tratado* de LAFERRIÈRE en estos términos:

"Los bienes del Estado son inembargables, y ninguna autoridad puede ordenar el pago de cantidades que el presupuesto pone a disposición del ministro, ni tampoco incluir créditos en el presupuesto. Si se cumple una sentencia, su ejecución no podrá llevarse a cabo contra el ministro ni contra el Estado por ningún medio de coerción judicial o administrativa".

(Édouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Berger Leouveau, París, 2 vols. 1887, reeditado en LGDJ, París, 1989, vol. I. pág. 302).

Pues bien, en Italia, al menos desde 1981, este dogma ha dejado de tener vigencia.

Como es sabido, es conforme al derecho de este país, los bienes de los entes públicos se clasifican en tres categorías: demaniales, patrimonio indisponible y patrimonio disponible (art. 822-830 del Código civil). Mientras los bienes pertenecientes a las dos primeras categorías son inalienables e inembargables, los bienes del patrimonio disponible están, por definición, libres de vínculo alguno y, por tanto, sujetos, a todos los efectos, al Derecho común.

Según esto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.470 del Código civil italiano, la Administración, como cualquier deudor, responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Así pues, salvo que estén afectados a un servicio público concreto, los bienes del patrimonio disponible son embargables.

Sin embargo, la ejecución forzosa contra este tipo de bienes (fundos rústicos, inmuebles urbanos, industrias no destinadas un servicio público, acciones de empresas privadas, dinero y créditos) tropezaba, con importantes limitaciones en lo que hace al dinero y a los créditos.

Hasta que en 1981, el Tribunal constitucional, conociendo de dos cuestiones de inconstitucionalidad, tuvo ocasión de declarar (S. 138, de 21 de julio) que ante las sentencias de condena al pago de una suma de dinero la Administración no tiene una posición diversa de la de cualquier otro deudor.

Y declaró, asimismo, que *“por la propia naturaleza fungible e instrumental del dinero, difícilmente puede considerarse susceptible de quedar sujeto a vínculos de destino”*.

En consecuencia, resolvió que el dinero y los créditos (salvo que esto últimos tengan un origen jurídico-público) son embargables, sin que pueda decirse de ellos que tienen, por el hecho de figurar en los presupuesto, un destino concreto que los convierte en bienes del patrimonio indisponible.

También en España y aunque todavía sea en el plano doctrinal, este dogma está ya hoy cuestionado. Ha sido GARCIA DE ENTERRIA el que rompió el fuego en un trabajo “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración” *Revista española de derecho administrativo*, 52 (1986), 486-508 y luego en su libro *Hacia una nueva justicia administrativa*, ed. Cívitas, Madrid, 2ª ed. 1992, pags. 105-148.

En esencia, lo que esta autor dice es que no hay obstáculo teórico que impida la ejecución de deudas pecuniarias mediante el embargo de fondos públicos, y ello porque el dinero es un

bien fungible. En consecuencia, ante una condena pecuniaria no cabe invocar el argumento de la falta de cobertura financiera en que quedarían ciertos fines públicos, pues siempre es posible suplir la eventual falta de liquidez que se originaría por el cumplimiento de la condena, recurriendo a técnicas presupuestarias (anticipos de tesorería, créditos extraordinarios) o de otro tipo (emisión de deuda pública, por ejemplo).

La idea empieza a calar en la doctrina y somos bastantes los que nos adherimos hoy a ella, sin perjuicio de que, quizá, haya que introducir algunas modulaciones más o menos importantes.

Prever que, en plazo más o menos corto, esta propuesta doctrinal acabará encontrando acogida en el derecho positivo no es algo quimérico, sino, por el contrario, perfectamente factible.

La pregunta que queda en el aire podría entonces ser ésta: ¿qué postura habría que adoptar el juez al que se pide el embargo de una cuenta bancaria de un Estado extranjero para ejecutar una sentencia extranjera que condena a ese Estado al pago de una deuda pecuniaria?

Piénsese no sólo en el nuevo clima doctrinal al que acabo de referirme, sino también en el hecho de que aunque en el Estado ante cuyos tribunales se pide la ejecución existiera una legislación que prohibiera el embargo de fondos públicos, esa legislación contemplará sólo los fondos públicos del Estado que dicta esa legislación.

b) Embargo de fondos públicos como medida cautelar.— Hasta ahora me vengo refiriendo al embargo de fondos públicos para ejecutar sentencias de condena. Pero ¿qué pasa si se solicita ese embargo como medida cautelar?

Veamos este problema a la luz del tan citado Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica.

Este artículo 378 dice esto:

“378.1. Los tribunales nacionales darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los

tribunales extranjeros (...), exceptuándose aquellas medidas que estén prohibidas por la legislación nacional o contraríen el orden público internacional del Estado.

378.2. La procedencia de la medida cautelar rogada se regulará de acuerdo a las leyes y por los tribunales del lugar del proceso extranjero. La ejecución de la medida así como la contracautela, serán resueltas por los tribunales del Estado conforme a su legislación."

En el hipotético caso de que un tribunal extranjero decretara el embargo cautelar de una cuenta corriente de un Gobierno (el propio u otro distinto) existente en un tercer Estado, ¿podría negarse a ejecutarla un tribunal de este tercer Estado en el que no existiera norma jurídica alguna que expresamente prohíba embargar fondos públicos de otro Estado? ¿Podrían (o tendría) que aplicar la cláusula del "orden público internacional del Estado" (art. 378.1) para oponerse a tal medida?

11. *Realización de actos de mero trámite y recepción de pruebas e informes en procesos administrativos.*— Ningún problema plantea la aplicación a los procesos contencioso-administrativos de las normas que, en relación con este tipo de resoluciones judiciales, se contienen en el artículo 300 de la ley española de Enjuiciamiento civil:

"Las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero se cursarán en la forma que establezcan los tratados internacionales. A falta de éstos, los despachos se cursará por vía diplomática, a través del ministerio de Asuntos exteriores.

En el caso de que la diligencia vaya dirigida a un demandado español, residente en el extranjero, podrá

ser ejecutada por el jefe de la Oficina consular española o, en su caso, el jefe de la Misión diplomática de la demarcación donde deba practicarse, siempre que a ello no se opongan las leyes del país de residencia.

Si el demandado fuera extranjero, las copias de la demanda y de los documentos irán redactados en castellano.

Estas mismas reglas se observarán para dar cumplimiento en España a los exhortos de tribunales extranjeros por los que se requiera la práctica de alguna diligencia judicial.

Cualquier duda se resolverá según el principio de reciprocidad".

Prevalencia, pues, de la normativa convencional internacional, supletoriedad de la ley nacional, y resolución de dudas conforme al principio de reciprocidad.

No es una regulación exhaustiva pero puede tenerse por suficiente.

Su aplicación al proceso administrativo viene determinada por el artículo de la ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa que declara que la ley procesal civil es de aplicación supletoria en ese ámbito.

Para una posible futura regulación de la materia, la que se contiene en el capítulo II del título IX del *Proyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica* (artículo 374 a 377), merece ser tomado en consideración.



IV

FINAL: EL PENSAR DIALECTICO COMO OBLIGACIÓN DE SEGUIR PENSANDO

He de poner ahora punto final a estas reflexiones sobre la cooperación judicial internacional necesaria para la efectividad de decisiones judiciales de contenido administrativo.

Esa peculiar faena intelectual que es el pensar dialéctico no es en definitiva otra cosa que un sistema lineal, como lo es la historia, y como lo es también el proceso. Porque el pensar dialéctico es también una serie encadenada de sucesos en la que, siempre y de alguna manera, el antecedente causa o condiciona el pensar siguiente (aunque sólo sea, a veces porque éste surja como un rechazo de aquel que le precedió). Y por eso se ha podido decir – y así lo creo yo – que el pensar dialéctico es la obligación de seguir pensando.

Lo que aquí he venido a decir es, en lo sustancial, que las convicciones de nuestro tiempo – y, en lo que aquí importa la admisión generalizada de que el derecho a una tutela judicial eficaz forma parte de la esencia de un Estado social y democrático de derecho – han provocado una crisis que parece irreversible del viejo paradigma que impedía al juez ejecutar las sentencias que imponen a la Administración un comportamiento material, positivo o negativo. Ese paradigma ha tenido que ceder frente al nuevo que emerge en todas las democracias constitucionales del derecho a una tutela judicial eficaz.

Pero si esto es así en el derecho interno, la soberanía del Estado sigue constituyendo un valladar infranqueable cuando las sentencias condenatorias de una Administración pública hallan

de ejecutarse en otro Estado diferente. De forma y manera que sólo mediante acuerdos internacionales previos podrá llegar a prestarse la necesaria cooperación internacional en ese tipo de sentencias.

El caso que he citado de la resolución del Tribunal de justicia de la Unión europea ordenando la suspensión de la entrada en vigor de una ley dictada por un Estado miembro creo que sirve para probar que la cooperación judicial internacional en el campo del derecho administrativo y constitucional ofrece peculiaridades que impiden trasladar, sin más, las soluciones legislativas que vienen funcionando en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Pero pudiera ocurrir que yo esté planteando un falso problema. Es posible que yo haya evocado ante ustedes la sombra vana de un fantasma. Se ha dicho alguna vez que los verdaderos problemas se resuelven y los falsos problemas se disuelven. El tiempo dirá si el problema que aquí acabo de plantear deberá resolverse o simplemente se disolverá.

Y es a esta tarea a la que les convoco, porque tanto ustedes como yo hemos venido aquí a decir unos decires sobre cosas que nos han inquietado durante este último año en relación con los diversos temas que integran el programa confeccionado en su día para este Congreso. En definitiva, pues, les invito a cumplir su destino peculiar de intelectuales, uniendo su esfuerzo al mío para seguir pensando juntos, que eso es, y no otra cosa, como he dicho, el pensar dialéctico.

Y pues comencé con una cita de ORTEGA, me place terminar con otra suya que viene al caso. Porque, en último término lo que no estoy solicitando de ustedes es que formulen objeciones frente a la que yo he formulado. Y es que — y termino ya con esas anunciadas palabras del pensador español —

“para un intelectual de vocación — no pretendo ser otra cosa, y lo soy con frenesí — las objeciones certeras son la cosa más agradable del mundo, pues

como intelectual no he venido a esta tierra más que a hacer y recibir objeciones. Así pues, las acojo encantado, y no sólo las acojo, sino que las estimo, y no sólo las estimo, sino que las solicito. Siempre se extraen de ellas excelentes ganancias. Si conseguimos rebatirlas nos proporciona el placer del triunfo y podemos hacer el gesto del buen sagitario que ha puesto la flecha en el flanco de la pieza; y si, por el contrario, la objeción nos vence y hasta nos convence, ¿qué mayor ventura? Es la voluptuosidad del convaleciente, el despertar de una pesadilla, hemos nacido a una nueva verdad y la pupila, irradia entonces, reflejando esta luz recién nacida. Por tanto, acepto la objeción: limpieza, claridad, exactitud son también las divinidades a quien yo dedico un culto tembloroso”.

UNIVERSITÀ DI CATANIA

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

1. A. CONIGLIO, *Osservazioni al progetto preliminare del codice di procedura civile* (esaurito).
2. C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum Libri Tres* (1938), (esaurito).
3. G. GRASSETTI, R. NICOLÒ, M. PETRONCELLI, *Osservazioni e proposte sul progetto del secondo libro del codice civile* (1938), p. 137.
4. M. SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1939), p. 220.
5. M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento* (1939), (esaurito).
6. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I. (1940), (esaurito).
7. A. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il sostituto di debito*, II. (1941), p. XII,336.
8. M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta* (1943), (esaurito).
9. C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti*. I. *Il fondamento dell'obbligazione da indebito* (1943), p. 98.
10. C. CARISTIA, *Pietro Giannone "giureconsulto" e "politico". Contributo alla storia del giurisdizionalismo italiano* (1947), p. 148.
11. C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I. (1948), p. XII,274.
12. C. SANFILIPPO, *Bibliografia romanistica italiana [1939-1949]* (1949), p. 102.
13. G. CATALANO, *Le ultime vicende della Legazia apostolica in Sicilia. Dalla contro-versia liparitana alla legge delle guarantee [1711-1871]* (1950), p. X,234.
14. C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, II. (1950), p. 200.
15. S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, I. (1952), p. IX,264.
16. S. DI PAOLA, *Confessio in iura*, I. (1952), p. IV,106.
17. C. COSENTINI, *Condictio impossibilis*, (1952), p. VIII,208.
18. G. OLIVERO, *«Dissimulatio» e «tolerantia» nell'ordinamento canonico* (1953), p. 208.
19. C. CARISTIA, *Scritti giuridici, storici e politici*. I. *Scritti giuridici* (1953), p. VIII,496.
20. F. LA ROSA, *I pecuni speciali in diritto romano* (1953), p. 248.
21. A. PAVONE, *Il registro delle imprese* (1954), p. XII,664.
22. S. DI PAOLA, *Saggi in materia di "hereditas petutio"* (1954), p. VIII,124.
23. C. CARISTIA, *Scritti giuridici, storici e politici*. II. *Scritti storici e politici* (1955), p. VIII,536.
24. S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa* (1956), p. IV,416.

25. C. COSENTINI, *Miscellanea romanistica* (1956), p. IX,265.
26. E. GRASSO, *L'espropriazione della quota* (1957), p. XXIV,368.
27. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* (1957), p. VIII,360.
28. F. LEONARDI, *Introduzione allo studio del comportamento sociale* (1958), (esaurito).
29. F. DURANTE, *Ricorsi individuali ad organi internazionali* (1958), p. VIII,176.
30. F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (1958), p. VIII,328.
31. C. SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali* (1958), p. VII,224.
32. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti* (1959), p. IV,248.
33. S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)* (1959), p. IV,244.
34. R. PROVINCIALI, *Norme di diritto processuale nella costituzione* (1959), p. VIII,204.
35. F. LA ROSA, *Studi sull'«actio iudicati»* (1960), p. IV,216.
36. M. CONDORELLI, *I fondamenti giuridici della tolleranza religiosa nell'elaborazione canonistica dei secoli XII-XIV. Contributo storico-dogmatico* (1960), p. IV,172.
37. S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici* (1962), p. IV,203.
38. G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»* (1960), p. XVI-496.
39. E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva* (1961), p. VIII 480.
40. C. LAZZARA, *Il contratto di locazione* (1961), p. VIII 260.
41. P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico* (1962), p. IV-244.
42. I. ANDOLINA, *Profili dogmatici della esecuzione forzata espropriativa, I.* (1962), p. IV,428.
43. V. PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale* (1962), p. VIII,232.
44. F. DURANTE, *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite* (1964), p. XLIV,448.
45. V. FROSINI, *La struttura del diritto*, sesta ed. (1977), p. XII,280.
46. F. LA ROSA, *L'«actio iudicati» nel diritto romano classico* (1963), p. IV,228
47. C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento* (1963), p. VI,330.
48. F. FINOCCHIARO, *La «laicità» dello Stato in Francia* (1963), p. VIII,146.
49. V. FROSINI, *La ragione dello Stato* (1963), p. VIII,184.
50. E. GRASSO, *La pronuncia di ufficio. I. La pronuncia di merito* (1967), p. VIII,348.
51. M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati* (1964), p. VIII,192.
52. N. SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni* (1965), p. IV,264.

53. *Studi in onore di Gaetano Zingali* (1965), 3 Voll.:
Vol. I. *Economia finanza e statistica*, p. XVI,672;
Vol. II. *Diritto pubblico*, p. IV,656;
Vol. III. *Diritto privato e storia del diritto*, p. IV,664.
54. G. NICOSIA, *Studi sulla «adiectio»*, I. (1965), p. 184.
55. P. BARCELONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* (1969), p. IV,300.
56. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale* (1971), p. IV,236.
57. A. VITALE, *La dichiarazione del fallimento* (1967), p. VIII,248.
58. N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prolegato romano* (1968), p. XII,256.
59. N. SALANITRO, *Gli acquisti del coniuge del fallito* (1969), p. XII,292.
60. S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* (1968), p. IV,352.
61. O. CONDORELLI, *Scritti sul diritto e sullo Stato* (1970), p. XXXVI,576.
62. I. ANDOLINA, *Introduzione alla teoria del titolo esecutivo. Fondamento e limiti del principio "non est inchoandum ab executione"* (1968), p. IV,176.
63. P. PETTINO, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato* (1968), p. 308.
64. C. LAZZARA, *I rapporti agrari consuetudinari in Sicilia nell'attuale momento legislativo* (1969), p. IV,200.
65. G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo* (1969), p. VIII,272.
66. A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti* (1969), p. VIII,456.
67. *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*. Tavola rotonda presso l'Istituto di Diritto Privato (1970), p. IV,252.
68. V. FROSINI, *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, ristampa inalterata (1975), p. VIII,284.
69. A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, ristampa inalterata (1974), p. XII,370.
70. N. SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto* (1974), p. XII,164.
71. L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento* (1974), p. IV,168.
72. S.E. BATTIATO, *La tassazione dei trasferimenti della ricchezza a titolo gratuito* (1974), p. IV,416.
73. G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico* (1974), p. IV,252.
74. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.* (1974), p. XII,292.
75. *Studi in memoria di Orazio Condorelli* (1974), 3 Voll.:
Vol. I. p. VIII,464.
Vol. II. p. IV,465-926.
Vol. III. p. IV,927-1408.

76. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella Società per azioni* (1975), p. IV,220.
77. A. VITALE, *I debiti della massa nel fallimento* (1975), p. 204.
78. G. ZICCONI, *Le cause «sopravvenute» di non punibilità* (1975), p. 148.
79. E. SCIACCA, *Le radici teoriche dell'assolutismo nel pensiero politico francese del primo cinquecento (1498-1519)* (1975), p. VIII,184.
80. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione* (1976), p. IV,284.
81. V. GUELLI, *Scritti vari* (1976), 2 Voll.:
Tomo I. p. VIII,752.
Tomo II. p. IV,753-1376.
82. S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa* (1977), p. 292.
83. T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità* (1978), p. IV,228.
84. F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto* (1979), p. VIII,164.
85. V. CATALDO, *L'imitazione servile* (1979), p. IV,228.
86. A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali* (1979), p. IV,620.
87. G. BIVONA, *I contratti d'integrazione verticale in agricoltura* (1979), p. IV,138.
88. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* (1980), p. IV,248.
89. L. ARCIDIACONO, *Profili di riforma dell'amministrazione statale* (1980), p. IV,288.
90. G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione* (1980), p. IV,132.
91. M. PARADISO, *Il danno alla persona* (1981), p. IV,320.
92. A. D'ATENA, *Le Regioni e la Comunità Economica Europea* (1981), p. IV,136.
93. E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale* (1982), p. VIII,288.
94. F. D'AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione (Pagine di Filosofia giuridica e politica)* (1982), p. XII,324.
95. I. ANDOLINA, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo* (1982), p. IV,140.
96. *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1982) 7 Voll.:
Vol. I. p. XII,768.
Vol. II. p. IV,780.
Vol. III. p. IV,784.
Vol. IV. p. IV,800.
Vol. V. p. IV,804.
Vol. VI. p. IV,788.
Vol. VII. p. IV,812.
97. M. TEDESCHI - G. CATALANO - P. BELLINI - P. LOMBARDA - E. G. VITALI - M. CONDORELLI - F. FINOCCHIARO - L. DE LUCA, *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico* (1982), p. IV,212.

98. R. VIGO, *Libertà e divieti nella circolazione delle notizie bancarie* (1983), p. IV,212.
99. R. MACCARRONE, *Profili sistematici dell'effetto espansivo esterno della sentenza di riforma* (1983), p. IV,216.
100. F. D'AGOSTINO, *BIA Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia Antica* (1983), p. XII,132.
101. S. PETTINATO, «Sollicitudo pro universa ecclesia» (1983), p. VIII,180.
102. T.A. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare* (1984), p. VIII,228.
103. C. COSTA, *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio* (1984), p. VIII-140.
104. M. PARADISO, *La comunità familiare* (1984), p. VIII,444.
105. L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro* (1984), p. IV,392.
106. S. AMATO, *Sessualità e corporeità I limiti dell'identificazione giuridica* (1985), p. VIII,226.
107. E.V. NAPOLI, *L'inabilitazione* (1985), p. XII,208.
108. E. ZAPPALÀ, *L'impugnazione "ardiva" della sentenza penale nella pratica giurisprudenziale* (1985), p. 184.
109. I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico* (1987), ristampa emendata, p. VIII,300.
110. S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione* (1986), p. IV,196.
111. B. CARUSO, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, I, (1986), p. IV-232.
112. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato* (1987), p. VIII 448.
113. *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente* a cura di FRANCESCO D'AGOSTINO (1988), p. VIII,236.
114. A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore* (1988), p. VIII,300.
115. *Studi in memoria di Mario Condorelli* (1988) 4 Voll.:
Vol. I. tomo 1, p. XII,620.
Vol. I. tomo 2, p. IV,668.
Vol. II. p. VIII,578.
Vol. III. p. VIII,420.
116. S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede* (1988), p. IV,204.
117. *Scritti in onore di Giuseppe Auletta* (1988) 3 Voll.:
Vol. I. p. XVI,688.
Vol. II. p. IV,744
Vol. III. p. IV,708.
118. C. ROMEO, *Impresa assistita e diritto del lavoro* (1988), p. IV,244.
119. F. MUSUMECI, *Inaedificatio* (1988), p. IV,240.
120. E. ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale* (1989), p. 168.
121. S. ALEO, *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale. Prospettive di teoria e riforma del diritto penale* (1989), p. 228.

122. P. PETINO, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato* (1989), p. 372.
123. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale* (1990), p. 380.
124. A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica* (1990), p. 224.
125. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* (1990), p. 761.
126. R. SAPIENZA, *Il principio del non intervento negli affari interni* (1990), p. 172.
127. *Stadi in onore di Cesare Sanfilippo* (1991), Vol. VIII, p. VIII,187.
128. A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego* (1991), p. 280.
129. R. PENNISI, *La convalida del marchio* (1991), p. 204.
130. G. MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa* (1991), p. 202.
131. A. C. AMATO MANGIAMELI, *La fondazione delle norme tra decisionismo e cognitivismo. Nel dibattito tedesco contemporaneo* (1991), p. 164.
132. V.E. RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi* (1992), p. VI,278.
133. V. OTTAVIANO, *Scritti giuridici* (1992) 3 Voll.:
Vol. I. p. 510.
Vol. II. p. 428.
Vol. III. p. 504.
134. E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista* (1992), p. 160.
135. S. MUSCARÀ, *Riesame e rinnovazione degli del diritto tributario* (1992), p. 464.
136. A. COSTANZO, *Condizioni di incoerenza. Un'analisi dei discorsi giuridici* (1992), p. XX,248.
137. F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età Imperiale* (1988), p. 352.
138. M. RICCA, *L'abrogazione delle leggi di derivazione concordataria. Profili costituzionali* (1993), p. VIII,282.
139. A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista* (1994), p. VIII,424.
140. C. PATERNITI, *La causa del fatto-reato* (1994), p. IV,140.
- 1 41. B. MONTANARI, *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi* (1994), p. X,148.
142. I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale* (1995), p. VI,228.
143. F. SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile* (1996), p. VI,492.
144. M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"* (1996), p. IV,202.
145. T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale* (1996), p. VIII,540.
146. R. SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali* (1996), p. X,292.
147. M. CONDORELLI, *Scritti di storia e di diritto* (1996), p. LXVIII,672.
148. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presunzione* (1997), p. VI,526.

149. M. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi* (1997), p. VI,200.
150. M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria* (1997), p. VI,324.

Nuova Serie

151. G. RAGUSA MAGGIORE, *Scritti giuridici* (1997):
Vol. I. p. X, 514.
Vol. II. p. X, 515-1034.
Vol. III. p. X, 1535-1561.
152. G. MINEO, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto* (1997), p. VI, 264.
153. G. DI ROSA, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica* (1997), p. VI,312.
154. I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione* (1997), p. VI, 234.
155. E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto* (1997), p. VI, 309.
156. E. GRASSO, *Le leggi, la dottrina e la giurisprudenza su I Processi Civili nell'ultimo cinquantennio* (1998):
Vol. I. p. XV, 556.
Vol. II. p. XV, 557-1078.
Vol. III. p. XV, 1535-1570.
157. *Trans-National Aspects of Procedural Law, X World Congress on Procedural Law* a cura di Italo ANDOLINA - Taormina 17-23 settembre 1995 (1998):
Vol. I. p. X, 484.
Vol. II. p. X, 485-846.
Vol. III. p. X, 845-1247.

Italo Andolina (Augusta, 1933),
Ordinario di Diritto processuale civile,
tiene il relativo insegnamento presso la
Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Catania dal 1968.
Autore di numerosi studi a carattere
saggistico e monografico in materia
processual-civilistica, riguardanti i più diversi
ambiti della disciplina (dal processo esecutivo
e fallimentare a quello cognitorio e cautelare),
ha recentemente approfondito le tematiche
concernenti - da un lato - le garanzie
costituzionali del processo civile italiano
(con il volume *I fondamenti costituzionali
della giustizia civile. Il modello costituzionale
del processo civile italiano*, Torino, 1997) e
- dall'altro - la cooperazione giudiziaria
civilistica internazionale.

Membro del Consiglio direttivo della
International Association of Procedural Law,
intrattiene intensi rapporti di collaborazione
scientifica con autorevoli studiosi del
processo dell'area europea e latino-americana.