

**DISCOURS DE SON EXCELLENCE
LE PROCUREUR GENERAL
DE LA REPUBLIQUE DU PORTUGAL**

OPENING SPEECHES
*
DISCOURS D'OUVERTURE

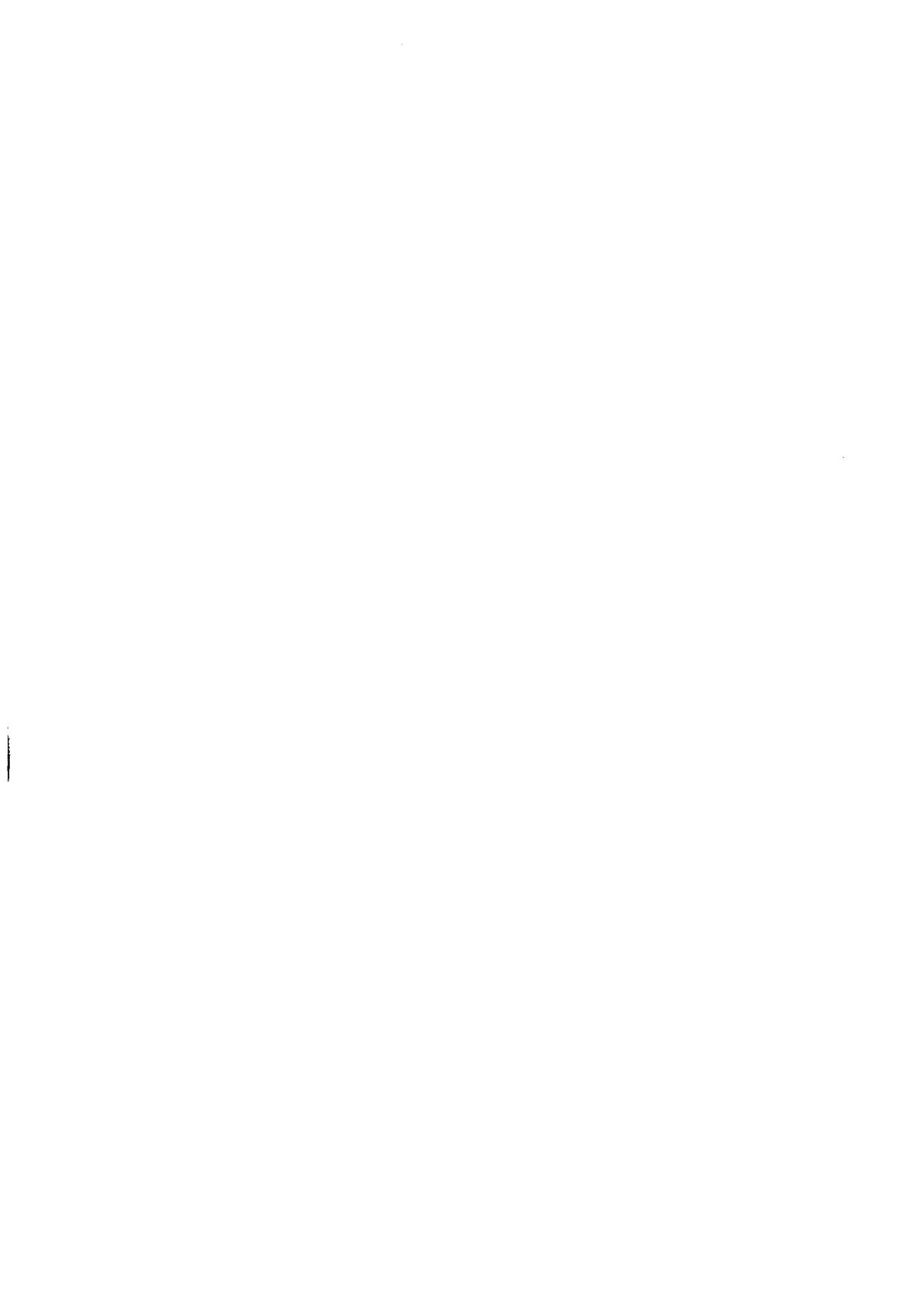
**CONFERENCE OF THE CHIEF JUSTICES
OF THE SUPREME COURTS
AND ATTORNEY-GENERALS OF THE COUNTRIES
OF THE EUROPEAN UNION**

*

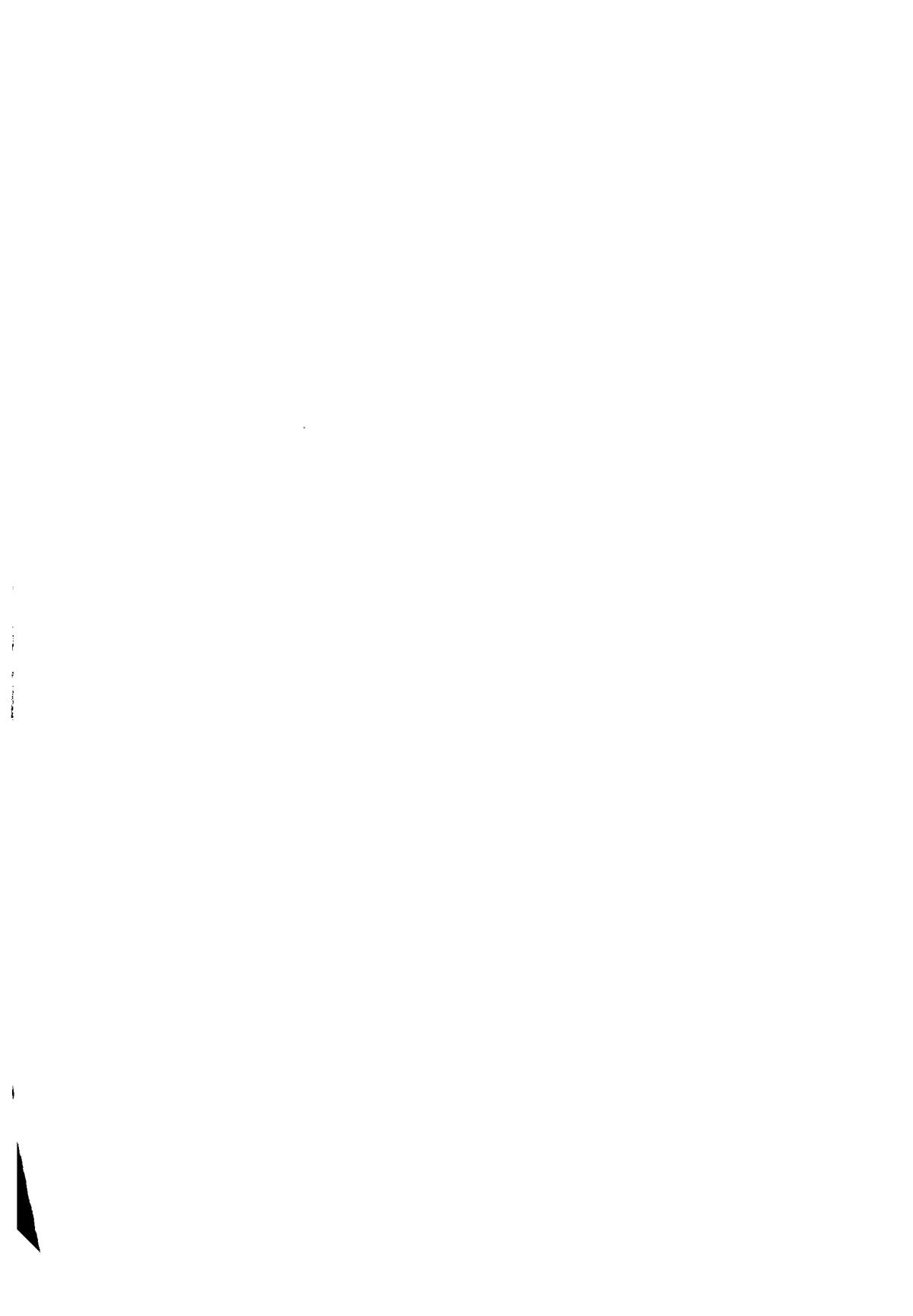
**CONFERENCE DES PRESIDENTS
ET PROCUREURS GENERAUX
DES COURS SUPREMES DES COMMUNAUTES
EUROPEENNES**

Centro Cultural de Belém

Lisbon, 18th to the 21st May, 1994







PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO

LISBOA

1994

BOLETIM DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

Director

Procurador-Geral da República

Proprietário

Ministério da Justiça

Editor

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Rua do Vale de Pereiro, 2, 4.º

1250 LISBOA

Tel. 388 11 41 / 2 / 3 / 4 – Fax 387 13 60

Redacção

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Assinaturas e distribuição

Gabinete de Gestão Financeira

Rua do Vale de Pereiro, 2, 4.º

1250 LISBOA

Tel. 388 11 41 / 2 / 3 / 4 – Fax 387 13 60

Condições de assinatura anual

Portugal e PALOP 3 500\$00

Estrangeiro 6 000\$00

Revisão gráfica

Carlos Lacerda

Execução gráfica

Europress, Editores e Distribuidores de Publicações, Lda.

Praceta da República, loja A

Póvoa de Santo Adrião

2675 ODIVELAS

Depósito legal n.º 84953/94

ISSN 0870-7138

Tiragem

4000 exemplares

DIREITO COMUNITÁRIO

Dans cette salle noble, où reste vivant l'esprit de Mouzinho da Silveira, qui de sa vision d'homme d'Etat a restructuré l'un des plus anciens ordres judiciaires de l'Europe, je me réjouis, à juste titre, de pouvoir saluer les Présidents des Cours Suprêmes et les Procureurs Généraux des pays de l'Union européenne et des Institutions Judiciaires communautaires et européennes.

En plus de cent soixante ans, cette salle vit assurément l'un de ses plus grands jours.

Vos présences honorables, M. le Président de la République, M. le Président de l'Assemblée de la République, M. le Ministre de la Justice et MM. les Présidents des Cours Suprêmes et Procureurs Généraux le signalent.

En témoignent aussi la pluralité et le coloris des robes ainsi que la diversité des langues.

C'est la première fois que la Cour Suprême de Justice du Portugal siège en tant que Maison Commune de l'Europe.

Et la mémoire de ceux qui nous ont précédé dans nos fonctions juridictionnelles se joint à celle des fondateurs de l'Europe (Schuman, Monnet, Adenauer, De Gasperi, Spaak, et d'autres) pour accorder à cet acte une signification plus particulière.

En fait, la construction de l'Europe a rendu différente la cartographie qui commandait l'action des systèmes judiciaires que nous représentons ici.

Nous sommes bien loin des premiers pas d'une Europe marquée déjà par de grands desseins mais tournée encore, réalistement, vers l'objectif de

substituer aux “rivalités séculaires” une “fusion de leurs intérêts essentiels” et vers l’aspiration à une “communauté entre des peuples longtemps divisés”.

L’Acte Unique et, ensuite, Maastricht, signalent définitivement la transition d’une communauté d’intérêts à une communauté de valeurs et l’établissement d’une identité politique propre, dont les droits de l’homme et l’idée de citoyenneté sont la racine et le projet.

Il est certain que de l’avenir nous ne pouvons pas beaucoup savoir.

Mais il n’est pas osé croire que le climat politique, social et international dans lequel va se passer la vie de l’Europe dans les années à venir sera profondément différent de celui qui a existé au long des diverses phases du processus de construction de l’Europe.

Et ceci est une réalité qui justifie, en même temps, de l’optimisme et de l’inquiétude.

L’Europe des citoyens et des droits de l’homme présuppose une Union dont l’objectif n’est pas limité à la réalisation d’intérêts économiques ou politiques. Elle exige une convergence de degré élevé, orientée au développement selon des principes se matérialisant dans les droits de l’homme, ainsi que les consacrent les instruments approuvés au sein des Communautés et du Conseil de l’Europe.

Les implications ne sont pas seulement celles d’un homme européen jouissant des droits civiques, politiques, culturels, économiques et sociaux qui, au fil du temps, ont façonné les traits de cet espace commun, mais celles d’une citoyenneté active où aux textes correspond une pratique et un sentiment collectif.

Sont importantes, aussi bien pour ce qu’elles représentent que pour ce qu’elles promettent, les conséquences de cette transformation.

Le concept de citoyenneté européenne est bipolaire, puisqu’il est tributaire du statut que les lois nationales et les instruments internationaux reconnaissent à l’individu, d’une part, et du contenu accordé par les traités de l’Union, de l’autre. Se consolident ou s’ouvrent maintenant de nouvelles dimensions, parmi lesquelles le droit des citoyens de l’Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres et, y résidant, d’être électeurs et éligibles aux élections municipales et au Parlement européen, de bénéficier de la protection diplomatique et consulaire de tout Etat membre sur le territoire d’un Etat tiers, et d’exercer le droit de pétition devant le Parlement européen ou devant l’ombudsman.

Combien distants, et pourtant lucides, courageux et prémonitoires, nous semblent les mots de Jean Monnet, prononcés à l'occasion de la mise en place de la Haute Autorité du Charbon et de l'Acier:

“Voyez le bassin du nord de la France qui s'étend vers la Belgique, les houillères belges qui se lient à celles d'Aix ou de la Ruhr, regardez la Campine divisée entre la Belgique et les Pays Bas, et ce même charbon réparti entre la Sarre et la Lorraine, ou ce même minerai de fer entre la Lorraine et le Luxembourg! Ces ressources que la nature a voulu qu'elles fussent l'actif industriel essentiel de l'Europe ont été la cause de luttes entre Etats et entreprises de domination. En éliminant ces divisions que les hommes ont arbitrairement introduites, il s'agit aujourd'hui de recréer le bassin naturel dont ceux-là ont déchiré l'unité et limité le développement”.

Secondant l'esprit qui a illuminé les premiers traités, l'Europe de nos jours n'est que la reconstitution d'un "bassin naturel" forgé par la culture et par l'histoire, une sorte de citadelle qui ne se bornera pas à garder l'héritage commun pour le gérer d'une façon égoïste mais, plutôt, pour le projeter dans le temps et dans l'espace.

Et celle-ci est, certainement, une solide raison pour notre optimisme. Mais il y a aussi des motifs d'inquiétude.

De nos jours, les tensions se succèdent à un rythme qui modifie la réalité avant que l'on puisse réfléchir sur elle.

Sont plusieurs les problèmes auxquels l'évolution de l'Union est confrontée.

Et, avant tout, ceux qui résultent de la constatation que la paix, la stabilité, le développement et la justice ne sont pas compatibles avec une Europe encore divisée, dans laquelle des pays prospères coexistent avec des pays en développement et des systèmes politiques stables côtoient des nations qui mènent des luttes fratricides ou recherchent leur identité politique.

La conception d'une Europe élargie trouve, toutefois, aux niveaux intérieur et extérieur, des cadres complexes: la proximité des cultures contraste avec l'écart des économies; la rapidité de la modification du concept de risque extérieur et le remplacement de risques précis par une multiplicité de risques diffus rendent précaire la définition de stratégies de défense et de sécurité; l'essor de phénomènes migratoires se rattachant à des confrontations ethniques, à des fondamentalismes ou à la distribution déséquilibrée de ressources produit l'incertitude et le vide dans la tutelle

du statut juridique de la personne, l'émergence de zones économiques plurinationales engendre des formes de concurrence qui donnent lieu à l'instabilité des économies.

Même sur le plan politique, les règles de la démocratie représentative révèlent la difficulté dans l'adaptation, soit au mouvement de participation à la vie politique revendiqué par des corps intermédiaires, soit à l'importance croissante de la société civile.

L'Europe se construit, de la sorte, dans un temps bouillonnant de transformations, d'attentes et de dangers.

C'est, pourtant, dans des conjonctures comme celle-ci que se révèle le mieux l'importance reconnue par les instruments communautaires au droit en tant qu'élément fondateur du projet européen.

En tant que forme de stabilisation de règles et de règlement de conflits, l'application du droit prendra, dans les prochaines années, une importance cruciale pour l'avenir de l'Europe.

Il ne s'agit pas seulement de reconnaître le droit en tant que principe structurant mais de le transférer à l'action, au concret, cherchant à surprendre le rôle qu'il incombe aux magistrats et, en général, aux juristes d'assumer dans l'énorme tâche de dynamiser la construction de l'Union européenne.

Le cadre normatif de Maastricht est, à ce propos, suggestif.

Le concept de subsidiarité impose un exercice d'équilibre dans lequel coexistent et parfois s'opposent des principes antagoniques.

D'une part, l'idée de décentraliser et de répartir le plus possible les responsabilités et le présumé que la proximité des bénéficiaires permet aux décideurs de mieux évaluer leurs priorités; de l'autre, les principes de l'égalité, de la solidarité et de la garantie de la cohérence des décisions.

Cette Conférence de Lisbonne constituant, à la rigueur, la première après Maastricht, sont grandes les responsabilités qui pèsent sur nos épaules, et énormes les défis auxquels il nous faudra apporter une réponse.

Dans un monde dérégulé, où paradoxalement tous les bonheurs et tous les malheurs semblent probables, viennent de nouveau se poser, pertinemment, les questions des savoirs et des missions.

Ceci nous amène à évoquer le rôle que la jurisprudence a rempli dans l'édification de l'Europe communautaire. De l'affaire *Van Gend en Loos*, dans laquelle la Cour de Justice a déclaré que "la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, en faveur duquel les Etats

membres ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et auquel sont soumis non seulement les Etats membres, mais aussi leurs ressortissants” à l’affaire *Simmenthal*, dans laquelle ladite Haute Cour a estimé que les dispositions et les actes de droit communautaire “font partie intégrante, avec rang de priorité, de l’ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres”.

L’expansion des politiques de l’Union européenne a des implications juridiques auxquelles les juridictions communautaires et nationales doivent désormais faire face d’une manière qui n’a jamais été essayée auparavant.

Au regard du Traité, sont considérées comme des “questions d’intérêt commun, des domaines aussi importants que la politique d’asile, la politique d’immigration, la lutte contre la fraude et la lutte contre la toxicomanie. Et apparaissent aussi, assorties d’une portée considérable, la coopération judiciaire (en matière civile et en matière pénale) et la coopération policière.

Nous sommes devant une dynamique qui interpellera fortement les systèmes judiciaires nationaux.

La mise en commun des objectifs, moyens et connaissances nous conduit en quelque sorte vers une autre dimension de l’Union: l’Europe des magistrats.

La réalité après Maastricht a mis en lumière - et nous tenons à saluer l’opportunité dont bien des responsables politiques l’ont déjà reconnu - que les magistrats ne peuvent pas s’exclure ou être exclus de ce projet. Bien au contraire, il faut qu’ils se préparent à une perspective élargie du monde et à l’ampliation de leurs domaines d’intervention, en particulier des domaines exigeant une connaissance juridique diversifiée.

La tenue périodique de ces Conférences trouvera ainsi, dorénavant, une justification accrue.

Ce sera pour nous l’occasion d’évaluer des facteurs de stagnation ou de progrès dans chacun de nos systèmes et de partager des conceptions ou des expériences, sachant, comme on le sait, que nous intervenons dans des aires imbues de rationalités propres, fréquemment isolées et, par là même, moins sensibles à l’idée de contingence qui est celle qui véritablement caractérise la nature conditionnée du droit en action.

L’on sait que les systèmes juridiques et judiciaires des pays de l’Union européenne ont des identités qui leur sont propres, leurs caractéristiques en bien des cas se révélant être fort enracinées dans la tradition et dans la culture.

En certains cas, toutefois, des différences existent qui ne sauraient être expliquées que par l'évolution parallèle de chaque système et par la non obéissance à des principes ou logiques communs.

Dans ce domaine, dans lequel occupent une position de relief les problèmes processuels, d'organisation et de méthodes, il est possible et souhaitable d'uniformiser des textes et des procédures en vue d'obtenir des niveaux élevés de compréhension et de communication.

Les thèmes choisis pour cette Conférence constituent des questions au sujet desquelles un échange de vues se revêtira manifestement de grande utilité.

En premier lieu, la question de la relation entre l'administration de la justice et les médias.

Chacun des pays de l'Union s'étant confronté à la problématique de la médiatisation de la justice dans des moments différents et de manières diverses, il est aujourd'hui généralement reconnu que le progrès technologique enregistré au cours de ces dernières années, le retentissement de l'idée de la transparence et la tendance à l'apparition de nouveaux pouvoirs et légitimités ont modifié substantiellement les conditions dans lesquelles se posait cette question il y a quelques années.

La circonstance que des pays communautaires aient une vaste expérience de magistrats porte-parole, bureaux de presse ou journalistes accrédités auprès des tribunaux et départements judiciaires, tandis que d'autres éprouvent les premiers contacts dans la délicate fonction d'aménager le point d'équilibre entre le droit à l'information et la protection d'intérêts de la justice et des citoyens, démontre l'actualité du thème. Actualité potentialisée par la nouvelle face que ces problèmes présentent à l'heure actuelle compte tenu de la tendance à une massification croissante intéressant simultanément les médias et l'activité juridictionnelle.

Certainement, dans cette matière, sera toujours justifié l'appel à des valeurs déontologiques et à des règles professionnelles pour trouver l'attitude qui, en dernier ressort, déterminera la solution de cas limite. Mais on s'équivoque si l'on pense que cet exercice intérieur suffit à répondre aux sollicitations que comporte ce nouvel ordre de communication.

En fait, de nos jours, la tension expansionniste propre à tout pouvoir est également présente dans le rapport entre l'administration de la justice et les médias, et il est nécessaire d'examiner des formes de régulation ou d'autorégulation capables de prévenir des omissions, conflits ou excès.

L'administration de la justice ne peut pas se soustraire à l'obligation de fournir l'information, et elle doit comprendre, au nom du principe de

la publicité découlant d'exigences de contrôle démocratique, que l'information, dans les cas et moyennant les formes prévues par la loi, est un devoir juridique et un facteur de légitimation des attributions juridictionnelles.

Pourtant, en revanche, médiatisation de la justice ne peut pas signifier la prédiction ou la réélaboration, par les médias, de fonctions qui appartiennent aux tribunaux, et à eux seuls.

S'il en est autrement - ne nous faisons pas d'illusions - seront mis en cause des droits fondamentaux des citoyens et des principes essentiels d'organisation de l'Etat.

C'est que, nonobstant le surgissement de moyens et la création d'institutions qui sont venus enrichir les formes de prévention et de règlement de conflits, jamais une culture n'a produit jusqu'à ce jour une institution qui, à l'instar des tribunaux, eût offert à l'Etat, à la société et aux citoyens, le même ensemble de garanties.

Comment concilier les formes solennelles, lentes et ritualisées des tribunaux avec des technologies d'information qui réduisent chaque jour l'écart temporel et spatial entre les faits et l'opinion publique, c'est une des plus claires apories de notre époque.

Problèmes comme ceux du journalisme d'investigation, du secret de justice, des jugements parallèles, des difficultés accrues que l'ampleur, la vitesse et la pénétration des modernes technologies ont apporté à la question classique de la stigmatisation du jugement doivent être débattus, sans préjugés ni complexes de neutralité, qui serait toujours une fausse neutralité puisqu'il s'agit d'un domaine ressortissant indubitablement au statut de l'indépendance des tribunaux.

Un autre thème qui fera l'objet d'examen au cours de cette Conférence est celui de la sélection des recours par les Cours Suprêmes.

Dans les pays de l'Union européenne, en général, les Cours Suprêmes, comme d'ailleurs la généralité des juridictions, doivent faire face à des problèmes de saturation qui entravent le bon fonctionnement des services et réduisent, vu le retard pris par les décisions, l'efficacité de la justice.

Les sociétés ouvertes ont donné lieu à ce que l'on a déjà nommé "droit en abondance" et sont en train de produire une utilisation des tribunaux aux caractéristiques intrinsèquement consommatrices. D'une part, parce que l'on néglige le bénéfice de la prévention ou du règlement extra-juridictionnel des litiges et que l'on déconsidère l'idée même du sérieux du litige qui devrait déterminer l'action des tribunaux; d'autre

part, parce que, souvent, l'on ne vise point la recherche de la justice mais plutôt l'engourdissement de celle-ci en vue de la réalisation d'intérêts ne relevant pas des catégories du droit.

La prolifération des lois et l'accroissement de la masse procédurale engendrent l'insécurité juridique et produisent un effet multiplicateur de cette tendance massifiante, contribuant d'une façon autonome à l'augmentation du nombre d'affaires.

Il s'impose de procéder à un examen attentif et détaillé qui permette de tirer des conclusions quant à la nécessité et aux modalités de sélection ou de triage des recours, sans pour autant porter atteinte aux garanties de réexamen des décisions dans tous les cas où cela se justifie.

Les tendances de l'Europe en ce qui concerne les rôles du juge d'instruction et du Parquet constituent un autre thème qui fera l'objet d'analyse.

C'est assurément une matière dans laquelle des arguments de nature processuelle croiseront des raisons ancrées dans l'histoire des institutions.

L'important, c'est de reconnaître que, dans la difficile poursuite des objectifs de défendre la société contre le crime et de garantir les droits fondamentaux des citoyens, ainsi que, sur le plan processuel déjà, d'harmoniser les valeurs de justice avec des critères d'efficacité, les tendances ou les solutions vérifiées dans les pays de l'Union offrent un terrain de suggestions vaste et diversifié.

Les nouvelles sollicitations déclenchées par Maastricht dans le domaine de la coopération en matière pénale vont déterminer une communication intersystémique élargie et contribueront à un possible rapprochement des normes procédurales et d'organisation judiciaire et policière.

Nous estimons que, dans ce secteur, il est possible de tirer des enseignements des modifications intervenues au cours des derniers vingt ans, dans certains pays de l'Union européenne, aussi bien que de l'évolution jurisprudentielle qui, dans des égards particulièrement délicats, se vérifie à la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Finalement, un autre thème à examiner dans cette Conférence est celui de la coopération judiciaire en matière pénale et en matière civile après Maastricht.

En ce domaine, il faut prêter une attention toute particulière à la Convention de Schengen, soit dans la partie qui renvoie aux instruments conventionnels approuvés dans le cadre du Conseil de l'Europe et du Bénélux ou reproduit la teneur de la Convention sur l'application du principe *ne bis in idem*, conclue entre des membres de la Communauté,

soit dans la partie qui contient des innovations significatives, notamment dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale.

Les normes de coopération en matière judiciaire correspondant au troisième pilier (Titre VI du Traité de Maastricht) reflètent une nouvelle réalité, intéressante, dans la relation entre les systèmes judiciaires des pays membres.

Il s'agit là d'un secteur dans lequel il est impérieux qu'à l'idée traditionnelle d'intangibilité de la souveraineté des Etats se substitue l'idée de construction d'un véritable forum européen.

La circonstance que le Traité sur l'Union ne contienne pas d'indications sur les voies à suivre n'a pas empêché le Conseil, tenu en 1993, les 29 et 30 novembre, de dresser un premier programme d'action qui, en matière pénale, met l'accent sur les questions concernant l'extradition et la lutte contre la criminalité organisée internationale et, en matière civile, donne la priorité à la possibilité d'étendre la Convention de Bruxelles au domaine du droit de la famille et des successions, ainsi qu'à l'élaboration d'une convention ayant pour but de simplifier et d'améliorer la transmission d'actes entre les Etats membres.

Voilà un domaine vaste, dans lequel les gouvernements et les administrations de chacun des pays ne sauraient se passer de la collaboration des magistrats.

Mais l'attention des autorités judiciaires ne peut pas non plus laisser d'être attirée sur la problématique de la coopération policière.

Les novations introduites par la Convention de Schengen dans des aspects où sont en jeu des valeurs tellement importantes comme celles de la liberté et de la sécurité (surveillance transfrontalière, poursuite sur le territoire d'un autre Etat sans autorisation préalable de celui-ci et communication spontanée d'informations) et, de même, la création du Système d'Information Schengen attendent des autorités judiciaires qu'elles s'engagent davantage dans des fonctions de contrôle et de protection de droits. Ce qui, d'ailleurs, serait toujours imposé par la prééminence des droits de l'homme, telle qu'elle est expressément reconnue par le Traité de Maastricht (F.2. et K.2.).

Pour toutes ces raisons, on peut dire que les systèmes judiciaires des pays de l'Union sont entrés dans une nouvelle époque qui se caractérise par l'émergence d'un droit public européen et par le surgissement de problématiques spécifiques de rapports et de communication.

L'esprit européen nous appelle, donc, pour que, au savoir prudentiel qui caractérise notre activité, nous associions une attitude pro-active qui soit capable de correspondre aux synergies qui sont en marche.

Certes, nos attributions ne sont pas, de règle, de nature exécutive.

Mais, du moment que nous savons que c'est dans la vie que le droit met à l'épreuve sa capacité d'interpréter et de transformer la réalité, nous ne pouvons pas laisser de réfléchir sur le concept de mission.

Il est essentiel que, à l'instar des fondateurs, nous aussi, magistrats, ayons une idée sur l'Europe.

L'avoir à l'esprit dans nos tâches quotidiennes, c'est une exigence du cadre normatif dans lequel nous évoluons.

Renforcer cette idée, c'est l'objectif de cette Conférence.

Objectif qui, de par sa dimension culturelle, donne un sens double à la réalisation de la Conférence dans cette ville de Lisbonne, capitale européenne de la culture.

Cunha RODRIGUES

**DISCOURS DE SON EXCELLENCE
LE PRESIDENT DE LA COUR SUPREME
DE JUSTICE DU PORTUGAL**

I

Il y a des actes qui par son importance et relief dans le cadre ou le secteur de la vie où ils s'insèrent marquent l'institution où ils se déroulent. Et celui-ci en est un.

Pour la première fois se tient à Lisbonne la Réunion Biennale déjà traditionnelle des Présidents des Cours suprêmes de justice et des Procureurs Généraux des actuels 12 pays qui intègrent l'Union Européenne, de la Cour de Justice de la Communauté et de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Tant d'honorables personnalités sont réunies ici et maintenant, dans ce salon noble de notre Cour suprême de justice pour, sous le portrait de la reine D. Maria II - sous le règne de laquelle, il y a 160 années, cette Cour a été installée -, initier les travaux de cette réunion.

II

Il s'agit en effet, pour nous portugais, non seulement d'une responsabilité mais aussi d'un honneur, auxquels nous nous efforcerons de correspondre.

Et je pense que nous commençons bien, dans la mesure où nous avons réuni à cette séance, lui accordant le plus grand relief et prestige possibles, tous les Représentants des Organes de Souveraineté de l'Etat portugais et des personnalités au sommet de plusieurs secteurs d'activité de l'Etat et de grand intérêt public, bien que du secteur privé.

En la qualité de président de cette Cour suprême de justice et, de ce fait, au nom de la délégation portugaise, je vous remercie très sincèrement de votre présence et en particulier - si vous me permettez - à M. le Président

de la République qui, manifestant l'importance qu'il reconnaît à cette Réunion, a si promptement accepté notre invitation de bien vouloir présider à cet acte.

Vous nous honorez à tous. Je vous remercie, Monsieur le Président.

III

Dans l'un des considérants préambulaires qui annoncent les buts visés par la signature du Traité de Rome (C.E.E.) il y était affirmé que les pays signataires le faisaient «résolus à affermir, par la constitution de cet ensemble de ressources, les sauvegardes de la paix et de la liberté, et appelant les autres peuples de l'Europe qui partagent leur idéal à s'associer à leur effort».

Ce considérant est repris et approfondi lors de la signature du Traité de l'Union, signé à Maastricht, où les pays signataires déclarent le faire «confirmant leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit».

J'en conclus donc (et nous le savons bien que c'est la réalité) que nous représentons, nous ici réunis, à partir d'aujourd'hui, des pouvoirs judiciaires institués dans des Etats de droit, autrement dit des pouvoirs judiciaires indépendants. Le système de garantie d'indépendance peut varier, mais sans celle-ci il n'y aurait pas Etat de droit. C'est pourquoi il a déjà été appelé à l'indépendance du pouvoir judiciaire le «noyau dur» de l'Etat de droit.

Ce trait commun devra naturellement faciliter «l'entraide judiciaire en matière pénale» référée au chapitre II du titre III de l'arrêté de Schengen. Des systèmes législatifs qui, dominés par la primauté de la défense de la liberté, engagés dans la sauvegarde des droits fondamentaux et servis par des tribunaux indépendants, entraînent nécessairement une situation où, en dépit de quelques divergences formelles qui puissent résulter de la spécificité des régimes procéduraux nationaux, les systèmes judiciaires sont essentiellement au service des mêmes valeurs. Et cela aidera, nous le croyons bien, la coopération nécessaire à cette «entraide».

Le champ d'action de celle-ci gagnera sûrement plus d'ampleur avec l'institution de la citoyenneté de l'Union, créée par l'article 8 du Traité de Maastricht «pour renforcer la défense des droits et des intérêts des ressortissants de ses Etats membres», en lui attribuant en outre le but de «développer une coopération étroite dans le domaine de la justice et des affaires intérieures» (article B du titre I - Dispositions communes); et le franchissement (l'ouverture) total des frontières intérieures (qui sont celles

communes entre les Parties Contractantes), facilitera la libre circulation des citoyens de l'Union sur le territoire des pays qui l'intègrent.

Et l'on sait que l'ampliation et la fréquence des contacts personnels et des relations sociales sont créatrices de faits juridiques et même de situations de divergence, voire de conflit, dont la solution finit, très souvent, par exiger l'intervention judiciaire.

En somme, notre conviction est que le besoin de coopération judiciaire entre les systèmes nationaux des pays de l'Union se fera sentir de plus en plus. Bien que facilitée par cette raison-ci, il est toutefois certain que cette coopération ne manquera point de susciter aussi des difficultés et des doutes, puisque l'indépendance des tribunaux nationaux ne peut être atteinte et doit être respectée.

Raison pour laquelle nous incluons parmi les thèmes qui seront traités et étudiés dans nos réunions de travail, sur la base des communications écrites présentées par les Participants, la coopération judiciaire après le Traité de Maastricht.

IV

Mais ce n'est pas seulement «dans l'entraide judiciaire en matière pénale» que l'action des tribunaux nationaux s'assume comme déterminante dans l'Union.

Tel qu'il a été affirmé par la Cour de justice des Communautés (Aff. 26/62) «l'objectif du Traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants».

Le Traité C.E.E., insiste la Cour (Aff. 6/64), «institue un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres, et qui s'impose à leurs juridictions».

C'est la justification de ce qu'on appelle «effet direct du droit communautaire», «dont l'application dans l'ordre interne ne dépend d'aucun acte de réception ou de transposition des autorités nationales; c'est-à-dire, «les normes communautaires s'appliquent internement par une force qui leur est propre, conférant aux particuliers des droits et des devoirs qu'ils pourront faire valoir, soit à l'égard de l'Etat, soit dans leurs relations avec d'autres particuliers».

La Cour de justice de la Communauté a été plus loin. Elle a estimé qu'à cet effet direct s'allie, de par la nature même des traités qui instituent la Communauté et le droit communautaire, «la primauté de ce droit» (Aff.

6/64, Arrêt du 15.7.64) et la «primauté absolue» (Aff. 106/77) sur les normes internes.

Cependant, sans préjudice de la compétence de la Cour de justice de la Communauté, à qui incombe en exclusif de dicter l'interprétation des normes communautaires, les tribunaux nationaux sont chargés et fonctionnent comme organes d'application du droit communautaire, leur appartenant de l'appliquer, conformément à l'interprétation de la Cour de justice, aux faits qu'ils jugent prouvés.

Et, il a même déjà été dit que «c'est de l'application correcte du droit communautaire par les juges que dépend, dans une large mesure, le succès de la construction communautaire».

La justification de cette affirmation nous semble si évidente qu'elle n'a pas besoin d'être démontrée.

Pourtant, cette intervention possible de nos tribunaux nationaux dans l'application du droit communautaire, ainsi que l'intérêt d'adapter en ce domaine les efforts conjugués des opérateurs judiciaires, justifieraient, *de per se*, la réalisation de cette rencontre.

V

Toutefois, l'objectif de l'échange de points de vue que nous tiendrons au cours des quatre séances des prochains deux jours de travail ne s'arrête pas là.

Il y en a d'autres points dont l'étude, basé sur plusieurs expériences, ont un intérêt direct plutôt pour les juridictions nationales mais qui, dû au caractère de généralité qu'ils assument dans la Communauté, finissent aussi par se révéler d'intérêt commun. Ils sont les suivants:

a) *La justice et les média*

De l'ampliation des illicites pénaux à des domaines d'activité auparavant insoupçonnables ou même inexistantes, et bien aussi du développement et de l'approfondissement de l'investigation pénale, a résulté - comme vous le savez - une maille de la justice qui s'étendrait à des domaines sociaux considérés jusque-là sans la moindre trace d'illicéité et presque intouchables.

Et ce fait - parmi d'autres - a provoqué la médiatisation de la justice et a fait de certains opérateurs judiciaires des protagonistes de grand impact social, des figures de premier plan.

Mais simultanément s'est développée la tendance de la communication sociale vers ce phénomène. Et une fois y arrivé, avec son droit et sa liberté

d'informer, elle finit très souvent par s'anticiper dans ses jugements à l'administration de la justice, mettant parfois même en crise ceux qui ont le devoir de l'administrer.

Ceci provoque naturellement des conflits dus à des divergences entre les intérêts de celui qui informe, de celui qui est sujet de l'information et aussi de l'administration de la justice elle-même.

Dans ce domaine, il faut chercher l'équilibre entre le droit et la liberté d'informer, ainsi que le respect de la vie privée de celui qui est visé, tout comme de l'indépendance de celui qui doit juger.

Voici un problème qui n'est pas exclusif d'un seul pays. Il touche sinon tous, plusieurs pays de la Communauté.

C'est pour cette raison que nous l'avons choisi pour faire l'objet de réflexion.

b) Fonction de sélection des recours devant les Cours suprêmes

On vérifie que le phénomène d'excès de service dans les Cours suprêmes s'est aussi généralisé dans les juridictions nationales de la Communauté.

On ne met pas en question l'intérêt et le besoin qu'il y ait, dans chaque pays, une Cour suprême; on prétend tout seulement que celle-ci ne devienne pas une instance de plus, l'empêchant, dans la pratique, de réaliser sa fonction essentielle et si nécessaire: - celle d'établir et d'uniformiser de la jurisprudence.

Mais ceci ne pourra jamais être bien accompli tant que la Cour soit saisie de questions dont le relief et l'importance ne le justifie pas et pour la solution définitive desquelles il faudra considérer suffisant le double degré de juridiction.

Dotée d'un vaste cadre de conseillers, qui nécessite d'être successivement et fréquemment élargi, chargée d'un nombre élevé d'affaires et de questions, même si sans importance, qui exigent son attention, il ne lui sera pas facile de produire des décisions qui, toute en étant juridiquement et matériellement correctes, s'imposent techniquement.

Il importe donc de réfléchir sur la sélection des questions qui pourront avoir accès à la Cour de façon à ce que celle-ci n'ait qu'à se pencher et à se prononcer sur des questions ayant dignité suffisante à cet effet.

Voici un autre des thèmes dont nous nous occuperons.

c) Finalement, «les fonctions du juge d'instruction et du Ministère public dans la procédure pénale; tendances de réforme en Europe» intègrent le dernier des thèmes de l'ordre des travaux de la Réunion.

Pour le moment, je ne ferai que remarquer ici la réforme subie par le système de procédure pénale portugais lors de l'entrée en vigueur du code actuel le 1er janvier 1988. Et, à mon avis, les fonctions de l'un et l'autre de ces magistrats y sont clairement définies.

L'enquête qui doit nécessairement précéder l'instruction, qui n'aura lieu que sur requête à la suite d'une accusation, est dirigée par le juge.

Celui-ci (le juge d'instruction), ne peut intervenir dans l'enquête que pour la pratique de certains actes et (ou) pour en ordonner ou autoriser d'autres - toujours relatifs à des droits fondamentaux et pour garantir le respect des mêmes.

Aussi bien le Ministère Public dans l'enquête que le juge d'instruction sont assistés par les organes de la police criminelle.

VI

Suite à ce bref aperçu sur les thèmes qui seront traités dans la Réunion, permettez-moi encore, avant de terminer, de remercier les Présidents des Cours suprêmes et les Procureurs Généraux de leur adhésion, de leur collaboration dans les travaux déjà présentés et surtout de leur indispensable présence à cette initiative. J'en profite, en outre, pour présenter à tous les participants et leurs accompagnants les voeux d'un bon séjour à Lisbonne.

A la Chorale de la Justice de Porto, composée uniquement de personnes liées à l'Administration de la Justice et à laquelle je suis personnellement lié par des sentiments de cordiale affection, notre «grand merci» pour votre présence et votre représentation qui accordera une agréable note artistique à cette séance.

Et je termine par un voeux: - que cette réunion puisse fructifier par le sens technique et la coopération, mais surtout par la solidarité, le bien-être et la bonne harmonie entre les peuples de l'Union Européenne.

Joaquim de CARVALHO

**DISCURSO DE SUA EXCELÊNCIA
O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DE PORTUGAL**

*

**DISCOURS DE SON EXCELLENCE
LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE
DU PORTUGAL**

Senhor Presidente da Assembleia da República,
Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça,
Senhor Presidente do Tribunal Constitucional,
Senhor Ministro da Justiça,
Senhores Embaixadores,
Senhor Procurador-Geral da República,
Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados,
Senhores Magistrados,
Minhas Senhoras e meus Senhores:

Quero saudar – e agradecer, em nome de Portugal – aos ilustres magistrados representantes dos países da União Europeia presentes a sua estada, entre nós, que tanta honra confere a esta cerimónia, a vários títulos excepcional, e que tão grande alegria nos traz.

Em VV. Ex.^{as}, Senhores Presidentes dos Supremos Tribunais e Senhores Procuradores-Gerais, reside a suprema responsabilidade de afirmar e proclamar o Direito e a Justiça — e a sua indeclinável independência face às diversas formas do poder político e económico — como fundamento insubstituível das sociedades democráticas modernas e elemento essencial da observância dos direitos humanos.

Associo-me, por isso, como Presidente da República mas também como modesto advogado que fui, com o maior interesse pessoal e gosto, à realização desta Conferência que trata temas tão actuais e importantes como a justiça e os mass-media e a cooperação judiciária em matéria penal e civil, após Maastricht — entre outros — desejando significar-vos a importância que atribuo, no momento histórico que atravessamos tão complexo, a uma

reflexão aprofundada sobre o Direito Europeu, sobre a jurisprudência dos Tribunais Europeus, sobre a convergência entre os nossos Direitos nacionais e sobre o papel primordial que revestem na construção da União Europeia.

Na verdade, o processo complexo da unidade europeia tem-se baseado sempre, desde o início, no primado do Direito, na convergência necessária entre as diversas formas de Direito nacional dos Estados membros e na afirmação de um Direito supranacional, como manifestação de unidade, designadamente em matéria de direitos humanos e na defesa da eminente dignidade da pessoa humana.

Quando, no rescaldo da segunda grande guerra, se realizou em Haia o Congresso Europeu, que esteve na génese do movimento que levou à institucionalização do Conselho da Europa, no pensamento europeísta dos "pais fundadores" — um Churchill, um De Gaspari, um Adenauer, um Schumann, um Spaak ou um Monet — esteve sempre presente, a par de uma Europa Unida pela "livre circulação das ideias, dos capitais e das mercadorias" a existência de uma "Carta dos Direitos do Homem" e de um Tribunal de Justiça que garantissem as liberdades não só políticas e religiosas mas também económicas e sociais.

Sob os auspícios do Conselho da Europa — baseado no Tratado de Londres de Maio de 1949 — fixou-se a vinculação dos seus membros (cito) aos "valores espirituais e morais que constituem o património comum dos respectivos povos e aos princípios da liberdade política e do primado do Direito nos quais se baseia a democracia". Assim tem vindo a ser edificado um corpo de Direito Europeu donde sobressaem a protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a Carta Social Europeia de 1961 e o Código Europeu de Segurança Social de 1964.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma em 1950, entrou em vigor em Setembro de 1953 e contribuiu de forma decisiva para a formação e consolidação de um direito comum europeu das liberdades políticas.

O Tratado de Maastricht reforçou singularmente o compromisso dos Estados membros com a democracia e com os direitos do homem, ao salientar a imagem da União Europeia como entidade política internacional que visa a defesa e a promoção coordenada dos valores e interesses dos Estados membros e, muito particularmente (cito) o "desenvolvimento e o reforço da democracia e do Estado de Direito bem como o respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais".

Estas breves referências a momentos significativos do processo da unidade europeia — evocando a nossa memória histórica comum — servem

para sublinhar o papel decisivo e verdadeiramente aglutinador do Direito e da Justiça como factores essenciais no já longo mas não acabado percurso da construção europeia.

Importa obviamente aprofundar esse caminho aproximando o Direito da realização dos ideais de Justiça, aspiração comum dos nossos Povos, por forma a conferir ao Homem — neste caso o homem europeu ou o residente na União — seu fundamento e validade, o respeito pela sua essencial dignidade e pelo reconhecimento dos seus direitos, garantias e liberdades, na igualdade da sua condição, independentemente do sexo, cor, raça ou etnia, e dos seus correlativos deveres de solidariedade e corresponsabilização.

É importante saber resistir às tendências que levam a reduzir o Direito a uma dimensão instrumental, com finalidades alheias à realização da Justiça, limitando-o a objectivos pragmáticos de simples regulamentação de interesses económicos e tecnocráticos.

Esta Conferência, pelos temas que aborda e pela alta qualidade e responsabilização dos seus participantes, não deixará de reflectir sobre estas questões e outras que hoje estão no centro do debate cultural e político europeu. É importante que o faça, com rasgo, ousadia e pensamento inovador. As conclusões a que chegarem os vossos trabalhos, terão peso no debate que se está a aprofundar na União Europeia, confrontada hoje indiscutivelmente com pesadas incertezas, perplexidades, indefinições e novos desafios. Como dizem alguns europeístas, cujos pontos de vista partilho, a nossa Europa hoje, acima de tudo, precisa de um "suplemento de alma", quer dizer: idealismo, sentido de generosidade e um novo impulso que a leve a uma maior afirmação num mundo preocupantemente à deriva.

Portugal tem a maior honra em vos acolher e estou seguro de que a opinião esclarecida portuguesa seguirá com a maior atenção os vossos trabalhos e eventuais conclusões.

Permitam-me que vos deseje os maiores sucessos, a bem da União Europeia, que gostaria que fosse também, cada vez mais, a Europa dos Cidadãos, assente no império do Direito e nos ideais humanistas da Justiça, da Solidariedade e da Paz.

Mário SOARES

Lisboa, 18 de Maio de 1994

Monsieur le Président de l'Assemblée de la République,
Monsieur le Président de la Cour de Cassation,
Monsieur le Président du Tribunal Constitutionnel,
Monsieur le Ministre de la Justice,
Messieurs les Ambassadeurs,
Monsieur le Procureur Général de la République,
Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats,
Messieurs les Magistrats,
Mesdames et Messieurs:

Je salue — et remercie, au nom du Portugal — les illustres Magistrats représentants des pays de l'Union Européenne ici présents. Leur séjour parmi nous confère grand honneur à cette cérémonie, à plusieurs titres exceptionnelle, et nous réjouit énormément.

C'est à vous, Messieurs les Présidents des Cours de Cassation et Messieurs les Procureurs Généraux, que revient la responsabilité suprême d'affirmer et de proclamer le Droit et la Justice — et son indéniable indépendance face aux différentes formes du pouvoir politique et économique — en tant que fondement irremplaçable des sociétés démocratiques modernes et en tant qu'élément essentiel de l'observance des droits de l'homme.

Je m'associe donc, en ma qualité de Président de la République mais aussi de modeste avocat que j'ai été, avec le plus grand intérêt personnel et avec plaisir, à la réalisation de cette Conférence qui traite de thèmes si actuels et si importants, tels que la justice et les mass media, et la coopération judiciaire en matière pénale et civile après Maastricht — entre autres — tout en souhaitant vous faire part de l'importance que j'accorde, en ce complexe moment historique que nous traversons, à une réflexion approfondie sur le

Droit Européen, sur la jurisprudence des Cours Européennes, sur la convergence entre nos Droits nationaux et sur leur rôle primordial pour la construction de l'Union Européenne.

En effet, le processus complexe de l'unité européenne a toujours reposé, dès le début, sur la primauté du Droit, sur la nécessaire convergence entre les différentes formes de Droit national des Etats membres et sur l'affirmation d'un Droit supranational, en tant que manifestation d'unité, notamment en matière de droits humains et pour la défense de l'éminente dignité de la personne humaine.

Lorsque, après la deuxième grande guerre, s'est tenu à La Haye le Congrès Européen qui a été à l'origine du mouvement ayant abouti à l'institutionnalisation du Conseil de l'Europe, dans la pensée européenne des «pères fondateurs» — un Churchill, un De Gaspari, un Adenauer, un Schuman, un Spaak ou un Monnet — a toujours été présente, allant de pair avec une Europe Unie par la «libre circulation des personnes, des idées, des capitaux et des marchandises», l'existence d'une «Charte des Droits de l'Homme» et d'une Cour de Justice susceptibles de garantir les libertés non seulement politiques et religieuses, mais également économiques et sociales.

Sous les auspices du Conseil de l'Europe — basé sur le Traité de Londres de mai 1949 — a été fixé le rattachement de ses membres (je cite) aux «valeurs spirituelles et morales qui constituent le patrimoine commun de ses peuples, et aux principes de la liberté politique et de la primauté du Droit sur lesquels se fonde la démocratie». C'est ainsi que s'est édifié un corps de Droit Européen, duquel ressortent la protection des droits humains et des libertés fondamentales, la Charte Sociale Européenne de 1961 et le Code Européen sur la Sécurité Sociale de 1964.

La Convention Européenne des Droits de l'Homme, signée à Rome en 1950, est entrée en vigueur en septembre 1953 et a contribué d'une manière décisive à la formation et à la consolidation d'un droit commun européen des libertés politiques.

Le Traité de Maastricht a singulièrement renforcé le compromis des Etats membres avec la démocratie et avec les droits de l'homme, et souligné l'image de l'Union Européenne comme étant une entité politique internationale pour la défense et la promotion coordonnée des valeurs et des intérêts des Etats membres et, très en particulier (je cite), le «développement et le renforcement de la démocratie et de l'Etat de Droit, ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales».

Ces brèves références à des moments importants du processus de l'union européenne — par l'évocation de notre mémoire historique commune — servent à souligner le rôle décisif et véritablement agglutinant du

Droit et de la Justice en tant que facteurs essentiels dans le parcours déjà long, mais encore inachevé, de la construction européenne.

Il y a évidemment lieu de poursuivre ce chemin, en rapprochant le Droit de la réalisation des idéaux de Justice, aspiration commune à nos Peuples, afin d'accorder à l'Homme — dans ce cas à l'Homme européen ou au résidant dans l'Union — son fondement et sa validité, le respect de sa dignité essentielle et la reconnaissance de ses droits, garanties et libertés, dans l'égalité de sa condition, indépendamment du sexe, de la couleur, de la race ou de l'ethnie, ainsi que de la réalisation de ses devoirs corrélatifs de solidarité et de co-responsabilité.

Il est important de savoir résister à la tendance de réduire le Droit à une dimension instrumentale, avec des finalités autres que celle de la réalisation de la Justice, en le limitant à des objectifs pragmatiques de simple réglementation d'intérêts économiques et technocratiques.

Cette Conférence, par les thèmes qu'elle aborde et par la haute qualité et la responsabilisation de ses participants, ne manquera certainement pas de faire une réflexion sur ces questions, et autres, situées aujourd'hui au centre du débat culturel et politique européen. Il est important qu'elle le fasse avec générosité, avec audace, avec une pensée innovante. Les conclusions que vous tirerez de vos travaux vont peser sur le débat qui s'approfondit dans l'Union Européenne, indiscutablement confrontée aujourd'hui à de lourdes incertitudes, à des perplexités, à des indéfinitions et à de nouveaux défis. Comme certains européistes, dont je partage les points de vue, l'affirment, l'Europe de nos jours nécessite, plus que tout, d'un «supplément d'âme», c'est-à-dire: d'idéalisme, d'un sens de la générosité et d'une nouvelle impulsion qui la pousse à s'affirmer davantage dans un monde à la dérive de manière préoccupante.

Le Portugal se sent très honoré de vous accueillir, et je suis certain que l'opinion éclairée des portugais suivra très attentivement vos travaux et vos éventuelles conclusions.

Permettez-moi de vous souhaiter le plus grand succès, pour le bien de l'Union Européenne, que j'aimerais voir se transformer chaque fois plus dans l'Europe des Citoyens, fondée sur l'empire du Droit et sur les idéaux humanistes de la Justice, de la Solidarité et de la Paix.

Mário SOARES

Lisbonne, le 18 mai 1994

I

JUSTICE AND MASS MEDIA

LA JUSTICE ET LES MASS MEDIA

BELGIUM
*
BELGIQUE

LES RAPPORTS ENTRE LA JUSTICE ET LA PRESSE

1. Les textes

En Belgique, le rapport Presse-Justice est essentiellement régi par les articles 14 et 18 de la Constitution et par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article 14 de la Constitution énonce notamment que «la liberté de manifester ses opinions en toute matière est garantie, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés».

L'article 18, alinéa 1er de la Constitution est ainsi libellé:

«La presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs».

Quant à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il dispose:

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des

mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du Pouvoir judiciaire.»

* Certains ministres de la Justice ont pris quant aux problèmes relatifs aux communications à la presse par les autorités judiciaires, 3 circulaires, soit:

1. circulaire du 24 juillet 1953 du Ministre du Bus de Warnaffe, manifestement rédigée sous l'impulsion du Procureur général à la Cour de Cassation Mr. Hayoit de Termicourt à l'époque premier avocat général qui permet de déroger au secret professionnel dont il précise les limites et sous les conditions que les droits de la défense doivent être sauvegardés, qu'aucune appréciation personnelle ne soit émise et que, s'il s'agit d'une affaire faisant l'objet d'une instruction, aucun renseignement ne soit communiqué sans l'accord du juge d'instruction et qui prévoit que l'information judiciaire sera confiée à un porte-parole autorisé du Pouvoir judiciaire, délégué par le procureur du Roi ou l'auditeur militaire sous l'autorité du procureur général ou de l'auditeur général.
2. circulaire du 9 avril 1965 du Ministre Vermeulen;
3. circulaire du 15 juin 1984 du Ministre Gol.
Celle-ci insiste surtout sur le devoir de réserve qui s'impose à tout magistrat et attire spécialement l'attention des magistrats du parquet sur leur obligation de solliciter préalablement à toute communication l'autorisation de leur hiérarchie.

* En résumé la teneur des directives revient à considérer que les parquets peuvent fournir des renseignements au sujet des instructions en cours, pourvu que cette communication soit justifiée par un intérêt supérieur et général.

La réserve et la discrétion restent cependant deux exigences primordiales, à observer en général par la magistrature.

Dans la dernière circulaire le Ministre Gol y ajoute encore, bien que de telles circulaires ministérielles ne puissent concerner que les magistrats du ministère public, qu'il «estime qu'il s'indique de prendre contact avec les

premiers présidents des cours d'appel du ressort, pour les inviter à demander aux magistrats du siège de respecter les mêmes principes».

Ces différentes circulaires s'articulent autour de la mission d'information dévolue à la Presse et du respect dû à la loi pénale.

En clair, il s'agit de concilier les libertés individuelles reconnues dans les textes de la Constitution et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Elles admettent la communication de renseignements au sujet d'affaires en cours, pourvu que cette communication soit justifiée par un intérêt supérieur et général.

Elles appellent à cette occasion, les devoirs de réserve et de discrétion qui président à la communication desdites informations aux mass media.

- * Dans un passé relativement récent le monde politique s'intéressa à la problématique et diverses questions ont été posées par des parlementaires, suscitées cependant en majorité par des événements spécifiques. Par conséquent les réponses des Ministres de la Justice respectifs ne comportent pas d'informations utiles concernant la problématique générale de la conduite à adopter par la justice. La même remarque vaut aussi pour les rares interpellations qui ont déjà été formulées en la matière, à l'exception d'une seule réponse du Ministre Gol à une interpellation de Monsieur Moureaux (Sénat - annales parlementaires - séance 27 février 1987). C'est d'ailleurs dans cette occasion que le Ministre Gol se réfère explicitement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 8), dans l'extrait suivant:

«certaines choses, même dans une société démocratique, doivent rester secrètes dans l'intérêt de la sécurité de la communauté pour protéger la vie privée individuelle ou la pudeur des personnes. C'est d'ailleurs ce que stipule très clairement l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les journalistes doivent dès lors, comme citoyens, respecter la loi pénale, comme journalistes, s'imposer le nécessaire devoir déontologique, de respecter les règles dont je viens de parler. Par ailleurs, les autorités judiciaires doivent apprécier avec prudence quand et comment il est opportun d'appliquer la loi pénale, en tenant compte du fait que les médias doivent pouvoir exercer un contrôle sur les événements, dans l'intérêt même de la démocratie et de la protection des citoyens.

Je concluais en disant que le journaliste ne peut obtenir son information d'une manière contraire à la loi, se rendre coauteur ou complice

d'infractions pénales, même si son mobile, noble en soi, est d'obtenir et de diffuser l'information dans l'intérêt de la démocratie».

Je n'ai, Mesdames, Messieurs, chers collègues pas changé de sentiments aujourd'hui et je suis toujours convaincu que s'applique l'adage mémorable *quid leges sine moribus*, que la loi n'est rien sans les moeurs. Cela vaut pour les juges d'instruction qui doivent appliquer la loi avec prudence et mesure; cela vaut également pour les journalistes qui doivent exercer leur profession avec le souci du bien général.»

II. Doctrine:

La question épineuse de la mise en balance des droits et libertés individuelles des acteurs de la relation Presse-Justice semble refaire surface à intervalles réguliers et pose à chaque fois la même cohorte d'interrogations qui touchent à l'individu et à ses libertés ainsi qu'à la répression des violations de ces mêmes droits fondamentaux, génératrice de sanctions (pénales ou disciplinaires).

Journalistes et magistrats ne restent pas moins des hommes même s'ils sont chargés d'une mission sociale.

Sont notamment à chaque fois remis en cause pour les premiers, l'article 458 du Code pénal et l'article 80 du Code d'instruction criminelle, et pour les seconds, l'article 404 du Code judiciaire.

- Code pénal: article 458

Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets, qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs.

- Code d'Instruction Criminelle: article 80

Toute personne citée pour être entendue en témoignage, sera tenue de comparaître et de satisfaire à la citation: sinon, elle pourra y être contrainte par le juge d'instruction, qui, à cet effet, sur les conclusions du (procureur du Roi), sans autre formalité ni délai, et sans appel prononcera une amende qui

n'excédera pas cent francs, et pourra ordonner que la personne citée sera contrainte par corps à venir donner son témoignage.

- Code Judiciaire: article 404

Ceux qui manquent aux devoirs de leur charge, ou qui par leur conduite portent atteinte à la dignité de son caractère, peuvent faire l'objet des sanctions disciplinaires déterminées au présent chapitre.

* Le monde judiciaire lui-même ne met la relation presse-justice que très sporadiquement en avant, d'une manière très limitée d'ailleurs, par rapport aux médias audio-visuels.

Pourtant, le 1er septembre 1970 Monsieur E. Van De Vliedt accentua le danger non imaginaire des médias, radio et télé, en les termes suivants: «Très grande est la responsabilité du pouvoir disposant de la force suggestive de ces instruments modernes d'information».

Onze ans plus tard (1981), Monsieur F. Dumon, procureur général près la Cour de cassation se posa la question de savoir si l'opinion publique est suffisamment informée au sujet des missions et des responsabilités du Pouvoir judiciaire. Il n'est pas aisé de répondre à cette question, écrit-il car elle nécessite la prise en considération, d'une part, des informations que l'opinion publique est susceptible d'avoir et de celles qu'elle a le droit de recevoir et, d'autre part, des devoirs de discrétion qui sont ceux des membres du Pouvoir judiciaire.

Le Pouvoir judiciaire pourrait-il améliorer l'information de l'opinion publique au sujet de ses activités et responsabilités, notamment en participant à certains débats à la radio et à la télévision se demandait Monsieur le procureur général Dumon.

La réponse sera négative, parce que des indications sommaires, résumées et approximatives que fourniraient des magistrats, fausseraient plutôt l'information qu'elles ne la serviraient, en même temps qu'elles terniraient l'image de la justice.

Le 1er septembre 1988, dans son discours sur les devoirs et servitudes des membres du Pouvoir judiciaire, Monsieur E. Krings, procureur général près la Cour de cassation consacra lui aussi un court passage au magistrat qui est appelé à intervenir à l'occasion d'une interview accordée en vue soit d'une émission télévisée, soit d'un article de presse. Le procureur général souligne une fois de plus que le magistrat est tenu d'être totalement indépendant, et que ses décisions ne peuvent être le reflet de ses opinions

personnelles, mais l'expression objective et impartiale du jugement des faits et de l'application de la loi.

La question se pose s'il en est encore ainsi lorsque publiquement le magistrat a fait connaître ses opinions et a pris position sur tel ou tel problème auquel l'opinion publique s'intéresse.

Monsieur Krings estime qu'il n'est pas possible de tolérer une liberté totale d'expression de pensées et d'opinions dans le chef des magistrats.

Celui qui accepte d'exercer des fonctions de magistrat doit savoir qu'il s'interdit certaines activités et l'exercice inconditionnel de certaines libertés.

MAIS la question reste de savoir de quelle manière ces restrictions doivent être définies et appliquées.

- * Dans le milieu universitaire et dans celui des hautes écoles de la communication de nombreuses publications ont été consacrées au sujet.

Tandis qu'une tendance se révèle en faveur d'une plus grande franchise, D. Voorhoof a publié en néerlandais, sous le titre traduit de «Droit à l'information, liberté de la recueillir et droit de silence pour le journalisme» – publié par la Ligue des Droits de l'Homme 1985, l'opinion qu'il faut un équilibre entre la liberté de la presse et le droit à l'information d'une part, et le secret de l'instruction criminelle, les droits de la défense, les chances de resocialisation ou réintégration de l'inculpé et la vie privée de l'individu d'autre part.

D. Voorhoof termine son étude par son souhait de plaider, eu égard à des considérations d'efficacité, pour un système d'autorégulation, établissant, de concert entre les instances judiciaires, le barreau, les organisations de reclassement et le secteur journalistique, un certain nombre de directives qui tiendraient lieu de code déontologique pour le journalisme judiciaire.

Dans son article au titre traduit: «Crime, lutte contre le crime et les médias: une relation problématique», le professeur J. Van Kerckvoorde s'associe à la proposition de D. Voorhoof mais pose très clairement que de toute façon, dans la phase de l'instruction judiciaire, la marge de franchise restera limitée. Le droit de l'inculpé au respect de sa vie privée, la présomption d'innocence comme ligne directrice et la nécessité de recueillir les preuves en justice mettent obstacle à la libre distribution d'information.

Dans l'article «Médias et reportage judiciaire» D. Voorhoof a analysé davantage la relation problématique interne. Une zone de tension est inévitable, précisément à cause des caractéristiques structurelles et des fonctions respectives des mass-media d'une part et de l'appareil judiciaire d'autre part.

Du côté des médias c'est la rapidité qui domine, le caractère jaillissant, passager et souvent superficiel du reportage d'actualité. La justice par contre fonctionne lentement et avec réflexion, avec des procédures formalisées. L'appréciation se forme sur base d'évaluations nuancées et de l'impartialité et l'indépendance garanties des juges.

Tandis que les médias se fixent sur le monde politique, social, économique et culturel, et sont devenus un moyen de plus en plus important pour ces secteurs sociaux, le monde judiciaire s'est toujours tenu loin des médias. Des contacts avec la presse sont limités au strict minimum.

Les magistrats, les fonctionnaires de la Justice, les membres de la police judiciaire et aussi les avocats doivent, en vertu de leurs obligations professionnelles légales déontologiques ou statutaires, se garder des contacts avec la presse, la radio et la télévision.

Et pourtant, l'appel au juge va en augmentant, et il lui est demandé de faire un choix politique dans des affaires présentant une implication sociale et politique manifeste.

Certes, sa décision doit être rapportée par la voie du large éventail des médias. Mais la conséquence en est que la jurisprudence et, en fin de compte, le juge deviennent l'objet du débat politique ou l'objet de la critique !

Parallèlement se développe un public avide d'amusement, de sensation et de curiosité triviale.

Si l'on prête tant d'attention à l'information au sujet de crimes et tribunaux, c'est parce qu'on a constaté que cette «publicité» paraît avoir beaucoup de succès auprès du public.

Les médias ont égard au fait que l'information sur la criminalité grave et des reportages émotionnels sur des affaires d'assises ou de prise d'otages font monter les tirages ou l'indice d'écoute.

L'enseignement des études consultées sur le sujet peut se résumer comme suit:

Si le Ministre de la Justice Vermeulen a pu parler «d'un climat de confiance réciproque entre la presse et les milieux judiciaires qui devrait faciliter chez les journalistes leur tâche d'information sans qu'il soit porté préjudice à l'action de la justice», il semble que, loin d'atteindre ce but, la relation Presse-Justice se caractérise par les mots-clé:

Méfiance et Frustration

C'est en fait un conflit de deux légitimités qui est en cause.

D'un côté, les magistrats ont le devoir de faire apparaître la vérité et pour ce faire recourent à de nombreux moyens légaux tels la détention

préventive, les perquisitions, les inculpations pour vol et/ou recel de documents ou complicité de violation du secret professionnel.

Dans leur quête de la vérité, la légitimité de l'action des magistrats devient difficilement contestable.

De l'autre, les journalistes revendiquent légitimement le droit au secret sur leurs sources d'information, indispensable à l'accomplissement de leur mission sociale d'information. Or, par définition le journaliste n'est pas un «confident nécessaire».

Il en résulte que le journaliste ne peut se retrancher derrière le secret professionnel consacré par l'article 458 du Code pénal et qu'il est donc passible de l'article 80 du Code d'instruction criminelle.

En d'autres mots, les magistrats sont astreints, de par leur charge et les obligations qui en résultent, à un secret qui peut être qualifié de secret *ratione materiae*, tandis que les journalistes sont astreints, ou du moins devraient se plier aux exigences d'un secret *ratione personae*.

Aucun des deux secrets ne prévaut sur l'autre, mais une appréciation cas par cas s'impose de même qu'un recours obligé, nécessaire et indispensable à la déontologie professionnelle et à la confraternité.

On ne saurait cependant manquer de relever que, de l'avis des plus éminents juristes également magistrats, il n'est pas possible de tolérer une liberté totale d'expression de pensées et d'opinions dans le chef des magistrats lesquels se doivent d'être vigilants à leur totale indépendance, qu'ils appartiennent au siège ou au ministère public.

Quoiqu'il en soit et indépendamment d'actualités judiciaires relayées par la presse, la question du juste équilibre de la relation Presse-Justice semble être un problème éternel encore récemment évoqué.

Les sentiments de méfiance et de frustration éprouvés par le Pouvoir judiciaire à l'endroit des media procèdent des griefs le plus souvent adressés à l'information judiciaire en ce qu'elle a trop souvent pour conséquence de détruire la confiance du citoyen dans la Justice de son pays. De fait, il peut être souvent reproché aux media de diffuser des **informations incomplètes** en ayant recours à une seule source de renseignements sans avertir le destinataire de l'information de l'unicité de cette source et sans vérifier l'exactitude du renseignement, de faire preuve de **manque d'objectivité** lorsque le journaliste s'autorise à marquer sa préférence pour l'argumentation développée par l'une des parties à un procès, de **violier la présomption d'innocence** en désignant avant tout jugement un coupable de crime ou de délit, de **méconnaître ou mal connaître le droit et les règles fondamentales de la procédure**, de s'abstenir de donner des explications suffisantes relatives à la mise en oeuvre de l'instruction et de la procédure en matière

pénale et plus généralement au fonctionnement de la justice et de violer le **droit au respect de la vie privée** en dévoilant dans de nombreuses affaires les noms des inculpés ou de personnes intéressées au procès sans que la nécessité s'en fasse sentir.

Les conséquences des carences de l'information sont essentiellement préjudiciables à ceux qui sont concernés par cette information; elles peuvent aussi gravement hypothéquer le caractère équitable du procès et faire que le public abandonne toute confiance en la justice.

Les critiques formulées à l'égard de l'information judiciaire sont directement liées à la manière dont le journaliste dispense sa propre information. Il est vrai qu'il lui est parfois malaisé de recueillir un renseignement fiable surtout lorsqu'il s'agit d'éléments relatifs à une instruction pénale.

Par ailleurs les chroniqueurs judiciaires exercent leur profession sans avoir reçu une formation adéquate et sans avoir acquis des connaissances particulières relatives au droit et au fonctionnement des institutions judiciaires.

Il est incontestable que la liberté de la presse constitue un des piliers de l'Etat de droit démocratique et que l'information judiciaire y joue un rôle important. Cependant la liberté d'accès et de dispensation de l'information ne peut être absolue; elle doit céder devant les nécessités de l'administration d'une bonne justice, devant le respect de la présomption d'innocence, des droits de la défense et de la vie privée.

Une information correcte suppose d'abord une formation adéquate du chroniqueur judiciaire et de son lectorat mais elle implique aussi que la Justice puisse disposer d'un personnel spécialement formé aux techniques de la communication et des relations avec les média et le public tel l'ombudsman institué par la Région flamande dans le cadre de la transparence de l'administration.

La mission du journaliste ne devrait pas se limiter à la relation du déroulement d'instructions judiciaires ou de procès en cours.

Elle devrait s'étendre à l'information du public sur les grands courants judiciaires, sur la politique des poursuites ou des classements ainsi que sur l'évolution de la jurisprudence concernant des questions d'intérêt général.

Les responsables de la communication devraient être en mesure d'explicitier les fondements d'une décision soumise à la critique, sans s'exposer à l'agressivité, à la raillerie d'un interlocuteur motivé par des préoccupations démagogiques.

Il n'est jamais bon que des décisions judiciaires fassent l'objet des critiques de la presse sans que la contradiction soit permise ou assurée et les institutions judiciaires, tout en restant tenues au devoir de réserve devraient

disposer de moyens leur permettant de justifier leur action tout comme le pouvoir exécutif dispose de la possibilité de justifier publiquement et de défendre ses décisions.

Ne pourrait-on par ailleurs exiger des magistrats comme des avocats que les journalistes soient effectivement mis en mesure de suivre correctement les débats, au besoin avec l'aide d'installation d'amplification, qu'ils s'expriment dans un langage simple et compréhensible par le commun des destinataires de l'information et enfin que le commentateur puisse disposer d'un accès facile à la décision rendue.

- I. Réunis récemment les chefs de corps des cours du pays ont discuté des règles de bonne conduite auxquelles devrait être attentif un magistrat appelé à participer à un débat radio-télévisé ou à donner une interview à la presse.

Malgré le caractère délicat que revêtent très souvent de telles interventions, ils ont considéré qu'en présence d'un phénomène de médiatisation qui tend à se développer de plus en plus, les membres du Pouvoir judiciaire ne pouvaient y échapper et que, partant, ils ne pouvaient refuser systématiquement toute participation à une émission radio-télévisée ou de se faire interviewer.

Ils ont néanmoins estimé que la participation à de telles émissions présentait un danger en raison du fait que les propos tenus étaient de nature, dans certains cas, non seulement à porter préjudice aux droits des justiciables ou au secret de l'instruction mais aussi à mettre en cause le Pouvoir judiciaire.

Il va en effet de soi que lorsqu'un magistrat est appelé à intervenir dans une émission ou dans un débat télévisé, c'est sa qualité qui est mise en exergue et que par conséquent les termes de son intervention peuvent être interprétés par l'opinion publique comme représentatifs de l'opinion du Pouvoir judiciaire.

Le devoir de réserve qui touche à la fonction même de magistrat nécessite dans son chef la plus grande prudence lorsqu'il est appelé à formuler une opinion ou un avis qui sera répercuté par les média et partant susceptible de donner lieu à des commentaires voire même à des interprétations parfois éloignées de la volonté de son auteur.

Pour ces raisons, les chefs de corps ont estimé qu'il convenait de préciser les conditions auxquelles il était souhaitable que le magistrat se soumette lorsqu'il était appelé à intervenir à l'occasion d'une interview ou d'une émission télévisée; ils ont dès lors déterminé les

conditions dans lesquelles une participation active du magistrat peut être admise.

a) Quant à l'autorisation des autorités hiérarchiques:

En ce qui concerne les magistrats du ministère public, cette obligation résulte des circulaires ministérielles rappelées ci-dessus.

En ce qui concerne les membres du siège, une procédure analogue devrait être adoptée quoique cette limitation à la liberté d'opinion du juge ne puisse procéder de circulaires ministérielles.

Il n'en reste pas moins vrai que la nécessité d'une concertation entre le magistrat et son chef de corps trouve son fondement dans l'obligation de réserve qui s'impose à tous les magistrats et sa justification dans le retentissement qu'une prise de position de magistrat peut avoir dans l'opinion publique.

Il appartient dès lors au magistrat du siège pressenti soit pour participer à une émission radio-télévisée soit encore pour accorder une interview à un journaliste de la presse écrite, d'en référer à son chef de corps et d'examiner avec celui-ci les conditions et modalités selon lesquelles l'intervention du magistrat concerné peut avoir lieu. Il doit se créer à cet égard un dialogue ouvert au cours duquel le chef de corps attirera l'attention du magistrat sur «les implications de son obligation de réserve».

A défaut de consensus entre le chef de corps et le magistrat, le dernier mot devra rester au chef de corps lequel pourra prescrire au magistrat pressenti de s'abstenir.

b) Quant au contenu des déclarations et des opinions qui pourront être émises par le magistrat pressenti:

I. Le magistrat appelé à participer à un débat radio-télévisé ne pourra en règle faire état ou commenter un dossier qu'il traite ou a traité.

Il ne pourra également émettre aucune opinion ni *a fortiori* aucune critique concernant une affaire traitée par un autre magistrat.

II. Il devra s'abstenir de toute critique vis-à-vis des corps constitués et des membres de ceux-ci. Ainsi, il ne pourra émettre une opinion contraire quant à l'attitude du Pouvoir législatif ou de l'exécutif telle que par exemple la politique suivie par le Ministre de la Justice.

III. Il devra s'assurer de l'identité et de la qualité des personnes participant au débat, cela en vue notamment d'éviter d'être

surpris par des intervenants souhaitant l'entraîner par leurs questions à se départir de son obligation de réserve.

IV. Le magistrat pressenti devra obtenir les précisions les plus complètes possibles concernant les sujets qui seront traités ou évoqués lors de l'émission. Il s'informer également sur le genre de questions susceptibles d'être posées.

V. L'attention du magistrat sera particulièrement attirée sur la nature et l'objectif poursuivis par l'émission. S'agit-il d'une émission dont le caractère scientifique et d'information objective est démontré ? ou s'agit-il plutôt d'une émission visant avant tout à choquer l'opinion publique aux fins d'obtenir un taux d'audition élevé ? s'agit-il ou non d'une émission où les téléspectateurs peuvent en direct poser des questions au magistrat ?

VI. Le magistrat présent devra en tout état de cause se montrer attentif au respect des droits de la défense, du droit à la présomption d'innocence et du droit du respect de la vie privée et familiale, notamment en évitant de donner l'identité de personnes concernées voire même de fournir des indications de nature à permettre leur identification.

Il paraît évident que si ces conditions ne sont pas remplies, le magistrat devra s'abstenir d'accepter de participer à l'émission. Dans l'hypothèse où au cours de débat ces règles ne seraient pas respectées, il lui appartiendrait de décider s'il convient de continuer à participer à l'émission ou s'il est préférable de se retirer.

Chaque chef de corps appréciera s'il y a lieu de faire part de ces principes aux magistrats placés sous son autorité, en insistant le cas échéant sur le fait que ces principes visent non pas à vinculer en quoi que ce soit leur liberté d'opinion ou d'expression mais à leur permettre de manifester celle-ci tout en respectant le devoir de réserve auquel ils sont soumis.

Dans l'intérêt de nos sociétés et de nos institutions, il importe que se rompe le lien de causalité trop souvent établi entre l'information du public quant aux choses judiciaires telle qu'elle est actuellement pratiquée et la méfiance croissante de l'opinion publique à l'égard de la Justice et de la manière dont elle est rendue. S'il est exact de considérer que les imperfections de l'information judiciaire répandue par les media contribuent au développement de la méfiance du citoyen à l'égard des institutions de justice, il

importe de prendre conscience de ce que le temps est venu de porter remède à ces imperfections sous peine de porter atteinte définitivement à la notion d'Etat de droit et au grand principe de la liberté de la presse.

Oscar STRANARD*

Premier Président de la Cour de Cassation

Etudes, ouvrages, jurisprudence et autres sources d'information consultées.

- «Réflexions sur la liberté de la presse», A. CHOME, J. T. 1948, p. 165 et 166;
- «La magistrature et les libertés constitutionnelles», H. BOTSON, J. T. 1951, p. 97 et 98.
- «Het Rechtsstelsel van radio en televisie en de grondwettelijke vrijheden», W. J. GANSHOF van der MEERSCH, R. W. 61-62, col. 2337 à 2358.
- «Le problème de l'application aux juridictions administratives des règles de la Convention européenne des droits de l'Homme relatives à la publicité des audiences et des jugements», J. VELU, R. D. I. D. C. 1961, p. 129 à 171.
- «Considérations sur la liberté de presse et d'information.», E. Van de Vliedt, J. T. 1970, p. 641 à 648.
- «Police, Presse et Secret professionnel», BRAAS, Fac. de Dr. de Liège 1971, Hommage à Jean Constant, p. 69 à 80.
- «Vie privée et droit de la presse», G. LEROY, J. T. 1978, p. 717 à 721.
- «Le journaliste a-t-il le droit de taire ses sources ?», G. LEROY, J. T. 1980, p. 181 à 187.
- «La liberté de la presse et le Pouvoir judiciaire», P. LAMBERT, Journal des Procès 1984, p. 8 à 10.
- «Magistrature - Barreau - Presse et Conférences de presse», J. LECLERCQ, R. D. P. 1987, p. 871 à 889.
- «Het proces van de Pers over het proces» Prof. Dr. D. D'HOOOGHE in TijdschriftGerechtelijk jaar 1993-1994, N° 2.
- «Indépendance et discipline», R. LALLEMAND, Bruxelles, Ed. LABOR 1987, p. 27 à 42.

* Rapport présenté par Monsieur Jules D'HAENENS, Président de la Cour de Cassation.

- «Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire», E. KRINGS, J. T. 1988, p. 489 à 498.
- «La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit disciplinaire», P. LAMBERT, J. T. 1988, p. 53 à 58.
- «Note relative aux devoirs des magistrats appelés à témoigner devant la Commission d'enquête parlementaire relative à la répression du banditisme et du terrorisme» L. SLACHMUYLDER, J. T. 1989, p. 13 et 14.
- «Media en gerechtsverslaggeving». D. VOORHOOF, Panopticon, 1989, p. 217 à 237.
- «Gijzelaar, gijzelnemer, Overheid, politie, media: touwtrekken geblazen!», Bruggeman, De Sutter, Luypaerts, Panopticon, 1990, p. 8 à 31.
- «La Convention européenne des droits de l'Homme et les procédures disciplinaires au sein des professions libérales», P. Lambert, Rev. Trim. des dr. de l'Homme 1990, p. 35 à 45.
- «Rôle et position du magistrat par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat et de la société. L'indépendance de la magistrature, la responsabilité du magistrat, la responsabilité du magistrat vis-à-vis de l'Etat et de l'individu», E. Krings, R. D. I. D. C., 1990, p. 141 à 157.
- «Les rapports des magistrats intéressés à l'instruction avec la presse», F. JONGEN, R. D. P. 1990, p. 901 à 931.
- «Note concernant la relation Presse-Justice-Citoyen», C. DEKKERS, à une date ignorée.
- «Secret professionnel et secret des sources», P. LAMBERT, Journal des Procès 1993, p. 21 à 23.

Ouvrages:

- «Le droit de la radio et de la télévision», F. JONGEN, Ed. De Boeck, 1989.
- «Recht op informatie, garingsvrijheid en een zwijgrecht voor de journalistiek, D. Voorhoof, Liga voor Mensenrechten, 1985.
- «Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'Homme», J. VELU, éd. SWINNEN, 1981.
- «La responsabilité professionnelle des gens de justice et des fonctionnaires», Conférence du Jeune Barreau de Mons, 1989.
- «La responsabilité des magistrats: du nouveau ?», Bull. de l'U.I.M., octobre 1989.

- «Les droits fondamentaux de l'individu», notes prises au cours de Monsieur J. VELU, U.L.B., deuxième édition, p. 71-72.
- LIBER AMICORUM Frédéric Dumon, II, éd. KLUWER 1983.

Jurisprudence:

- Conseil d'Etat (7e ch.), 6 avril 1966, J. T. 1967, p. 401 et s.
- Conseil d'Etat, 18 mars 1969, p. 283 et s.
- Examen de jurisprudence 1980 à 1986, «La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», R. O. Dalcq, R.C.J.B. 1987, p. 646 et 647.
- Cass. (1ère ch.), 14 mai 1987, R.C.J.B. 1988, p. 528 et s., note J. Verhoeven.
- Civ. Bxl (4e ch.), 12 janvier 1990, J. T. 1990, p. 575 et s.
- Cour d'appel Bxl, 5 février 1990, R.G.A.R., 12991, 11.844.
- Cass. (1ère ch.), 13 septembre 1991, J. T. 1992, p. 98.

Autres sources:

- «La presse et le Barreau», J. L. Hirsch, J. T. 1965, p. 649.
- «Presse et Vie privée en matière judiciaire», Bull. d'information de l'A.S.M., 1985, février 1985.
- «La liberté d'expression des magistrats sous haute surveillance», Bull. d'inf. de l'A.S.M. 1987, novembre 1987.
- «La Justice et la Presse», Juger 1992, n° 3, p. 11 et s.

DENMARK

*

DANEMARK

1. The Danish Constitutional Act provides that in the administration of justice proceedings shall to the widest possible extent be public and oral.

By virtue of Article 6 of the European Convention of Human Rights everyone charged with a criminal offence is entitled to a public hearing, and judgements shall be pronounced publicly. However, the public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, when the interests of juveniles or the protection of the private lives of the parties so require, or to the extent necessary where publicity would prejudice the interests of justice.

In criminal proceedings the access of the press to attend and report from hearings is assumed to serve two principal purposes: partly to ensure that the suspect is given a fair trial and partly to inform the public on the way in which a particular offence is judged and on what punishments are met out with a view to achieving a general preventive effect as well as to affecting the general development of morals in society.

Thus, it is a common assumption that the press should be afforded the widest possible access to hearings and the best conditions possible to report from them. In this manner only will public insight into and confidence in the judicial system be secured. And in this manner only will an objective basis be provided for a public debate on the framework of the penal system, for instance concerning the severity of sentences imposed in different types of case.

1.1. Under Danish procedural law hearings are held in public unless the court decides otherwise. Exclusion of the public happens not infrequently during pre-trial proceedings. On extremely rare occasions the trial is not held in public. Exceptions are made in certain cases, typically against persons

involved in extensive drug crimes where the principals have not been apprehended or are awaiting trial.

As mentioned above, the judgement itself must always be pronounced in open court.

The Administration of Justice Act provides that the court can decide to sit in camera, i.e. that solely the parties may attend the hearing, when the suspect is under the age of 18 and, in exceptional circumstances, when a hearing in open court would endanger somebody's safety or would cause unnecessary distress to somebody or when a public hearing would crucially impede the course of justice. Publication of any part of proceedings in camera is prohibited.

Under the same provisions the court may decide to restrain publication of all or parts of trials in open court. Breach of such an injunction against publication is punishable by a fine. The court shall ensure that doors are not closed in the event that it is deemed sufficient to apply the provision on banning any report.

Finally, on request of the suspect the court may, applying the principle of the least interference, ban the publication of the suspect's (defendant's) name, occupation or address or those of any other persons named in the case, or that the identity of the person concerned is published in any other manner unless substantial grounds indicate otherwise. In actual practice, a ban on publication of names is frequently imposed in Denmark. The ban will always cease to have effect when final judgement has been pronounced. Accordingly, the press are always at liberty to publish the identity of a convicted person.

1.2. Under the provisions the public, including the press, may attend hearings as spectators. Thus, members of the press are not afforded special privileges in this context. According to existing rules it is prohibited to make sketches or to record visually in any other manner during court hearings unless the court grants leave to do so. Permission is hardly ever given to make sketches and never to record visually. Moreover, the audio-taping of hearings is not permitted, not even if this is done for the sole purpose of aiding a journalistic report.

The Danish press associations have proposed that access be opened to radiocast or telecast criminal proceedings analogously with what is permitted in a number of other countries. The written press has solely proposed access to use tape-recorders as an aid to journalists. In 1993 the Ministry of Justice set up a committee on which sit journalists and members of the legal

profession charged with considering ways in which public administration of justice may be modernised.

The competing interests are familiar: a reasonable protection of the accused, victims and other witnesses during the trial as opposed to the wish that the public are afforded the widest possible access to witness the trial. Impressions received from the American States which permit TV broadcasting have caused defence lawyers and a number of other members of the legal profession in Denmark to warn against introducing such an access to broadcast trials on television.

The press has also pointed to the need of having the opportunity to examine certain key documents, including indictments and court records which contain evidence given by parties and witnesses in order to secure the most accurate law reports possible. In this context the principle of oral procedure does in a sense entail certain disadvantages to the press.

The question of improving the possibilities for the press to understand and report what happens during trials, for instance in serious fraud proceedings, is also being considered by the aforesaid expert committee.

1.3. Information gathered from hearings in open court may be published by the media subject to the restrictions deriving from the ordinary provisions in the Criminal Code concerning protection of personal honour and the right to private life.

The Administration of Justice Act contains a few provisions which stipulate requirements concerning law reports.

Pursuant to these provisions reports on trials shall be unbiased and loyal. The provisions do not carry any penalty, and must be viewed in combination with the code of ethics of journalism that applies to that profession.

In addition, any person who verbally or in writing, intended to affect a wider circle, wilfully or by gross negligence:

- 1) gives intrinsically false information on criminal proceedings which have not been terminated or which have lapsed,
- 2) interferes the course of justice, or,
- 3) whilst a criminal case is sub judice, makes comments which serve to prejudice judges, lay judges or jurors with regard to the determination of the case, may be liable to a punishment.

In the main, Danish law reports comply with these provisions. The latest application of the provision on influencing judges and lay judges was

on one single occasion in 1982. The decision of the Court of Human Rights in the Sunday Times case in 1979 calls for cautious application of such provisions.

The Attorney General
Asbjørn JENSEN

FRANCE

La Justice et les mass media

La liberté d'expression est un droit de l'homme proclamé par l'article 10 de la Convention européenne. Il doit pouvoir s'exercer à propos tant des affaires judiciaires, en ce qu'elles traduisent des phénomènes sociaux dont les citoyens doivent être informés, que du fonctionnement de la justice, qui ne saurait s'exercer sans contrôle public. Mais il s'agit d'un droit à valeur relative. L'exercice de la liberté d'expression comporte «des devoirs et des responsabilités»; il peut être soumis par la loi à des restrictions et sanctions lorsque c'est nécessaire dans une société démocratique notamment «à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire».

Justice et presse ont des logiques différentes quant aux affaires traitées, au temps et aux lieux.

Les mass media pratiquent une sélection des sujets ce que ne peuvent opérer les magistrats qui doivent donner une suite à toutes les affaires. Un tri s'effectuera selon des critères propres à chaque organe de presse selon la place qu'il estime devoir consacrer à ce type d'information. Le choix variera donc selon les orientations et privilégiera par exemple les affaires qui provoquent l'émotion générale ou celles qui touchent à la politique, à l'argent, au sexe ou encore, pourquoi pas, à l'intérêt général. Ce sont, le plus souvent, des affaires traitées isolément; les études d'ensemble sur l'évolution de la délinquance sont exceptionnelles.

Le temps de la presse n'est pas celui de la justice. Il y a une impatience des mass media aggravée par l'obsession de l'heure de «bouclage» qui rend sans intérêt tout ce qui ne peut être diffusé à temps. Il y a un temps judiciaire qui, à l'intérieur d'un «délai raisonnable», permet de consacrer la durée nécessaire à une audition, qui peut être reprise plusieurs fois, à des confrontations, à des expertises. L'objectif est de rassembler des preuves à charge et à décharge. Les nuances ont de l'importance. La presse s'impatiente des incertitudes, des revirements. Une affaire n'est pas judiciairement bouclée après la phase policière, elle peut prendre une dimension très différente, voire opposée. Faute de pouvoir suivre ces évolutions, la presse s'attache à ce qu'elle a pu savoir. Cela est très sensible en France où la phase publique d'un procès est précédée d'une période plus ou moins longue de recherche des preuves au cours de laquelle ceux qui savent sont tenus à un secret professionnel conçu principalement comme protecteur des personnes mises en cause, et dont la violation est sanctionnée pénalement. En outre la place forcément limitée qu'un organe de presse peut consacrer à une affaire conduit inmanquablement à raccourcir l'information, à la résumer et par là même à l'orienter.

Alors qu'une affaire ne se déroule en justice qu'en un lieu déterminé, le palais de justice où s'instruit et se juge le dossier, chaque organe de presse a son autonomie pour informer sur la même infraction selon ses sources et ses analyses propres de telle sorte qu'on peut constater des développements contradictoires.

Fondamentalement, la justice appréhende, selon les moyens importants dont elle dispose et dans les formes qu'elle doit respecter, une situation de fait pour aboutir à la transformer publiquement, par un jugement, en situation de droit. La presse a, elle, «à communiquer des informations ou des idées». Elle va donc également enquêter puis exprimer une opinion sur une affaire.

Des confusions s'en suivent.

La presse peut elle-même être à l'origine d'une affaire grâce à une source le plus souvent anonyme. Pour des motifs divers (ressentiment, vengeance, écoeurement devant une attitude condamnable restée impunie, scepticisme sur l'efficacité de la justice ...) celui qui dans un cercle professionnel ou familial a eu connaissance d'une infraction, mais qui ne veut pas apparaître, peut trouver auprès de journalistes des auditeurs attentifs. Le développement de la photocopie permet de se procurer des preuves qui seront reproduites par la presse. La loi du 4 janvier 1993 vient de dire que le journaliste est libre de ne pas révéler ses sources et que, s'il y a lieu de perquisitionner dans une entreprise de presse, seul un juge d'instruction peut le faire mais sans entraîner de retard injustifié à la diffusion de l'information.

On voit ici la contradiction avec l'article 6 de la CESDH qui donne à chacun le droit de faire interroger les témoins à charge.

Lorsqu'elle enquête, la presse n'a pas les moyens de la justice pour rechercher et entendre tous les témoins à charge et à décharge, pour commettre tous experts utiles, pour saisir tous documents. Son information ne peut être complète. S'il recueille les propos d'un avocat, le journaliste n'entend qu'une thèse. S'il s'adresse à un «consultant» censé être un expert du cas examiné, il n'aura qu'un avis détaché de la réalité d'une affaire.

Le caractère contradictoire d'une instruction, principe fondamental de procédure ne peut être respecté.

Si par contre, le journaliste veut être plus précisément renseigné, il ne pourra l'être qu'en recueillant les confidences de ceux qui, ayant accès au dossier, sont astreints à respecter un secret professionnel. Il n'est pas douteux que nombre d'informations ont une origine délictueuse (violation du secret, vol d'un document pour le photocopier). Or, le recel est punissable (la cour de cassation a décidé que la publication de photographies provenant de dossiers judiciaires constitue un recel, les prévenus ayant eu connaissance de l'origine, même si les circonstances du délit d'où provient l'objet n'ont pu être entièrement déterminées - 13.5.1991).

On constate, de plus en plus, avec le poids de la télévision, que cette quête de renseignements, sous le prétexte de chercher la vérité, se transforme en spectacle, et ce notamment, depuis une date récente, avec l'accord de magistrats. Juges et journalistes s'unissent pour faire progresser, selon leurs dires, une affaire déterminée. Cela s'est produit de tout temps dans un cadre très limité: l'appel à témoin, avec publication d'une photographie, acte d'instruction expressément prévu par l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881. Mais cela ne suscite pas l'émotion. Il faut alors faire voir, c'est-à-dire représenter, c'est-à-dire monter un spectacle. Et pour cela dévoiler publiquement des éléments d'un dossier que la loi française dit couvert par le secret, entendre des témoins non dans les formes de la loi mais dans celles de la télévision, dévoiler les pistes que suit le juge. L'engouement du public pour le fait divers, le crime est ici flatté; on n'est plus dans la fiction mais dans le réel qui pénètre à domicile. L'acte d'instruction a été métamorphosé.

La tentation est forte pour certains magistrats instructeurs de vouloir que leur dossier soit connu du public dont ils attendent une reconnaissance, ce qui est contraire à la tradition et au droit français. Si l'on constate que le contradictoire n'est pas alors assuré, car chacun ne peut avoir accès à égalité aux media, et que le temps que la presse peut consacrer à une affaire interdit les nuances, on ne peut que déplorer cette dérive.

L'aboutissement de l'enquête est le jugement.

Ici la publicité est la règle et «le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires» ne peut donner lieu à aucune action en diffamation, injure et outrage (art. 41 de la loi du 29 juillet 1881). En France, le discrédit jeté sur une décision de justice est un délit (art. 226 du Code Pénal) mais ce texte n'est pratiquement jamais appliqué. Le nouveau Code Pénal a toutefois maintenu cette infraction (art. 434-25).

On observe ici une évolution. Longtemps les compte-rendus des procès étaient complets, permettant au lecteur de se faire lui-même une opinion.

Actuellement, un choix s'opère parmi les éléments de l'audience. Choix subjectif bien sûr et pour justifier un commentaire. Plus que par le passé, le journaliste devient juge, juge des conditions du procès (il doit être bien installé!), juge des acteurs du procès, juge de la personne poursuivie.

Un hebdomadaire avait même envisagé de faire juger le public sur la culpabilité d'un accusé dont le procès se déroulait en Cour d'Assises en répondant par minitel coupable ou non coupable.

Un chroniqueur judiciaire connu ne vient-il pas de déclarer qu'il parlait «pour les jurés» et non pour ses millions d'auditeurs.

Un déplacement de l'intérêt se produit pour proposer, le plus tôt possible, un préjugement. On mesure alors ce que cela peut avoir de préjudiciable à la défense des droits de l'homme. Il n'est pas douteux que les mass media ont actuellement une tendance certaine à agir, par rapport à la justice, en position de concurrence.

Cette situation ne saurait être acceptée.

Si la justice doit être transparente, elle ne saurait oublier que gardienne des libertés individuelles, il lui appartient de faire respecter les droits des parties et, dans la recherche des preuves, le principe du contradictoire sans lequel il n'y a pas de justice.

Et il appartient à chaque magistrat de ne pas s'affranchir des règles relatives au secret professionnel qu'il s'est engagé librement à respecter.

Pierre TRUCHE
Procureur Général
près la Cour de Cassation

GERMANY

*

ALLEMAGNE

I. Les mass media donnent un image de la justice

La presse écrite, la radio et la télévision jouent un rôle éminent dans la vie quotidienne des citoyens. La justice est présentée par ces mass media de plusieurs façons: par des articles de la presse, par des nouvelles de la radio et de la télévision, par des reportages, des commentaires et des documentations, par des pages électroniques de la télévision (Videotext) dans le chapitre "conseils pour les consommateurs", par des magazines politiques et dans des discussions "live".

Un exemple quotidien du travail à la Cour Fédérale de Justice: Une chambre de la Cour a décidé récemment, qu'une condition dans un contrat de bail qui interdit globalement de garder des animaux dans le logement, est irrégulière. A l'audience était présent un groupe de la télévision, qui filmait l'entrée des juges dans la salle. A part de quatre journalistes, personne n'était présent à l'audience. Immédiatement après le prononcé du jugement, des déclarations de presse furent distribuées aux représentants présents des mass media. Environ 200 exemplaires de la déclaration furent transmises par lettre ou par télécopie aux agences de presse, aux rédactions de la radio et de la télévision, des journaux et à un grand nombre de journalistes en Allemagne entière. Le matin même, la radio de l'Allemagne du Sud-Ouest présentait le jugement. L'après-midi, le porte-parole de la Cour donnait des interviews par téléphone pour plusieurs stations de la radio. La télévision informait dans plusieurs émissions de nouvelles l'après-midi et le soir. Sur la page électronique "Videotext" de la première et deuxième chaîne de la télévision allemande était publié le dispositif du jugement dans le chapitre "conseils pour les consommateurs". Le lendemain, des journaux régionaux et nationaux

contenaient parfois des informations détaillées concernant le jugement. Un grand nombre de citoyens demandait à la suite des informations plus détaillées du service de la presse à la Cour.

Cette divulgation large n'aurait pas été possible sans mass media. Peu de citoyens ont la possibilité de s'informer directement dans les audiences publiques. Déjà à cause du temps, ils sont restreints aux audiences de leurs tribunaux locaux. Et là encore, des audiences en matière civile sont presque tout à fait évitées, parce que celui qui ne connaît pas la matière, ne peut guère suivre.

II. Les relations publiques de la justice

Une société démocratique basée sur la publicité a besoin de mass media libres, qui informent le citoyen. Les mass media de leur part dépendent du soutien de la justice pour pouvoir remplir leur devoir à l'intérêt public.

1. Devoir d'informer

La justice doit donner des informations aux mass media. La liberté de presse, garantie par l'art. 5 de la Constitution allemande [Grundgesetz] ne protège pas seulement la libre divulgation d'informations et d'opinions, mais aussi le champ de préparation publicitaire qui précède la divulgation. Y compris est l'accès généralement libre aux informations et le droit d'être informé. Des limites et des restrictions se posent là, où des intérêts d'une plus haute valeur l'exigent: ainsi, les informations peuvent être refusées, s'il est à craindre que des investigations en cours pouvaient échouées, être rendues plus difficiles ou mises en danger, si s'interposent des règles du secret, si un intérêt soit prépondérant public soit privé et digne de protection pouvait être violé. Une information peut aussi être refusée si leur dimension dépasse le possible. En donnant des informations, le principe de la non-discrimination doit être gardé. Il n'est pas permis de favoriser la presse "sérieuse" contre la presse "scandaleuse".

2. Des relations publiques actives

La justice ne doit pas se contenter de donner des informations après être demandée. Elle doit essayer des relations publiques actives elle-même, pour approfondir la compréhension des citoyens pour la justice et la confiance de la population dans la juridiction. La majorité des citoyens ne connaît pas de

ses propres yeux l'administration de la justice et cette justice lui est déjà suspecte à cause de cela. Leur idée de ce que c'est la justice est formée en grande partie par les mass media. Une correction est déjà nécessaire parce que - au moins dans la presse - les informations concernant les procès criminels dominent et donnent l'impression que la justice est avant tout un appareil répressif de l'état. Les domaines importants en juridiction civile et non-contentieuse ne sont pas représentés dans l'information publique avec l'intérêt qui leur est dû. Ces constatations ne sont cependant pas valables pour le travail de la Cour Fédérale de Justice. A Karlsruhe, environ 20 journalistes très qualifiés travaillent et poursuivent très versément le travail de la Cour Fédérale de Justice et de la Cour Fédérale Constitutionnelle.

Une politique active des relations publiques ne concerne pas seulement les informations sur les procès. Pour dessiner un image vivante de la justice, le public doit être informé aussi sur le développement des statistiques, sur la création de nouvelles chambres, l'inauguration de nouveaux bâtiments et sur des faits personnels (installation dans les fonctions, anniversaires, décès).

L'organisation et le fonctionnement de la jurisprudence sont à éclairer, des présentations fausses ou ambiguës dans les mass media sont à corriger.

Les moyens les plus variés doivent être utilisés pour arriver à ce but. A côté des déclarations de presse importantes et des interviews, il faut tenir des conférences de presse pour des raisons exceptionnelles et tenir des discours pour éclairer l'arrière-fond des jugements. Des jours d'ouverture générale du tribunal au public sont des mesures appropriées pour s'approcher aux citoyens. Le contact permanent avec les journalistes et la disposition permanente de donner des renseignements et explications juridiques sont d'une importance éminente.

3. Les limites d'information

La liberté de l'opinion et de la presse est limitée selon l'art. 5 al. 2 de la Constitution allemande par les lois générales, les règlements concernant la protection de mineurs et l'ensemble des droits destinés à protéger la personnalité. La violation de ces limites apparaît de temps en temps, mais elle est - comparé à l'information sur les procès en général - rare. Les essais avant ou pendant un procès de prendre position ou de faire pression massive contre les juges et les jurés sont d'une problématique importante. Une protection du tribunal semblable au "Contempt of Court" anglais est inconnue dans le droit allemand. La presse elle-même a créé avec le "Conseil allemand de la Presse [Deutscher Presserat] un organe de contrôle intérieur, dont le modèle était le "General Council of the Press", fondé en 1953 en Angleterre.

Que la justice doit se présenter à la critique publique des mass media, se comprend de soi-même. La justice ne demande pas une indulgence particulière. Une critique - même si elle semble injuste à celui qui connaît la matière - est nécessaire et oblige à un contrôle interne permanent. On ne désire pas une confiance aveugle, mais une information réaliste de ce que la justice signifie et fait.

III. Questions d'organisation et juridiques pendant le travail de la Cour Fédérale de Justice (résumé)

1. Organisation

Un juge de la Cour est nommé par le Président *porte-parole*. Les journalistes peuvent le contacter personnellement, par téléphone et par écrit. Généralement, les juges qui ont décidé l'affaire, n'ont pas de contacts directs avec la presse. En particulier, ils n'interprètent pas leurs décisions et, à plus forte raison, n'entrent pas en discussion dans les mass media avec les personnes qui critiquent ces décisions. Si c'est nécessaire, c'est le porte-parole, qui s'en occupe.

2. Pour des décisions qui peuvent intéresser le public, une déclaration de presse est préparée par le porte-parole et la chambre qui décide l'affaire est rendue publique par le porte-parole. Elle comprend une à deux pages et présente les points-clés de l'affaire et de la décision dans des mots bien compréhensibles.

Cela facilite le travail des journalistes du point de vue temps et sujet, parce que c'est à eux de décider de reprendre ces mêmes formulations. En donnant ces formulations, la justice a une certaine influence qui favorise une présentation adéquate de l'affaire. C'est pourquoi, la déclaration de presse est promulguée en général directement après le prononcé de la décision.

3. Prévues de presse

Les journalistes ont un intérêt particulier à connaître les affaires qui seront jugées prochainement. Pour les renseigner là-dessus, les chambres avisent de telles affaires le plus tôt possible le porte-parole. Celui-ci prépare des listes qu'il communique aux journalistes.

4. Il y a à Karlsruhe un cercle de journalistes - surtout des juristes -, qui s'occupe principalement de l'information et du commentaire des décisions de la Cour Fédérale Constitutionnelle et de la Cour Fédérale de Justice.

Il y a des rencontres sans façon avec ce cercle environ une fois par mois pour des discours et des entretiens, en partie sur invitation du Président de la Cour, en partie sur invitation du groupe des journalistes.

5. Une pratique semblable aux n° 1 et 2 existe certainement à tous les tribunaux allemands, sauf les petits tribunaux d'instance, où c'est le tribunal supérieur qui s'en occupe.

IV. Questions juridiques

1. Naturellement, tout journaliste peut participer à toute audience publique comme auditeur (les audiences sont, sauf exceptions légales, publiques). Des prises de son et d'images pour la radiodiffusion ou une autre diffusion publique sont interdites pendant l'audience, y compris le prononcé du jugement (art. 169, 2 du *Gerichtsverfassungsgesetz* - loi relative à l'organisation du tribunal). C'est pourquoi il est seulement permis de faire des enregistrements avant le procès (y compris l'entrée des juges dans la salle) et après le procès.

Les derniers mois, une partie des représentants des mass media a commencé une campagne pour changer ces règles. Ils veulent filmer aussi pendant l'audience, au moins pendant le prononcé du jugement. A l'opinion des juges de la Cour Fédérale de Justice, l'interdiction des prises de son et d'images doit rester maintenue. Une chambre de la Cour Fédérale Constitutionnelle a fait une fois une exception il n'y a pas longtemps.

2. S'il y a un intérêt extraordinairement grand du public pour une personne qui fait partie de l'affaire à juger (p.e. l'accusé), parfois un grand nombre de photographes et de personnes de la télévision veulent prendre des photos et des images (en dehors de l'audience). Cela implique de grands inconvénients pour les concernés et des scènes indignes. Ici, une solution volontaire dite "de pool" a montré son succès. Un ou deux photographes et reporters de la télévision ont la permission de faire des photos et de prendre les images et ceux-ci déclarent obligatoirement de donner accès à ces prises immédiatement pour tous les autres collègues.

3. Si une personne en détention provisoire est présentée au juge d'instruction dans le bâtiment de la justice, les représentants des mass media essaient très souvent de prendre de photos et des images de la personne concernée. Ils s'appointent sur le droit d'avoir accès au terrain et dans les couloirs de la Cour Fédérale.

Le Président de la Cour a demandé aux journalistes de comprendre que l'autodétermination et la dignité de l'homme ne permettent pas de prendre des photos et des images des personnes en détention provisoire contre leur

gré; la détention provisoire et la comparution ne sont pas faites pour cela. Suivant ces argumentations, les comparutions sont organisées d'une manière afin que personne n'ait la possibilité de prendre des photos du détenu - au moins d'une plus grande proximité.

Kay NEHM
Procureur général

DIE JUSTIZ UND DIE MASSENKOMMUNIKATIONSMITTEL

I. Die Massenmedien vermitteln Justiz

Im Alltag der Bürger spielen Presse, Hörfunk und Fernsehen eine große Rolle. Durch diese Medien wird auch die Justiz in vielfältiger Weise vermittelt: in Zeitungsberichten, Wort- und Filmnachrichten, in Reportagen, Kommentaren, Dokumentationen, Ratgeberseiten (Videotext), in politischen Magazinen und Live-Diskussionen.

Ein alltägliches Beispiel aus der Arbeit des Bundesgerichtshofes: Ein Senat hat kürzlich entschieden, daß eine Klausel in Formularymietverträgen, die uneingeschränkt jede Tierhaltung verbietet, unzulässig sei. Zum Termin war ein Fernsenteam erschienen, das den Einzug des Senats in den Gerichtssaal filmte. Außer vier weiteren Journalisten der Presse war kein Publikum anwesend. Unmittelbar nach der Urteilsverkündung wurden den anwesenden Vertretern der Medien vorbereitete Presseerklärungen ausgehändigt. Etwa 200 Exemplare der Presseerklärung wurden an Presseagenturen, an die Redaktionen der Rundfunk- und Fernsehanstalten und der Zeitungsverlage und an viele Journalisten in ganz Deutschland per Brief oder Fax übermittelt. Noch am Vormittag berichtete der Süddeutsche Rundfunk über die Entscheidung. Am Nachmittag gab der Pressesprecher des Gerichts mehreren Rundfunkanstalten Telefoninterviews dazu. Das Fernsehen berichtete in mehreren Nachrichtensendungen am Nachmittag

und Abend. Im Serviceprogramm des Videotextes von ARD und ZDF wurde unter der Rubrik "Ratgeber" der Leitsatz der Entscheidung wiedergegeben. Am folgenden Tag enthielten die regionalen und überregionalen Zeitungen zum Teil ausführliche Berichte über das Urteil. Unzählige Bürger wünschten in den folgenden Wochen nähere Informationen über das Urteil von der Pressestelle.

Ohne die Massenmedien hätte diese Breitenwirkung nicht erzielt werden können. Die Möglichkeit, sich in den öffentlichen Sitzungen der Gerichte zu unterrichten, können nur wenige Bürger nutzen. Sie sind schon aus Zeitgründen auf Verhandlungen der Gerichte ihres Bezirks beschränkt. Dabei werden Zivilprozesse, denen der Uneingeweihte kaum zu folgen vermag, meist gänzlich gemieden.

II. Öffentlichkeitsarbeit der Justiz

Eine auf Öffentlichkeit angelegte demokratische Gesellschaft braucht freie Medien, die den Bürger informieren. Die Medien ihrerseits sind dabei auf die Unterstützung durch die Justiz angewiesen, damit sie ihre öffentliche Aufgabe erfüllen können.

1. Pflicht zur Auskunft

Die Justiz ist den Medien zur Auskunft verpflichtet. Die vom Grundgesetz in Art. 5 gewährleistete Pressefreiheit verbürgt nicht nur die freie Verbreitung von Nachrichten und Meinungen, sondern schützt auch die publizistische Vorbereitungstätigkeit. Zu dieser gehört der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information und der Anspruch auf Auskunft. Grenzen und Einschränkungen ergeben sich dort, wo höherwertige Interessen es gebieten: So sind etwa Auskünfte zu versagen, wenn dadurch die sachgemäße Durchführung eines schwebenden Verfahrens vereitelt, erschwert oder gefährdet werden könnte, wenn Vorschriften der Geheimhaltung entgegenstehen, wenn ein überwiegend öffentliches oder schutzwürdiges privates Interesse verletzt würde. Auskunft kann auch verweigert werden, wenn ihr Umfang das zumutbare Maß überschreiten würde. Bei der Erteilung von Auskünften ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Es ist zum Beispiel nicht gestattet, die sogenannte "seriöse Presse" gegenüber der "Skandalpresse" zu bevorzugen.

2. Aktive Öffentlichkeitsarbeit

Die Justiz darf sich nicht damit begnügen, auf Anfragen Auskünfte zu erteilen. Sie muß auch von sich aus durch aktive Öffentlichkeitsarbeit versuchen, das Verständnis der Bürger für die Justiz und das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtspflege zu vertiefen. Hierzu besteht Anlaß. Meinungsumfragen belegen, daß die Justiz von vielen Menschen nicht als bürgernah empfunden wird und daß fast ein Drittel der Bevölkerung den Gang zum Gericht selbst in einer Zivilsache mindestens ebenso unangenehm empfindet wie den Weg zum Zahnarzt. Der großen Mehrheit der Bürger ist der Justizapparat aus eigener Anschauung nicht vertraut und schon deshalb eher unheimlich. Ihre Vorstellung von dem, was Justiz ist, ist weitgehend durch die Massenmedien geprägt. Eine Korrektur ist dabei schon deshalb notwendig, weil jedenfalls in der Presse die Kriminalberichterstattung ganz im Vordergrund steht und dadurch der Eindruck vermittelt wird, als sei die Justiz vornehmlich ein repressiver Apparat des Staates. Die wichtigen Bereiche der Zivilgerichtsbarkeit und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit finden in der öffentlichen Darstellung keine angemessene Beachtung. Dies gilt allerdings nicht für die Berichterstattung über die Arbeit des Bundesgerichtshofes. In Karlsruhe arbeiten etwa 20 sehr qualifizierte Journalisten, die sachkundig die Arbeit des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichts begleiten.

Aktive Öffentlichkeitsarbeit bedeutet nicht nur Unterstützung und Förderung der Gerichtsberichterstattung. Um ein lebendiges Bild der Justiz zu zeichnen, ist der Öffentlichkeit auch Rechenschaft über das Geleistete abzulegen, über Maßnahmen der Justizverwaltung (Bildung neuer Spruchkörper, Gebäudeeinweihungen) und über personelle Angelegenheiten (Amtseinführungen, Jubiläen, Todesfälle) zu informieren.

Aufbau und Ablauf der Rechtspflege sind zu verdeutlichen, falsche oder mißverständliche Darstellungen in den Medien zu korrigieren.

Um dies zu erreichen, müssen die unterschiedlichsten Mittel eingesetzt werden. Neben den wichtigen Pressemitteilungen und Interviews sind bei besonderem Anlaß Pressekonferenzen abzuhalten und Hintergrundgespräche zu führen. Tage der offenen Tür sind sehr geeignet, den Bürgern vor Ort ihre Gerichte nahezubringen. Besonders wichtig ist es, ständigen Kontakt zu den Journalisten zu halten und stets bereit zu sein, aufzuklären und rechtliche Erläuterungen zu geben.

3. Grenzen der Berichterstattung

Die Meinungs- und Pressefreiheit findet nach Art. 5 Abs. 2 GG ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen, den Bestimmungen zum Schutze

der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Grenzüberschreitungen durch die Massenmedien kommen immer wieder vor, sie sind aber - gemessen an der gesamten Justizberichterstattung - selten. Von besonderer Problematik sind in diesem Zusammenhang die gelegentlichen Versuche, schon vor oder während eines Gerichtsverfahrens Stellung zu beziehen, oder gar massiv Druck auf Richter und Schöffen auszuüben. Einen dem englischen "Contempt of Court" vergleichbaren Schutz der Gerichte kennt das Deutsche Recht nicht. Die Presse selbst hat sich mit dem Deutschen Presserat, dessen Vorbild der 1953 im England gegründete General Council of the Press war, ein Selbstkontrollorgan geschaffen, dessen Pressekodex eine faire Berichterstattung gewährleisten soll.

Daß sich die Justiz der öffentlichen Kritik der Medien stellen muß, ist selbstverständlich. Die Justiz beansprucht keine besondere Schonung. Kritik, auch wenn sie dem "Insider" gelegentlich unberechtigt erscheinen mag, ist notwendig, zwingt sie doch zur ständigen Selbstkontrolle. Nicht blindes Vertrauen ist erwünscht, sondern eine realistische Darstellung dessen, was Justiz bedeutet und leistet.

GREECE

*

GRECE

Les principes issus de la Renaissance et de la Révolution française, ont imposé le contrôle social sur l'exercice de tous les pouvoirs étatiques, pouvoir judiciaire inclu. De nos jours, ce contrôle s'effectue notamment dans le cadre du procès criminel par la publicité des débats, qui est acceptée communément comme un des principes constitutifs de base de la Procédure pénale, et comme une des institutions fondamentales de l'Etat de droit contemporain. Historiquement ce principe est lié de manière essentielle avec la protection des droits de l'accusé. De fait, «le contrôle public» du procès criminel consolide la confiance du corps social dans le fonctionnement et l'administration de la justice, et renforce l'impartialité et le sentiment de responsabilité du juge. De cette façon le principe de la publicité des débats en justice est admis dans toutes les législations des nations civilisées comme un principe émanant de la souveraineté du peuple.

Feurbach, le grand criminaliste allemand, avait pertinemment remarqué: «L'impression que la Vérité et le Droit sont inséparablement liés avec la publicité, ne prend pas seulement des racines profondes dans le sentiment des hommes, mais aussi dans la nature même des choses». Or, d'un côté, si tout le monde s'accorde à reconnaître la valeur de ce que nous pouvons appeler «la publicité immédiate» des débats en justice, à savoir le droit de tous les citoyens d'assister comme auditeur et spectateur aux audiences des tribunaux, d'un autre côté, des vives controverses existent quant à la valeur exacte de ce que nous pouvons appeler «la publicité médiata» des débats, à savoir le reportage judiciaire qui se réalise non seulement sous forme de reportage journalistique, mais aussi sous forme d'émissions radiophoniques, télévisées, ou cinématographiques enregistrées, en direct ou en différé, de l'ensemble ou des parties du procès criminel. En effet, ces dernières formes

de publicité menaçant, suivant les critiques qui leurs sont adressées, d'influencer négativement le Tribunal dans son effort de recherche de la justice et d'attribution honnête du Droit, ce que, par contre, le principe de la publicité des débats en justice devrait normalement servir. Car l'intrusion du pouvoir des masses médias contemporains dans le cadre du procès criminel, n'expose pas seulement tous ces facteurs - juges, témoins, experts - aux risques d'une influence inadmissible, mais aussi, bien de fois, en déformant-elle les événements et offense brutalement la personnalité de l'accusé, au détriment de la présomption de son innocence et de l'effort pénible du Tribunal pour découvrir la vérité, ce qui constitue la quintessence du procès criminel.

Bien sûr, ces problèmes se manifestent dans toutes les formes du reportage judiciaire journalistique ou autre. Mais ils sont pourtant plus intenses dans le cas des reportages radiophoniques, et ils deviennent encore plus intenses dans le cas des reportages filmés, pour être finalement très aigus lorsqu'il s'agit des reportages télévisés. En effet, la technologie de transmission des images fait que les impressions, qui se forment chez le spectateur, et plus particulièrement chez le téléspectateur, ne dépendent pas au premier chef de ce qui se passe réellement dans le procès, mais surtout des plans et des images choisis et transmis aux téléviseurs. Ainsi, la manière et le moment choisis pour localiser le camera sur les différents facteurs du procès, de même que «le balayage» de lieux effectué par le camera jusqu'à ce qu'il trouve quelqu'un ou quelque chose, à faire zoom, influencent-ils décisivement les impressions des téléspectateurs. De plus, les commentaires qui accompagnent d'habitude l'émission des images, même s'ils sont de bonne foi, ne reflètent pas moins que le jugement subjectif du présentateur, ce qui accroît les possibilités de déformation de ce qui se passe vraiment dans le procès criminel.

Il en résulte, que le droit du citoyen à contrôler le bon fonctionnement de la justice pénale en s'informant de ce qui se passe dans les lieux des audiences des Tribunaux, non seulement par sa présence même, mais aussi par les masses médias, s'oppose souvent, au droit de l'accusé à défendre convenablement sa personnalité, son honneur et sa dignité. Or, on devrait éviter la diffamation sociale de celui-ci, puisque «Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie», comme il est stipulé dans l'article 6 alinéa 2 de la Convention de Rome du 4.11.1950, «pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales». Par conséquence, le problème ne semble pas se poser au premier chef en termes de méfiance envers la

responsabilité et la bonne foi des masses médias, mais plutôt en termes de difficulté que présente la recherche «d'une règle d'or», qui rassemblerait en elle des valeurs opposées mais également dignes de protection dans le cadre d'une société démocratiquement organisée.

Sur cette question les législations de la majorité des Etats Européens, aussi bien que celles des Etats fédérés des Etats-Unis d'Amérique, reconnaissent comme forme admissible de «publicité médiata» le reportage oral ou écrit, tandis qu'elles adoptent une position négative quant à la transmission du procès criminel par des émissions radiophoniques, télévisées ou filmées, préférant ainsi les biens émanant de la protection des droits de l'accusé et de la justice indépendante, ou bien qui s'attache à l'information du public.

En Grèce, il y a peu de temps, il n'y avait pas de réglementation spécifique en cette matière. Or, l'article 28 de la loi 2145, du 23.5.1993, interdit déjà les transmissions radiophoniques, télévisées ou cinématographiques du procès criminel, à moins que le Tribunal n'en décide autrement par un arrêt spécifique et à la suite des avis favorables du procureur et des plaideurs concernés, tandis que la «publicité médiata» sous forme de reportage oral ou écrit se laisse totalement libre.

Il en résulte que les législations des pays civilisés ont actuellement la tendance à restreindre «la publicité médiata» des débats en justice pénale, en permettant seules les formes orales ou écrites du reportage judiciaire et à l'exclusion de toutes les autres de l'oeuvre de l'information du public sur ce qui se passe aux audiences du procès criminel. Mais on ne pourrait pas soutenir que le problème ait trouvé sa réponse définitive parce que, d'une part, la technologie des masses médias évolue incessamment et, d'autre part, il est encore prématuré de tirer des conclusions fermes sur la réglementation ci-dessus adoptée.

Athènes, 10 Décembre 1993

Panagiotis ZAVOLEAS

Avocat général

de la Cour de Cassation de Grèce

IRELAND

*

IRLANDE

By virtue of Article 34.1. of the Constitution of Ireland it is provided as follows:

“Justice shall be administered in courts established by law by Judges appointed in the manner provided by this Constitution, and, save in such special and limited cases as may be prescribed by law, shall be administered in public.”

Prescription by law as contained in this Article of the Constitution is to be interpreted as prescription by statute law.

By virtue of the provisions of Article 38 of the Constitution it is mandatory that no person shall be tried on any criminal charge without a jury except in respect -

- a) of minor offences,
- b) of trials by a special criminal court when it is prescribed by law that the ordinary courts are inadequate for the effective administration of justice and the preservation of public peace and order, and
- c) of the trial of a person for an offence against military law by a military tribunal.

Article 40.6.1. of the Constitution provides as follows:

“The State guarantees liberty for the exercise of the following rights, subject to public order and morality:

- (i) The right of the citizens to express freely their convictions and opinions. The education of public opinion being, however, a matter of such grave import to the common good, the State shall endeavour to ensure that organs of public opinion, such as the radio, the press,

the cinema, while preserving their rightful liberty of expression, including criticisms of Government policy, shall not be used to undermine public order or morality or the authority of the State. The publication or utterance of blasphemous, seditious, or indecent matter is an offence, which shall be punishable in accordance with law.”

The statutory provisions affecting the holding of trials of criminal cases otherwise than in public may be summarised with regard to their main provisions as follows:

- (a) Proceedings in a charge of incest must be held otherwise than in public.
- (b) The Court has a discretion in any criminal proceedings of an indecent or obscene nature to exclude all persons other than officers of the Court, persons directly concerned in the proceedings and bona fides representatives of the press.
- (c) A similar power to exclude persons arises where a person under a certain age is called as a witness in any proceedings in relation to an offence against or any conduct contrary to decency or morality.
- (d) In the course of proceedings for major offences under the Official Secrets Act, if the prosecution makes an application on the ground that the publication of any evidence would be prejudicial to the safety or preservation of the State may hold the matter or portion of the trial otherwise than in public but the verdict if any must be given in public.

Under the system of trial with a jury in Ireland the preliminary investigation into a criminal charge of an indictable offence is carried out by a Judge of the District Court based upon a book of statements containing the evidence on which the prosecution intends to proceed and sometimes in certain circumstances on depositions taken on oath as well. That Judge then decides as to whether there is sufficient evidence to establish a prima facie case and to send forward the accused person for trial with a jury.

In relation to such procedure, the members of the public other than bona fide representatives of the press and persons directly involved, including officers of the Court, may at the discretion of the Court if it is satisfied that to do so is in the interest of justice be excluded from the court.

In regard to the same proceedings there is a prohibition against any person publishing or causing to be published any information as to any

particular preliminary examination other than a statement of the fact that such examination in relation to a named person on a specified charge has been held and of the decision thereon.

The combined effect of these Constitutional and statutory provisions quite clearly is to create a problem, which in my view at least, is one of the major problems which has arisen in modern times in particular with regard to the relationship between justice and the mass media.

Although it arises in a particular way and with particular reference to the constitutional and statutory provisions to which I have referred in Ireland, I have no doubt that it is a problem which is shared by many if not all of the other Member States of the European Union and one which in my view the Courts of all such States and their legislative bodies as well will face into the future and one not easy of solution.

The constitutional guarantee for the freedom of expression has been consistently viewed in our jurisprudence as involving also a constitutional guarantee subject to the qualifications which appear in the text, which I have quoted, of the right of access to information on the simple logical basis that it would be meaningless to give to a person, a freedom to hold convictions and opinions if one were to isolate that person from the information upon which such convictions and opinions can and should be formed.

The provision contained in the statute regulating the procedure or preliminary investigation prohibiting the publication of any information as to a particular preliminary examination of an indictable criminal offence other than the fact of the examination in the name of the accused, the charge and the result constitutes a very unambiguous recognition of the probable harm the publication of the facts relied upon by the prosecution at a stage when it is unusual for the defence to be called upon or to in fact make any defence other than a plea could be extremely injurious to the subsequent fair trial of the accused by a jury which has read the previous publications. The constitutional validity of this statute in Ireland which has been in operation now for over twenty-five years has not to my knowledge been challenged and certainly has not been successfully challenged.

On the face of it that might appear to constitute recognition by the media of the necessity for this curtailment of what the Constitution describes as their rightful liberty of expression and might prima facie be taken as an acceptance by them of the dangers through the form of their reporting of the facts of criminal charges and the details of evidence which appears to exist in them before the commencement of the trial of an accused person.

It would appear doubtful that this is a sound conclusion for increasingly as I see it the details of crimes particularly dramatic crimes of violence are

the subject matter of very extensive coverage in the mass media consisting of both press, television and radio.

There could be no conceivable question as I see it that the interests of justice could be thought to require that the commission of major crimes in any country should be concealed from the public and the right of the public to be aware of them would appear to be undoubted.

What I have in mind, however, as creating a major problem in the relationship between justice and the mass media is the form both with regard to style and language in which such reporting is done. Consistently, the media does not merely state the facts but in a sense rehearses the strength of the evidence against the putative or so far unidentified guilty party. In addition, it often happens, that a crime having been reported widely and in a sometimes lurid and frequently provocative fashion is identified a person who will eventually be arrested and charged. It seems to me common at least and not by any means confined to the newspapers and press of my own country that at that stage such a person is described by the media in terms much more consistent with the guilty party concerned than merely with a person suspected and therefore charged.

I have after many years experience both as a lawyer in practice and as a Judge, a robust confidence and regard for the common-sense of members of a jury and for their capacity as a matter of conscience to accept and act upon the direction universally given to them by a judge in a criminal case that they must form their verdict exclusively on the evidence which has been produced before them and on the directions of law which they have received and without regard to anything they may know or think they know about the case otherwise.

Notwithstanding this confidence it seems to me that the extent of saturation with which the mass media can now inform each and every member of the public of all the details frequently luridly and dramatically set out of a major crime and of all the features possibly which seem to point towards its commission by a particular individual must represent a relatively significant danger that subconsciously though not even consciously a member of a jury may enter upon the adjudication eventually of the charge arising from such crime with a strong inclination to believe in the guilt of the accused.

To state this problem which as I have already said I believe exists not within the boundaries of Member States but right across the Community is a much easier task than it is to recommend from a judicial point of view, which is the only point of view I should and do take, its solution.

Laws restrictive of the expression of opinion are laws which any system of law must invoke with the greatest possible reluctance and with the greatest possible caution. They can so often represent a slippery slope the final descent of which is into authoritarianism.

Can it be done by self-regulation on the part of the press? There are organisations in most countries such as press councils or Radio and T.V. Complaints Commissions which are a genuine and sincere attempt at self-regulation. How far they have concentrated on the particular problem which I have outlined in this Paper is not quite clear. Having regard to what is believed at least to be the appetite of the public for the lurid description of major criminal activity, it is difficult to see how far the press itself with a legitimate even if to those outside it sometimes apparently exaggerated concern for circulation would be willing to accept the sort of self-regulation that might be necessary.

The Courts in Ireland at present have from time to time though under limited circumstances brought before them on an ordinary motion for contempt persons responsible for the publication of facts concerning criminal charge still pending before the courts which are deemed prejudicial to the carrying out of a fair trial. Such intervention by the courts is normally created by an application made either on behalf of the accused or of the prosecuting authority but it has been and can be from time to time invoked in the interests of justice by the court itself. In such instances, the court must reach a conclusion not laid down in any statute law or not provided for any fixed way as to whether what was done was likely to prejudice a fair trial or as we have put it in some recent decisions created a significant or real risk of prejudicing the accused's opportunity to have a fair trial. The major practical difficulty of course is that if the Court in exercising its jurisdiction to make that finding makes that conclusion it may well follow as a logical consequence that the person standing accused must be freed and that the very important right of the people through the prosecutor to have a suspected criminal charged and tried for a crime has been defeated by the media. The alternative of letting the trial go on notwithstanding such a view would be the even more fundamental breach of rights involved in placing a person in significant jeopardy of an unfair trial.

All this leads to the inevitable conclusion that what is required is not punishment after the publication of prejudicial material by the media concerning a pending criminal trial but rather a safe, fair and proper method of preventing it from being published in the first instance. I have no doubt that in the years that are ahead each of the courts represented here in the Member States of the European Union will have to look at this problem and

what's more having regard to the free circulation of mass media through television, through radio and through the wide availability of magazines and papers across the borders of the members of the States of the European Union, it seems highly desirable that whatever solution is reached would be one of general application with some form of agreed standards which could be applied to what is reasonably permissible and necessary as fair information to the public and what should be prohibited as more directly impairing the possibility of a subsequent fair trial.

Intervention of the Honorable Mr. Justice
Thomas A. **FINLAY**, Chief Justice of Ireland

ITALY
*
ITALIE

LA JUSTICE ET LES MASS MEDIA

1. Droit d'information: objet et limites.

Le droit d'information en Italie est fondé sur l'article 21 de la Constitution, selon lequel «Tous ont le droit de manifester librement leurs idées par les paroles, les écrits et tout autre moyen de diffusion. La presse n'est passible ni d'autorisations ni de censure».

Les mass media peuvent débattre les questions concernant les procédures judiciaires, mais ils doivent respecter le secret qui est prescrit pour les actes d'investigation jusqu'au moment où l'accusé peut en avoir connaissance (art. 329 code de procédure pénale).

Ainsi, par exemple, l'ordre d'incarcération est secret seulement jusqu'au moment où il est exécuté; l'information de garantie est secrète seulement jusqu'au moment où elle parvient à l'inculpé.

Au-delà de ces limites, l'interdiction de publication des actes, même partielle, subsiste (art. 684 du code de procédure pénale). Autrement dit, il est interdit d'en donner une connaissance intégrale, mais il n'est pas interdit d'en informer, pas plus qu'il n'est interdit d'informer sur les faits dont l'acte prend origine. L'interdiction de publication ne sert pas à protéger l'inculpé, mais répond à une exigence: celle d'éviter que le juge du débat connaisse de sources extérieures au procès des actes qu'il devrait ignorer ou connaître seulement au cours du débat.

L'obligation spécifique du journaliste, de garder le secret n'existe pas; seuls les officiers publics sont tenus à le respecter. Par conséquent, une

éventuelle responsabilité pénale du journaliste ne peut exister qu'en tant que participant au délit de l'officier public ou comme receleur du document volé.

Le problème des relations entre l'activité judiciaire et le droit d'information est l'objet de controverses entre les juristes. Un rôle important est joué par la déontologie professionnelle des journalistes, afin que, dans leurs débats, aussi bien l'indépendance des juges que la vie privée des citoyens soient respectées.

Afin que l'information diffusée par la presse au sujet d'un fait diffamatoire ne constitue pas un délit de diffamation, elle doit rester dans les limites du droit de «chronique». Ces limites sont: 1) la vérité du fait raconté; 2) l'intérêt objectif de ce fait pour l'opinion publique; 3) l'exactitude avec laquelle le fait est rapporté (Cour de Cassation, 6 juillet 1992 n° 7632, Melchiorre).

Par rapport au droit de «chronique», qui consiste dans la simple narration des faits, le droit de critique est plus vaste; il consiste dans l'expression d'une opinion, en tant que telle nécessairement subjective. Aussi, l'exercice du droit de critique ne trouve-t-il d'autres limitations que celles de l'intérêt public et social de la critique par rapport à l'aptitude de personnes à attirer une attention de l'opinion publique, qui soit objectivement appréciable (Cour de Cassation, 3 juillet 1993 n.° 6493, Barile).

2. Admission des mass media aux audiences.

La participation des mass media aux audiences trouve sa discipline dans les normes qui régissent le procès, en général.

Dans le procès civil, l'audience d'instruction n'est pas publique; seuls les parties et leurs conseils y sont admis; l'audience de discussion est publique.

Dans le procès pénal, seul le débat est public; des limitations peuvent être imposées pour des exigences d'ordre public, moralité, protection des mineurs ou des témoins. Toutefois, dans certains de ces cas, le juge peut autoriser la présence des journalistes.

L'enregistrement audio-visuel des débats en matière pénale, les reprises photographiques et cinématographiques et la transmission par la radio ou la télévision peuvent être autorisés par le juge, si les parties sont d'accord, à condition qu'ils ne portent pas préjudice à la sérénité et la régularité du déroulement de l'audience ou de la décision. L'autorisation peut être donnée sans l'accord des parties quand la connaissance du débat offre un intérêt social très important. Même en présence des autorisations mentionnées plus

haut, les parties et les autres sujets présents au procès ne peuvent pas être filmés ou photographiés s'ils refusent leur consentement.

3. Le procès «spectacle».

Une polémique particulièrement vive est actuellement en cours en Italie au sujet de la transmission par télévision d'un procès pénal qui se déroule à Milan et qui a pour objet des faits de corruption et de financement illicite des partis. Des personnages longtemps de premier plan, dans la vie politique et sociale du pays, y sont impliqués. Ce n'est pas la première expérience télévisée d'une transmission de procès pénaux. Une émission diffusée sur une chaîne publique pendant quelques années a transmis une fois par semaine des procès pénaux. Mais, il s'agissait là de procès ordinaires dont les inculpés n'étaient pas connus au public. De plus, ces émissions concernaient des cas déjà résolus.

L'intérêt des spectateurs, quoique non négligeable était toutefois limité.

Par contre, l'actualité des faits objet des procès en cours à Milan, leur incidence sur le système socio-politique et la notoriété des personnages impliqués ont eu un effet spectaculaire qui attire l'attention d'un grand nombre de téléspectateurs et suscite de multiples débats dans la presse sur le pour et le contre de ces émissions. Les uns se plaignent du fait que les personnages du procès soient mis au pilori de la nation toute entière; les autres soutiennent que le comportement de ceux qui participent au procès est conditionné par la présence des caméras; d'autres encore affirment que le contrôle public du procès sert à contrebalancer l'autonomie de la magistrature.

Certes, une publicité si ample donnée à un procès et le compte-rendu quotidien dans la presse de débats et de commentaires sur les déclarations de tel ou tel témoin et sur le comportement de la défense et de l'accusation peuvent apporter des éléments de trouble dans la formation de la conviction des juges, pour la décision finale.

D'autre part, la transparence de la justice aux yeux des citoyens est une valeur particulièrement appréciable, compte tenu du fait que dans les systèmes démocratiques, la justice est administrée, «au nom du peuple». Mais, il est important pour que le citoyen n'ait pas une image déformée des faits, qu'il assiste au procès tout entier ou bien à une partie suivant son véritable déroulement temporel.

Par contre, il est extrêmement dangereux de présenter des fragments de procès parce que les manipulations sont alors faciles. Ces fragments peuvent être utilisés, grâce à la technique du montage, pour soutenir une thèse au détriment d'une autre.

4. Déclarations à la presse faites par les magistrats.

Il n'y a pas de règle de droit qui interdise aux magistrats de débattre en public ou dans la presse les procès dont ils ont la charge, mais le Conseil Supérieur de la Magistrature a plusieurs fois formulé des recommandations à ce sujet. Le 18 avril 1990 il a approuvé la résolution suivante, concernant les procès pénaux:

«Face au phénomène de la répétition des déclarations à la presse, qui engendrent souvent confusion et discrédit sur l'ordre judiciaire, le Conseil déclare qu'il est de son devoir de réaffirmer quelques principes fondamentaux, en s'en remettant au sens d'autodiscipline et d'autocontrôle des magistrats:

- 1) Le droit de chacun de manifester librement sa pensée ne tolère pas de limites subjectives et il s'applique donc aux magistrats sans doute aucun.
- 2) Cependant, la délicatesse de la fonction requiert quelques précautions dans l'intérêt de la justice et de la crédibilité même de la fonction de la juridiction.
- 3) Il est opportun dans tous les cas que les magistrats évitent de faire des déclarations à la presse sur les procès qu'ils traitent ou dans lesquels ils sont ou ils seront appelés à exercer leurs fonctions à un titre quelconque. Il est également opportun d'éviter des déclarations sur des procès en cours dont une phase aura déjà été définie avec la participation de ce même magistrat.
- 4) Au cas où pour des raisons d'intérêt public, clarté et transparence sur un procès en cours seraient nécessaires, également pour rassurer l'opinion publique, il est conseillable que le magistrat s'en réfère au chef de son bureau, qui pourra évaluer l'opportunité d'une déclaration officielle de sa part, ou d'un communiqué de presse, naturellement en observant les limites du secret d'office.
- 5) Dans les évaluations même critiques, sur des procès encore en cours, différents de ceux du paragraphe 3, des précautions et des attentions particulières sont indispensables. Il va de soi que les déclarations doivent de toute façon respecter la vérité historique et ne pas être gratuitement offensives.
- 6) Face à des situations particulières de mauvais fonctionnement ou de difficultés, si l'on décide d'en informer l'opinion publique, après s'être assuré que les organes compétents connaissent ces situations, il est toujours opportun de procéder avec précaution, prudence et contrôle, dans le but d'éviter des interprétations inexacts et des manipulations».

Antonio BRANCACCIO

Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione

LUXEMBURG
*
LUXEMBOURG

LES RAPPORTS ENTRE LA PRESSE ET LA JUSTICE

Au Grand-Duché de Luxembourg les rapports Presse-Justice sont essentiellement régis par l'article 24 de la Constitution et par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article 24 de la Constitution énonce notamment que «la liberté de manifester ses opinions par les paroles en toutes matières, et la liberté de la presse sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'exercice de ces libertés. - La censure ne pourra jamais être établie. - Il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs. - Le droit de timbre des journaux et écrits périodiques indiqués est aboli. - L'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur, ne peut être poursuivi si l'auteur est connu, s'il est Luxembourgeois et domicilié dans le Grand-Duché».

L'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose à son tour:

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté, l'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du Pouvoir judiciaire.»

En se référant à ces textes de loi les différents organes de presse, insistant sur leur mission spécifique qui consiste à informer le public, revendiquent en leur faveur un véritable droit à l'information en vertu duquel ils demandent aux autorités judiciaires ainsi qu'au service de police judiciaire d'être informés sur le déroulement notamment des affaires pénales.

Il est vrai que les affaires civiles, commerciales et celles relatives au droit du travail présentent d'une façon générale, peu d'intérêt pour la presse de sorte que ces affaires ne posent pas de problèmes particuliers dans les relations justice-presse.

Il en est autrement des affaires pénales.

S'il est exact que, dans une certaine mesure, les autorités judiciaires compétentes reconnaissent à la presse un droit d'être informé, elles estiment néanmoins que ce droit n'est pas absolu mais qu'il comporte des limites qu'il est parfois difficile à fixer d'un commun accord avec la presse. Certaines de ces limites sont déjà définies à la Constitution et à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Je cite notamment le respect de la loi pénale protectrice de la réputation et des droits d'autrui. Sous cet aspect il échet en particulier de signaler, qu'en informant son public, la presse doit respecter le principe de la présomption d'innocence suivant lequel toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'une condamnation pénale définitive.

Au Grand-Duché de Luxembourg, un certain nombre de journalistes ont été condamnés, par le tribunal civil, sur base de l'article 1382 du Code civil, à des dommages-intérêts pour ne pas avoir respecté le principe de la présomption d'innocence et, pour avoir rapporté des faits, préjudiciables à la bonne réputation d'une personne sans avoir vérifié à suffisance de droit la véracité et la réalité des faits rapportés.

En matière pénale, il y a lieu de distinguer quant au déroulement de la procédure deux phases dont l'une est publique alors que l'autre ne l'est pas.

1) La phase publique commence à partir du moment que les juges du fond sont saisis de l'affaire, dès ce moment la procédure est soumise

à la surveillance du citoyen et, partant, de la presse qui a pour mission de tenir informé le citoyen. La presse est donc en droit de rapporter le déroulement des débats qui se déroulent en audience publique. Il y a cependant deux hypothèses où il est défendu à la presse de publier ou de diffuser les débats des juridictions répressives:

- a) Lorsque le huis-clos a été ordonné;
- b) Lorsqu'il s'agit de débats de la juridiction de la jeunesse.

Pour faciliter la tâche de la presse, celle-ci est généralement informée par les parquets de la fixation des affaires pénales devant les tribunaux répressives, information qui n'est pas toujours appréciée par les membres de nos barreaux d'avocats.

Comme je viens déjà de l'indiquer, le droit à l'information a ces limites; une de ces limites est le respect de la réputation et des droits d'autrui.

2) La phase non-publique et secrète

En droit pénal, la procédure au cours de l'enquête préliminaire et de l'instruction est en principe secrète et ce n'est qu'exceptionnellement que les parquets peuvent fournir des renseignements à la presse tout en étant obligés de respecter les droits de la défense et de la vie privée ainsi que les nécessités de l'instruction. Le principe du secret d'instruction est formellement consacré par l'article 8 du code d'instruction criminelle.

En tenant compte de cet article, les rapports des autorités judiciaires et de la police judiciaire avec la presse ont été réglés, en dernier lieu par des instructions du Procureur général d'Etat du 6 janvier 1994, instructions qui ont également reçu l'approbation du Ministre de la Justice. Comme ces instructions sont suffisamment exhaustives, j'estime qu'il est utile de les reproduire in extenso.

Instructions réglant les rapports des autorités judiciaires avec la presse dans le domaine de l'enquête et de l'instruction judiciaire

A la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 1989 portant modification du livre premier du Code d'instruction criminelle qui a introduit entre autres d'une façon positive le secret de l'instruction, il s'avère nécessaire d'adapter mes instructions du 30 septembre 1972 réglant les rapports des autorités judiciaires avec la presse, aux exigences de la nouvelle loi.

L'article 8 du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été formulé par la loi précitée du 16 juin 1989, dispose:

- 1) Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.
- 2) Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 458 du Code pénal.
- 3) Le procureur général d'Etat ou le procureur d'Etat peuvent toutefois donner à la presse des informations sur le déroulement d'une procédure, en respectant les droits de la défense et de la vie privée ainsi que les nécessités de l'instruction.

Si avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 1989, le principe du secret de l'instruction se basait sur une combinaison plutôt incertaine de différents textes législatifs et reposait essentiellement sur la notion de «confident nécessaire» le nouveau texte est absolument clair et impose, sous les peines de l'article 458 du Code pénal, le respect du secret de l'instruction à tous ceux qui concourent à cette procédure, c'est-à-dire, à toute personne qui, a n'importe quel titre, concourt non seulement à l'instruction proprement dite mais également à l'enquête.

Sont donc visés par cet article notamment les magistrats, les greffiers, les enquêteurs de la gendarmerie et de la police ainsi que les enquêteurs de toutes les autres administrations dont les fonctionnaires possèdent, dans un domaine déterminé, la qualité d'officier ou agent de la police judiciaire, les huissiers, les experts, les interprètes et toutes personnes requises par le juge d'instruction pour l'accomplissement de différents devoirs dans le cadre de l'instruction.

L'article 8 du Code d'instruction, tout en consacrant d'une façon particulièrement exhaustive le principe du secret d'instruction admet cependant une exception: le procureur général d'Etat et les procureurs d'Etat peuvent donner à la presse des informations sur le déroulement d'une procédure pénale, à condition de respecter les droits de la défense et de la vie privée (tout particulièrement la présomption d'innocence) ainsi que les nécessités de l'instruction. Cet article, tout en attribuant au parquet général et aux parquets, à l'exclusion de toute autre autorité, le monopole de l'information, consacre en même temps implicitement, sous certaines conditions, le droit de la presse à l'information.

Les présentes instructions ont donc pour but essentiel de définir les modalités régissant les relations entre les parquets et la presse dans le domaine de l'enquête et de l'instruction judiciaire.

Il va sans dire, comme pour le passé, les parquets peuvent s'adresser directement à la presse et lui fournir des renseignements soit d'office soit sur la demande qui en aura été faite par un ou plusieurs journalistes

- a) si l'intérêt même de l'instruction l'exige;
- b) s'il y a lieu de donner un apaisement à l'opinion, prévenir une agitation ou faire statuer un exemple;
- c) s'il existe quelque autre besoin légitime d'information.

Il est cependant évident que les renseignements que peuvent fournir les parquets eux-mêmes ne répondent pas nécessairement aux besoins d'actualité de la presse qui entend informer son public le plus rapidement possible. Or les premiers informés des événements susceptibles de donner lieu à une enquête ou information judiciaire sont en règle générale les agents de la force publique qui, les premiers informés, procèdent aux premières constatations. Comme le secret de l'instruction commence dès l'ouverture de l'enquête, il s'avère nécessaire, pour respecter les principes découlant l'article 8 du Code d'instruction que les parquets donnent aux responsables de nos différents corps et administrations, et plus particulièrement aux responsables de la Gendapol, un mandat général et tacite les autorisant à fournir à la presse les renseignements relatifs à des faits qui se sont déroulés en public et que des témoins ont pu voir et relater. Cette information, qui ne peut porter que sur des faits bruts doit scrupuleusement respecter les dispositions du paragraphe 3 de l'article 8 du Code d'instruction criminelle et ne doit pas, dans la mesure du possible, comporter, en ce qui concerne les personnes impliquées, une qualification de la loi pénale pouvant paraître comme acquise, compte tenu du fait qu'il appartient aux seules juridictions de donner une qualification définitive à des faits. Les noms des inculpés éventuels, des parties civiles et des victimes ne sont pas à mentionner.

Cette information n'est cependant possible qu'à condition

- 1) qu'il n'y ait pas d'entrave au bon déroulement de l'enquête;
- 2) que le procureur d'Etat ne soit pas encore informé des faits conformément au Code d'instruction criminelle.

Cependant, dans cette dernière hypothèse, les responsables de la Gendapol sont néanmoins autorisés à communiquer à la presse des renseignements:

- concernant les faits bruts relatifs à des accidents de travail et de la route ainsi qu'à des catastrophes;
- concernant les enquêtes policières, à condition que le communiqué soit soumis préalablement au parquet compétent et trouve son approbation.

Ces instructions comportent néanmoins les 2 observations suivantes:

- 1) Le secret de l'instruction tel qu'il est défini à l'article 8 prémentionné du Code d'instruction criminelle vise toute personne qui concourt à l'enquête et à l'instruction et ne concerne pas directement les membres de la presse qui ne sont pas tenus au secret de l'instruction. S'ils publient des informations relatives à la procédure préliminaire ou à l'instruction proprement dite, ils ne peuvent être poursuivis sur base de l'article 458 du Code pénal.
- 2) La jurisprudence luxembourgeoise ne reconnaît pas aux journalistes un secret professionnel qui par ailleurs n'est pas non plus consacré par un texte de loi. Ils ne pourraient donc pas se retrancher derrière le secret professionnel pour ne pas révéler le nom des personnes qui leur auraient fourni des renseignements en violation du secret de l'instruction. Il va sans dire que cette jurisprudence n'est guère acceptée par nos journalistes qui revendiquent en leur faveur un secret professionnel.

Le Procureur général d'Etat
près la Cour Supérieure de Justice
Camille WAMPACH

PORTUGAL

INTERVENTION DU PROCUREUR GENERAL DU PORTUGAL

Dans le Statut des Magistrats, **la communication** occupe une place importante.

Les devoirs de réserve et de secret imposés par le régime de devoirs et d'incompatibilités et par la discipline processuelle, elle-même, placent les magistrats dans une position spéciale par rapport au phénomène médiatique.

Aussi bien dans la réserve que dans le secret, la position des magistrats est différente de celle qui correspond au **secret professionnel** et soulève des problèmes différents.

Le devoir de réserve est destiné, d'une part, à préserver l'image d'exemption et d'indépendance des magistratures et d'autre part à éviter ou ne pas favoriser la création d'états d'opinion qui substituent, annulent ou influencent l'action de la justice.

L'interdiction aux Magistrats de faire des déclarations relatives à des procès prétend éviter la soustraction de la justice à sa place institutionnelle et à éviter que les Magistrats, bien qu'inconsciemment, agissent en termes de jugement d'opinion et non de jugement judiciaire.

Il n'est pas exclu toutefois, bien **que** la loi portugaise ne le prévoie pas expressément, que, dans certaines limites dans lesquelles s'incluent des aspects de compétence, de forme et de contenu, les magistratures divulguent de l'information, notamment en des cas dans lesquels celle-ci **est** fondamentale pour la satisfaction de besoins ou de fins de la justice, **dans**

ceux-ci se comprenant la réalisation de droits procéduraux et la défense de certaines valeurs, telles celles de l'indépendance des Cours, de l'exemption des Magistrats et de l'efficacité de l'action judiciaire.

Cette idée est, aujourd'hui, consensuelle, dans la plupart des pays et est même employée comme critère pour le règlement de conflits de normes qui se posent en matière de secret de justice.

La situation au Portugal est, sous cet aspect, de grande discrétion en ce qui touche les autorités judiciaires.

Quant au Ministère Public, l'initiative d'informer se trouve généralement centralisée dans l'Office du Procureur Général de la République qui se limite à émettre, avec une rétention de fréquence et de contenu, des notes ou des communiqués qui ont pour finalité de rendre public le début ou l'état de procès ayant un impact public justifié et où l'information surgit comme un impératif d'intérêts supérieurs comme le sont ceux de la transparence et de la défense des principes d'exemption, affirmation d'effectivité des lois et d'efficacité de l'action de la justice.

L'obligation de réserve des Magistrats ne se circonscrit pas au devoir de secret ayant une base procédurale. Elle s'impose aussi comme instrument d'autres devoirs et de la propre condition intrinsèque de l'exercice de la profession.

D'une part, elle se subordonne à des **devoirs explicites et formels**, comme l'interdiction de l'exercice d'activités politiques et partidaires de nature publique, et, d'autre part, à des **devoirs implicites**, comme celui de garantir et de stimuler chez les citoyens la confiance en la justice, spécialement en ce qui concerne l'exemption et l'impartialité.

Pour ces raisons, l'obligation de réserve doit comprendre toutes les aires dans lesquelles, sans qu'un intérêt supérieurement fondé le justifie, l'intervention publique de magistrats puisse impliquer une prise de position sur des rapports conflictuels de pouvoirs ou sur des faits que la justice puisse avoir à résoudre.

Les Magistrats seraient-ils privés de la liberté d'expression?

Ils ne le sont pas.

Et la réponse, pour évidente qu'elle soit, n'est pas inutile, tellement il est connu que, historiquement et géographiquement, des tentatives de domestication ou de secondarisation du pouvoir judiciaire existent. Et de telle façon que, récemment encore, au sein de l'Organisation des Nations Unies, des résolutions ont été adoptées ou des principes ont été définis, qui viennent rappeler que les Magistrats jouissent de la liberté d'expression.

Le besoin de résoudre des conflits d'intérêts se posant ici encore, il me semble que la solution ne peut se trouver que par le moyen d'une perception correcte de principes et l'intériorisation active de valeurs démocratiques.

L'une des tâches politiques des Etats de Droit modernes est exactement celle d'assurer la stabilité et l'effectivité des systèmes juridiques, ce qui passe nécessairement par le sentiment de confiance qui puisse être suscité chez les citoyens quant à l'indépendance et la qualité de la justice et quant aux expectatives d'égalité et d'efficacité dans l'accès au Droit et aux Tribunaux.

Le renforcement du statut des magistratures, en donnant de l'importance aux aspects qui cultivent l'existence dans l'opinion publique de sentiments de respect et de considération et qui assurent un échelonnement prestigiant des Magistrats dans la hiérarchie de l'Etat, sont des instruments concrets de cette tâche.

L'idée que la discrétion des juges est synonyme d'anonymat social et de complète inexistence médiatique ou la création, au sein de l'administration de la justice et dans l'opinion publique, de complexes ou de reflets d'une sorte de pouvoir à la légitimité douteuse, obséquieusement reçu d'autres sources et en permanence sujet à la caution de bonne conduite, ne contribuent certainement pas à cet objectif.

De la part des Magistrats, une attitude de scrupuleuse auto-surveillance est indispensable quant à l'exécution de l'obligation de réserve, ce qui signifie certainement le devoir, qui peut correspondre à du courage moral, de se taire ou de parler quand cela s'impose, mais également une discrétion qui ne crée pas de doutes dans l'opinion publique sur la nature du pouvoir exercé, son ampleur et ses limites.

Selon la formule employée par les Nations Unies, les Magistrats «doivent toujours se conduire de façon à préserver la dignité de leurs charges et l'impartialité et l'indépendance de la Magistrature».

Un autre problème de rapport communicatif est celui du secret de justice.

Thème récurrent bien que relativement dévalorisé dans beaucoup de pays, il a été l'objet d'une soudaine irruption entre nous, qui n'avons pas de tradition significative de médiatisation de la justice criminelle.

Avant tout, la sociologie nous enseigne que la question du secret de justice est fréquemment l'objet d'une attitude dualiste de la part de secteurs d'opinion peu sensibles à la sauvegarde du secret dans le traitement commun et quotidien, mais prêts à une fausse surprise ou même à l'indignation s'il s'agit de personnes ayant un certain statut social ou politique.

Le secret de justice continuant à être un objectif important dans la procédure pénale de physionomie européenne continentale, le problème qui se pose est celui de savoir s'il ne serait pas préférable un autre modèle, tel le modèle anglo-américain, face à l'alternative d'avoir à gérer la réalité employant des conceptions non informées ou ingénues.

Avec la tendance à laquelle on assiste, de permettre l'accès aux phases préliminaires du procès d'un nombre croissant de sujets et d'agents (Magistrats, avocats, fonctionnaires de justice, organes de police criminelle, experts, consultants techniques et parties au procès) et avec l'intensité de recherche et de circulation de l'information que les nouvelles technologies rendent possible, le secret de justice peut se convertir en un moyen d'auto-flagellation, de pression ou de chantage, si l'éthique de conduite de tous les intervenants n'est pas renforcée et si l'on ne fait pas revenir au système la logique de la communication, par un éventuel recours à des modalités de coopération entre justice et communication sociale semblables à celles que nous voyons exister en d'autres pays.

En vérité, les sociétés d'aujourd'hui sont beaucoup moins homogènes qu'autrefois, la mobilité des groupes s'étant accentuée et le sentiment d'appartenance à la communauté et de rapport avec ses institutions atténué.

En même temps, les conditions d'urbanisme ont transformé la population active en un groupe qui voyage constamment entre deux mondes - celui de la résidence et celui de l'emploi - et dont le rapport avec le droit résulte, en considérable mesure, de faits ou de situations produits **in itinere**.

Les personnes ont cessé de coopérer spontanément avec la justice et la justice a des difficultés à les trouver.

Le concept de **territorialité** lui-même, sur lequel s'appuie toute l'activité processuelle est en train de se vider de son sens, dans la mesure exacte où les rapports juridiques ont maintenant des causes diffuses. Elles se multipolarisent pour répondre à des exigences de la vie économique et ont peu de rapport, parfois, avec le lieu où les personnes résident, ont constitué famille et sont connues.

Les progrès que des technologies comme l'informatique et la télématique ont apporté à certaines formalités, dans lesquelles on peut souligner les citations et les notifications, peuvent être assombris par l'insuffisance d'analyse et même engendrer des effets de bureaucratie et de **bruit**, par l'action multiplicatrice produite par la vitesse de circulation et de reproduction des documents.

Il importe de procéder à un examen fonctionnel méticuleux des actes, de leurs objectifs, de leur structure discursive et linguistique, des niveaux sur

lesquels ils vont agir (**communication, information, ou persuasion**), des intermédiaires de contact et de la capacité en soi des destinataires, de comprendre et d'accepter le message.

Le rapport communicatif entre la justice et les citoyens doit être assis sur un discours rationnel, exact, persuasif et qui engendre la confiance.

Il devient ainsi clair que l'Etat ne peut abdiquer, dans la réalisation de cette tâche, de la collaboration de sciences et de technologies d'une essence aussi diverse que la sociologie, la psychologie, la linguistique, les services postaux et les services de transmission de messages personnalisés, ni dispenser la publicité elle-même, en tant qu'instrument d'information et de sensibilisation du public.

À chaque pas de mon exposé, il me semble implicite que l'administration de la justice a, dans les sociétés modernes, un rapport difficile mais indispensable avec la communication sociale.

La transparence s'est élevée, dans cette fin de siècle, à la qualité de condition de réalisation de l'idéal démocratique et les concepts de secret ou d'administration fermée s'associent facilement à l'idée de perte de légitimité, transmettant de l'insécurité et limitant la capacité de dialogue entre l'Etat et les individus.

Cependant, la multiplication de la connaissance n'a pas résolu certaines questions essentielles, à savoir, celles de définir les limites du droit à la liberté d'expression et d'information.

Le Nouvel Ordre Mondial de la Communication consiste en la reconnaissance du droit de parler, d'être entendu, d'obtenir une réponse, d'entendre, d'être vu, d'écrire.

Avec quelque justesse, on dit que le **droit à la vie** n'est plus rempli avec la notion du droit à l'existence mais doit être compris comme **droit de vivre**. Et que du **droit de vivre** est actuellement inséparable le **droit de savoir**.

Ce qui distingue l'individu informé de l'ignorant, comme quelqu'un l'a dit, c'est ce qui distingue l'individu de l'esclave.

Mais avec cet ordre, il en existe un autre que nous pouvons désigner de **personnalité**, qui tutelle le respect de la vie privée et familiale, par le domicile, par la correspondance, par l'intégrité de données de nature personnelle et par la non ingérence de l'autorité publique (art. 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme).

L'harmonisation de ces principes n'est pas toujours facile, malgré l'existence de clauses de sauvegarde comme celle qui, par l'art. 10 n° 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, soumet la liberté

d'expression à diverses formalités, conditions ou restrictions, notamment celles nécessaires à «garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire». Les problèmes de rapport entre justice et communication sociale suscités par les nouvelles conditions de vie en société n'ont pas de parallèle avec ceux qui ont résulté des transformations opérées avec l'émergence de l'impression et des technologies graphiques et avec l'expansion de l'industrie de l'édition.

Les nouvelles technologies ont apporté à la communication des variables qui ont produit des altérations véritablement qualitatives dans la vie sociale et qui résultent fondamentalement de trois facteurs: plus grande célérité, plus grande distance et plus grande amplitude.

Comme il a été noté, les **médias** sont devenus plus **environnement** que **message**. Ils ne sont pas des éléments étrangers à la société, mais vivent avec elle en un étroit rapport, fonctionnant comme les agents et les indicateurs des modifications de goûts, de valeurs et de tendances culturelles. Ce sont essentiellement des objets avec lesquels les instruments linguistiques vivent, ce qui, ayant diminué leur rôle d'intermédiaires, a augmenté leur capacité d'influer sur les styles de vie.

Cette situation a altéré les relations de sociabilité et d'administration de la justice.

Par vocation et conditionnement structurel, la justice a des caractéristiques monologiques d'intervention. L'information qu'elle transmet est essentiellement unidirectionnelle, le langage ésotérique et les temps d'émission et de réaction sont lents et ritualisés.

Les **mass media**, au contraire, emploient des méthodes bidirectionnelles de recueil de l'information, réélaborent le discours des sources et tendent à une communication en temps réel.

Ces données ont placé la justice dans une situation délicate qui est celle de s'adapter à cet **environnement** ou d'entrer en collision avec lui.

Parmi les innombrables et intéressantes questions qui se posent en cette matière, l'une d'elles est celle des rôles substitutifs que la communication sociale tend à exercer et de la conflictualité induite par ces rôles.

Je les aborderai très succinctement.

L'un des problèmes les plus débattus quant à l'ingérence de la communication sociale dans le fonctionnement de la justice et, spécialement, dans l'administration de la justice criminelle, est celui des jugements parallèles. Ce qui, dans le système anglo-américain, est vulgairement désigné par **trial by newspaper**.

Les formulations doctrinales qui, en la matière, ont été élaborées recherchent l'harmonisation et la concordance pratique des valeurs potentiellement conflictuantes, comme le sont celles de la liberté d'informer et de chercher l'information, du bon nom et de l'intimité de la vie privée, de la défense de la prétention punitive de l'Etat et du respect de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux.

Il faut cependant reconnaître que l'intérêt croissant des **media** envers l'administration de la justice, et, particulièrement, l'apparition du journalisme d'investigation rendent délicat cet exercice, un doute s'installant légitimement qui, en termes simples, est celui de savoir entre quelles rives court ou doit courir le fleuve: des rives plus larges, en acceptant que s'établisse, en un plus ou moins large degré, un rapport auto et hétéro-contrôlé de convivialité entre l'administration de la justice et la communication sociale, ou des rives plus étroites, en assumant le risque de voir le flux s'échapper de son lit, envahir les berges, c'est-à-dire, de voir les **media** par leur dynamisme propre, agir dans l'illicéité.

Curieusement, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays, nous ne connaissons pas, parmi nous, de décisions sur le thème. Il est toutefois possible, dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine d'autres pays, de formuler quelques principes.

En premier lieu, le principe selon lequel les droits d'informer et de rechercher de l'information ne sont pas seulement des droits ayant une tutelle constitutionnelle mais aussi des valeurs structurantes de l'ordre démocratique, ne serait-ce que parce qu'ils sont instrumentaux de la liberté de savoir et de choisir.

D'autre part, le principe selon lequel l'exercice de ces droits suppose le respect de normes et de principes de nature légale ou déontologique que les journalistes doivent rigoureusement respecter, assumant une tension qui, parallèlement à celle des Magistrats a des dimensions de conscience.

De l'acceptation de ces règles pourront être déduites, avec plus ou moins de doutes, des solutions pour les cas d'espèce,

Ainsi, l'objection fréquemment opposée à la légitimité du **journalisme d'investigation**, quand les faits sont simultanément étudiés en procès en secret de justice ne semble pas être procédante. Comme l'a décidé, par exemple, la Cour Constitutionnelle espagnole, le secret de justice ne signifie pas «qu'un ou plusieurs éléments de la réalité sociale (faits singuliers ou collectifs dont la connaissance n'est pas limitée par un autre Droit Fondamental ...) soient retirés à la liberté d'information, dans le double sens de droit à s'informer et du droit d'informer, avec l'argument unique que sur ces éléments incident certaines diligences initiales».

De plus grandes difficultés suscite la forme d'éviter, dans ce cas ou en d'autres, que les **media** réalisent ou stimulent de véritables jugements d'opinion publique, **usurpant** la fonction de la justice. Nous employons l'expression **usurpation** avec la conscience de ses implications terminologiques et juridiques, vu que les media ne sont pas en mesure d'accomplir le programme processuel établi dans la Constitution et les lois pour la défense de Droits Fondamentaux.

Il en découle que le rapport entre justice et communication sociale exige, en ce domaine, une perception correcte et réciproque des rôles que chaque système doit protagoniser.

En ce qui touche la conflictualité induite, la justice se confronte au jour le jour avec des cas d'anti-juridicité qui, directement ou indirectement, dérivent des mécanismes propres d'une société de communication.

En premier lieu, ce que l'on a désigné par «excès» d'information.

L'«excès» d'information confond et diminue la capacité d'auto-détermination des individus, créant un **village global** qui peut n'être rien de plus que la fracture entre l'homme et le monde. Quand, à ce phénomène, il s'en associe un autre - celui de **l'information dirigée** - on entre dans un procès d'aliénation susceptible de stimuler la rejection ou la substitution de valeurs et de conduire à des situations d'anti-juridicité. De la même façon, l'«excès» et le dirigisme d'information sont des alliés stratégiques de la pression consummatrice et des sous-cultures auxquelles celle-ci donne lieu, avec la formation de masses qui acceptent d'une façon soumise de payer n'importe quel prix pour le confort, la sécurité et la considération sociale et recherchent, fréquemment, dans la justice le remède à leurs préjudices et à leurs frustrations.

Important encore, en termes de conflictualité, le fait que la communication sociale, de par sa fonction, crée dangereusement des abîmes comme celui de l'intrusion ou l'invasion de la vie privée, s'assumant de cette façon, aussi, comme une activité de risque, dans laquelle les droits et les intérêts juridiquement protégés sont particulièrement visés. La conflictualité typique de cette situation est indubitablement de celles avec lesquelles la justice a le plus de difficultés à agir.

Finalement, une part considérable de conflictualité advient de ce que, dans la médiatisation de la justice, la communication sociale tend à la spectacularisation, créant des problèmes d'identité de l'image du système judiciaire et de ses agents et pouvant produire, par la forme de traitement et l'amplification des faits, des préjudices qui constituent souvent de véritables pénalités pour les personnes sujettes à l'action des tribunaux.

J'ai rendu complète, ainsi, l'ébauche que je me proposais de faire sur la justice et la communication.

L'allégorie d'une justice aux yeux bandés dont on n'a jamais voulu qu'elle fût aveugle, a donné lieu, dans les sociétés de communication, au mythe d'une justice distante qui ne s'identifie pas et ne se reconnaît pas par le don du langage.

Communiquer avec justesse, discrétion et efficacité est le défi qui se pose à la justice à l'aube d'un siècle nouveau dans lequel, paradoxalement, toutes les tragédies et toutes les joies semblent possibles et où l'alternance entre l'espoir et le désespoir marque le rythme des jours.

Cunha RODRIGUES

SPAIN
*
ESPAGNE

L'une des questions fondamentales auxquelles le monde moderne doit être confronté porte sur les relations existant entre le pouvoir judiciaire et les *mass-media*. Et ce, non seulement en ce qui pourrait affecter l'impartialité du juge mais également parce que d'autres droits fondamentaux, tels que le droit à la liberté d'expression et celui de communiquer ou de recevoir une information véridique, sont mis en cause.

En effet, les moyens de communication influent, ou peuvent exercer une influence directe sur le juge (qu'il soit professionnel ou non), de telle sorte que son impartialité s'en trouve affectée au moins de manière objective. A première vue, la solution consisterait en interdire aux moyens de communication de traiter de certains sujets faisant l'objet d'une enquête judiciaire, mais, il ne fait aucun doute qu'une telle voie demeure inacceptable dans le cadre d'un Etat de droit, social et démocratique, gouverné, logiquement, par une valeur suprême, la liberté.

D'une part, il est nécessaire de reconnaître à toute personne le droit de s'exprimer librement, et par conséquent, de parler, d'exposer son opinion et son désaccord, de débattre de tout type de sujets y compris ceux qui sont soumis à enquête judiciaire. D'autre part, dans un Etat de droit tout citoyen doit en outre jouir du droit à recevoir une information complète et véridique, et notre constitution en dispose ainsi.

Cependant, il ne faut pas croire que tous ces droits ne peuvent coexister, en effet, s'il est important de respecter le droit à la liberté d'expression sous ses deux acceptions - active et passive - il ne faut pas pour autant minimiser l'importance du droit à un procès juste devant un tribunal impartial, droit fondamental non seulement pour l'individu mais dont les effets se font sentir dans l'ensemble de la collectivité étant donné que cette dernière souhaite que ses citoyens soient jugés de manière impartiale.

Nous nous trouvons donc face à un conflit de droits qu'il est nécessaire de résoudre. En effet, la liberté d'expression ou celle d'être informé ne peuvent être limitées exclusivement par des considérations personnelles (intimité, etc.), elles peuvent l'être également en vertu d'estimations générales (une bonne administration de la justice), sans préjudice de la projection individuelle de celles-ci.

Il ne fait aucun doute que la liberté d'expression est un droit non illimité, cependant il ne s'agit pas ici d'en examiner les limites mais au contraire de porter notre attention sur les hypothèses où la liberté d'expression et la liberté d'information peuvent porter atteinte au droit à un procès juste et impartial, en omettant d'autres limites fondées sur des considérations différentes: l'intimité par exemple, même lorsque le pouvoir judiciaire intervient moyennant l'adoption de mesures conservatoires ou définitives. En d'autres termes, l'article 20 de la Constitution, après avoir établi les droits mentionnés plus haut, dans son alinéa 4 pose expressément deux limitations: «ces libertés sont limitées par le respect aux droits reconnus au présent Titre ainsi que par les lois qui en découlent, et plus particulièrement, par le droit à l'honneur, à l'intimité, à l'image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance». Ainsi donc, nous nous référons exclusivement aux hypothèses dans lesquelles les informations divulguées par les moyens de communication peuvent porter atteinte à d'autres droits reconnus par la Constitution dans son titre I, et plus précisément, au droit à un procès juste devant un Tribunal impartial.

Par conséquent, du point de vue constitutionnel il semble parfaitement clair que la liberté d'expression et la liberté d'information peuvent être limitées. En outre, l'article 6.1. du CEDH, faisant allusion précisément à la presse, énonce que «1. Toute personne jouit du droit de voir sa cause entendue équitablement et publiquement dans un délai raisonnable, par un Tribunal indépendant et impartial établi par la Loi lequel se prononcera sur les litiges concernant ses droits et obligations d'ordre civil ou sur le bien-fondé de toute accusation d'ordre pénal dirigée contre elle. La sentence doit être prononcée publiquement, cependant *l'accès à la Salle d'Audience peut être interdit à la presse et au public* durant la totalité ou une partie du procès eu égard aux moeurs, à l'ordre public ou à la sûreté nationale d'une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties aux procès l'exigeront ou lorsque, *en raison des circonstances la publicité pourrait porter préjudice aux intérêts de la justice* et ce, dans la mesure où le Tribunal le jugerait nécessaire». En résumé, la publicité et l'accès aux audiences pourront être interdits à la presse et au

public lorsque pour «des circonstances spéciales», la publicité «pourrait porter préjudice aux intérêts de la justice». Il est difficile de concevoir une rédaction plus ample bien que l'interprétation exige que ces limitations ou interdictions soient prises en compte en les combinant avec les dispositions de l'article 10.2 CEDH auquel nous nous référerons ultérieurement.

La situation dans laquelle le conflit pourrait se présenter doit, en premier lieu, être délimitée, même de manière succincte. Evidemment, toute l'information concernant la matière soumise à la décision judiciaire ne peut affecter l'impartialité du juge. A ce niveau d'analyse, il convient de faire une première restriction importante. Ainsi que l'a souligné très justement le Tribunal Constitutionnel, il n'existe aucune «matière réservée» qui serait formée des faits sur lesquels une autorité judiciaire serait en train d'effectuer une enquête; par conséquent, les possibilités de restreindre ou d'interdire l'accès à certaines matières doivent être motivées par des préoccupations autrement plus concrètes. En effet, pour pouvoir procéder à une limitation de droits fondamentaux il est indispensable qu'une loi préalable existe et qu'elle soit d'un rang suffisamment élevé pour en prévoir la possibilité, en outre, la proportionnalité de la mesure à la circonstance devra être obligatoirement motivée.

Il est utile de distinguer deux grandes phases au cours du procès pénal: l'instruction ou phase d'enquête et l'audience ou phase de jugement. Au cours de ces deux phases, la publicité ne revêt pas la même intensité ni la même étendue. L'instruction est secrète, ce qui ne signifie pas pour autant que l'accès aux actes des parties en cause soit nécessairement restreint. L'audience et la sentence sont essentiellement publics, la publicité se référant à la collectivité tout entière et sa restriction à la communauté. C'est au cours de cette phase que le principe de publicité acquiert le plus d'importance et que les mesures nécessaires pour préserver le droit à un jugement juste doivent être adoptées avec la plus grande précaution.

En ce qui concerne le secret de l'instruction, le Tribunal Constitutionnel a distingué entre, d'une part, le non-respect du secret de l'instruction et, d'autre part, le fait de fournir des informations sur les matières soumises à l'enquête judiciaire, mais obtenues autrement que par l'instruction. C'est la raison pour laquelle il fait expressément remarquer que «le secret de l'instruction ne signifie aucunement que l'un ou plusieurs éléments de la réalité sociale (faits individuels ou faits collectifs dont la connaissance n'est pas limitée ou interdite par un autre droit fondamental selon l'art. 20.4 CEE) soient soustraits à la liberté d'information entendue doublement comme

droit à être informé et droit d'informer, sous le seul prétexte qu'ils font l'objet d'actes d'instruction précis».

De sorte que le Tribunal Constitutionnel considère que le droit à l'information ne peut être limité que dans le cas où celle-ci aura été obtenue par infraction préalable du secret de l'instruction. En revanche, lorsque les informations auront été obtenues en marge de l'instruction et sans enfreindre le caractère secret (art. 301 Code de Procédure Pénale) on ne pourra opposer la règle du secret de l'instruction. De la sorte, notre Tribunal Constitutionnel se rapproche de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis selon laquelle toute information obtenue légalement peut être divulguée.

En ce qui concerne la phase de jugement, la norme générale en vigueur est celle de la publicité. Et qui plus est, notre ancien Code de Procédure Pénale (art. 680) expose de manière catégorique que «les débats de l'audience seront publics à peine de nullité». Cette règle admet cependant des exceptions, car, le même texte légal énonce ensuite que «le Président pourra cependant ordonner que les séances soient tenues à huis-clos lorsque l'exigeront des raisons de morale ou d'ordre public ou encore le respect dû à la personne offensée par le délit ou à sa famille». De la sorte, «pour adopter cette résolution, le Président, soit d'office, soit à la demande des poursuivants, consultera le Tribunal, lequel délibérera en secret et émettra sa décision sous forme d'ordonnance motivée qui ne pourra faire l'objet d'aucun recours».

Le problème qui se pose immédiatement est celui de la définition des critères d'adoption des règles nécessaires pour distinguer entre les cas où il sera possible de restreindre la publicité, c'est-à-dire ceux où le droit à l'information sera limité; les cas où l'on pourra interdire aux moyens de communication de divulguer toute information quelle qu'elle soit; et, enfin, ceux où, sans que l'information soit interdite, des mesures devront être prises afin de préserver l'impartialité du juge.

Dans cette recherche de critères nous devons nous référer de nouveau à la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui, dans son article 10.2 établit que «l'exercice de ces libertés (on se réfère ici à la liberté d'expression, laquelle comprend la liberté d'opinion et celle de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées), dont découlent des devoirs et des responsabilités, pourra être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, considérées, dans une société démocratique, comme autant de mesures nécessaires à la préservation de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale ou de la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des délits, à la protection de la réputation

ou des droits d'autrui, afin d'éviter la divulgation d'informations confidentielles ou de garantir autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire».

Cependant, l'interprétation de ces critères doit être faite de manière extrêmement restrictive en raison précisément de l'importance et de la signification que revêtent, dans un Etat de Droit, la liberté d'expression, le droit à l'information et le droit à un procès public.

Dans cet entrelace de droits et de garanties qui forment une société démocratique, il ne fait aucun doute que la presse est un composant indispensable. Leur existence et leur protection dans des conditions précises requièrent la défense des droits relatifs à l'information et à l'expression. Cependant le droit d'informer peut être considéré comme faisant partie d'un droit plus vaste: le droit à la liberté d'expression, tandis que le droit de recevoir l'information nous offre un point de vue différent.

Ces deux droits sont intimement liés et ont besoin l'un de l'autre. Dans le cadre de notre étude, le droit de recevoir l'information apparaît comme un droit du citoyen de savoir ce qui se produit dans les Tribunaux de Justice. Ce droit est également relié au principe de publicité des procès. Il ne faut pas oublier que la publicité est née comme garantie essentielle face à un éventuel exercice arbitraire du pouvoir et à sa double répercussion sur l'individu et sur la société. Ainsi donc, le principe de publicité permet de prendre connaissance du jugement et le droit de recevoir l'information oblige à ce que, dans les cas opportuns, le citoyen puisse avoir accès à ce qui se passe au cours des procès. Ainsi, dans une société démocratique, ces droits revêtent une signification primordiale étant donné que non seulement ils prétendent freiner l'arbitraire mais qu'en même temps ils transmettent aux citoyens un sentiment de confiance dans les institutions de la justice en leur donnant la possibilité de connaître le mode de fonctionnement de celles-ci, parfois depuis leur propre domicile.

Une fois admise l'importance de ces droits et libertés, il nous reste à évoquer leur aptitude à être conciliés avec le droit à un procès juste et impartial et les solutions acceptables.

Il faut reconnaître qu'une opinion déterminée présentée par la presse de manière réitérée et insistante peut impliquer non seulement une pression orientée dans une certaine direction mais qu'elle peut en outre donner lieu aux dits «jugements parallèles». On considère habituellement que ces jugements parallèles produisent des effets très divers: ils donnent lieu à une controverse au sein de la société sur la question faisant l'objet du procès, contraignant à la présentation prématurée d'arguments voire même de documents, de témoins, etc. et, une fois la polémique lancée, ils soulèvent

des responsabilités en marge du procès judiciaire en s'exprimant en termes de culpabilité et d'innocence, en passant outre les garanties que le procès doit offrir.

Dans les tribunaux formés de jurés il est nécessaire de sélectionner des personnes qui ne soient pas influencées par le procès parallèle et qui n'aient pas non plus, en raison de celui-ci, préjugé de l'affaire. Il en va de même pour les tribunaux sans jurés car il est nécessaire que cette influence ne se produise pas.

Il est permis de penser à l'introduction de normes qui permettraient l'adoption de mesures sur les informateurs et les moyens de communication sociale, dans la mesure où celles-ci seraient motivées, prévues par la loi, et dans la mesure où elles respecteraient les buts légitimes établis par l'article 10.2 CEDH et où elles seraient absolument nécessaires à la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire dans une société démocratique. Cependant, la tendance actuelle - qui a été mise en évidence à plusieurs reprises par la CEDH - consiste en ce que, même si l'on doit insister sur la protection du droit à un procès impartial, cette défense ne pourra conduire à une limitation des droits à la liberté d'expression et à être informé, mais au contraire, et en ce sens l'on joue sur l'autre aspect de la question, elle devra conduire à l'adoption des mesures propres à éviter que l'information puisse influencer sur le déroulement impartial du procès.

En d'autres termes, mis à part certains cas extrêmes, les mesures à adopter ne doivent avoir pour but, d'empêcher ou de limiter l'information. Outre les raisons indiquées antérieurement, l'information peut être très utile aux citoyens qui n'ont pu assister au procès. De telle sorte qu'il faut chercher les mesures permettant au procès de se dérouler en toute impartialité. Parmi les possibilités, le droit comparé nous offre les suivantes: transférer la célébration du procès dans un lieu moins touché par l'événement; laisser la situation se calmer en retardant modérément la date du procès; isoler les témoins; dans le cas de jugement par jurés, examiner soigneusement les jurés et exclure ceux qui auront déjà été influencés puis, au cours du procès, leur donner les instructions nécessaires concernant leur devoir de ne pas recevoir d'information sur l'affaire et de ne pas le commenter avec d'autres personnes; et même aller jusqu'à couper les jurés de toute communication. La question revêt une telle importance que, si le juge n'adopte pas les mesures nécessaires, le procès sera annulé et devra être reporté à une date ultérieure.

En cette matière, notre Code de Procédure Pénale ne fait pas état de manière assez claire des possibilités offertes au Tribunal c'est pourquoi, dans un futur proche, il conviendrait de prévoir les mesures à adopter en cas de

besoin. Et aussi, au cas où, afin de préserver le droit à un jugement impartial, leur adoption aurait été incontournable, les conséquences de leur non-adoption.

Président de la Cour Suprême,
Pascual Sala SANCHEZ

Mass media et criminalité

L'homme de notre temps est plongé dans la culture des signaux et des signifiants, et nous assistons à la fascination par l'image. Les choses, les signes et les actions, libérés de leur idée, de leur valeur originale, de leur référent, ont un pouvoir séducteur capable de produire et de reproduire un nouvel ordre. Les mass media, et plus spécialement la télévision, incorporent un nouvel élément à la structure des relations sociales non seulement nationales, mais aussi internationales. A travers les technologies modernes, et dans un processus incessant de construction de nouveaux daguerréotypes, seront créées les conditions permettant d'exercer une forme de contrôle plus subtile et énergique qui transcende le modèle de la veille permanente instaurée par la société disciplinaire. Bien que le phénomène soit largement diffusé et s'étende à différents secteurs – fondamentalement au secteur strictement politique –, il se répercute aussi sur la question de la criminalité, ce qui oblige la Criminologie à son étude.

La relation entre mass media et criminalité opère dans des directions différentes: d'une part, de nouveaux processus de criminalisation et de légitimation symbolique, l'incidence sur la forme dont doivent intervenir les instances chargées de la prévention de la délinquance et sur le degré de confiance dans les institutions du système pénal; d'autre part, le respect des droits fondamentaux – spécialement, la défense de l'enfance et la jeunesse –, la relation entre certaines productions et les comportements violents, etc. Parmi eux, je vais m'occuper des premiers aspects, qui trouvent comme

point commun ladite «opinion publique»; concept nucléaire au moyen duquel s'exerce le pouvoir auquel je me réfère et dont il faut faire l'analyse.

On doit faire remarquer que ladite opinion publique, dans les secteurs de la délinquance et de la justice pénale, loin de former une idée parfaitement délimitée, constitue une question problématique aux contours diffus, dont la dimension exacte est encore à délimiter, comme l'ont exprimé les différents travaux préparatoires et les rapports présentés à la XIII^e Conférence de Recherches criminologiques, qui eut lieu à Strasbourg en 1978, et qui a donné lieu à la Recommandation NUM R (87) 7 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur la participation du public dans la politique criminelle.

Les orientations modernes, fondées sur les investigations qui ont eu lieu, montrent que les mass media s'insèrent dans une trame structurelle complexe, à laquelle elles incorporent des éléments créateurs. Les grands moyens de diffusion ne constituent pas une simple instance réceptrice d'événements surprenants dans le dessein de les diffuser, et ne sont pas non plus de simples témoins de phénomènes étrangers. Mais plutôt, intégrés dans la vie sociale qu'ils contribuent à construire, ils s'ajoutent au processus dynamique qu'encourage l'interprétation des intérêts généraux. Les agents de la diffusion ajoutent donc des éléments novateurs qui, conformément à des perspectives contradictoires, permettent de soutenir que, parfois ils déforment par hypertrophie certains événements et, d'autres fois, ils omettent certains événements dont l'importance aurait été remarquée par d'autres secteurs. Tout ceci ouvre la voie à une distinction polémique conceptuelle entre opinion publique et opinion recueillie et diffusée par les mass media. Il faudrait ajouter à cela que ladite «opinion publique» est moins un concept uniforme que la simplification d'un phénomène plus complexe dont une expression plus correcte attirerait le pluralisme des diverses options et états d'opinion, plus ou moins connus, considérés et influants dans les processus interactifs de la vie sociale.

Si l'on considère que la qualification de certains comportements qui ne se trouve pas être le reflet de l'opinion publique aboutit à sa modification, la responsabilité des mass media face à la société dans le processus définitionnel des délits résulte évidente. L'intervention dans le processus indiqué doit s'adapter à tout moment aux critères d'objectivité, d'impartialité et de recherche de la vérité. Même si l'on reconnaît que ces critères constituent des postulats auxquels on ne peut renoncer, l'exigence de rigueur, la professionnalité, la véracité et le respect des valeurs essentielles de la démocratie, doivent établir des lignes de conduite pour les mass media. Tout ceci permettra une approche plus grande et véritable de la société, de ses

préoccupations naturelles et de ses intérêts authentiques, en respectant la valeur du pluralisme et l'espace social des minorités.

Dans un autre sens, on doit faire attention au recours indiscriminé à l'opinion publique et au risque de son utilisation intéressée dans le sens le plus adéquat à certaines stratégies de contrôle social. En effet, on ne peut ignorer que la possible domination peut s'exercer moyennant la concentration de moyens et la participation économique majoritaire dans les sociétés d'édition de ceux-ci par des groupes déterminés, qui peuvent avoir de l'influence sur l'interprétation des intérêts généraux par ceux qui ont le pouvoir de définir les microprocessus de réforme. Dans cette situation, la population ne serait réellement la protagoniste, ni la conscience sur la nécessité du recours au Droit pénal ne surgirait de la réflexion individuelle spontanée ni de la source formative correcte; mais fondamentalement, après l'introjection des messages qui sont dirigés aux citoyens à travers les diverses instances de diffusion. Par cette voie et en tenant compte des manifestations les plus déformées, on a maintenu que la propre structure de l'Etat réduirait bien des citoyens à la condition d'exclus politiques. L'histoire de la génération de nombreuses lois pénales se caractériserait par l'absence complète de consultation, simplifiant le processus d'interprétation politique, puisque dans sa gestation normative, elle serait confiée aux agents responsables de la définition et de l'étiquetage. La population manquant de formation et de connaissances adéquates, le problème de la criminalité resterait investi avec l'armature technificatrice qui opérerait comme excuse dans l'exercice d'un contrôle social monopolisé par ses détenteurs excluants. De cette façon, l'homme de la rue serait circonscrit au secteur de population soumis à l'opinion publique fabriquée, alors que les opposants au signe unidirectionnel de la moralité publique se trouveraient d'une façon ou d'une autre séparés du projet collectif en quoi consiste la nation.

On a fait remarquer de façon complémentaire les effets dysfonctionnels à ceux poursuivis avec des diffusions informatives déterminées, qui obligent même à des modifications législatives dans le secteur pénal, présentées comme d'efficaces instruments dans la prévention de la délinquance. Ce n'est pas, néanmoins, quelque chose de différent à une organisation scénique de facture essentiellement théâtrale, tendant à tranquilliser une population. Des réformes qui, en tant que produit de la fiction, se voient déboucher sur leur dérogation, laissant derrière soi le crédit institutionnel endommagé et la confiance dans le système pénal érodée.

La prévention de la délinquance peut être présentée dans l'unique dessein de tranquilliser un état d'opinion fondé sur la crainte. Peur induite à

son tour à travers la façon et la manière avec lesquelles les mass media présentent certains événements de nature criminelle. Les instances auxquelles est confiée la prévention de la délinquance – la Police, le Ministère public et les Juges et Tribunaux –, se voient ainsi plongées dans un piège qui est le reflet fonctionnel parfois, et dysfonctionnel d'autre fois, du réseau de la justice pénale. La réponse attendue n'est plus la conséquence immédiate de l'idée de la Justice et se convertit en thérapie réparatrice de la conscience publique commotionnée.

En même temps, est réduit l'état de liberté des individus et sont annulés en partie la diversité et le pluralisme qui sont des référents auxquels on ne peut renoncer dans les Etats démocratiques. On sent dans certaines productions informatives un certain renoncement à la liberté fondée sur le respect de l'être humain, pour céder au tourbillon de la violence contre le semblable, expression d'une liberté fratricide et angoissée. D'autre part, la conduite déviée, ou plutôt, sa représentation dramatique par les agents des mass media, se convertit parfois dans l'antichambre du bouc émissaire. D'autre fois, émerge le mythe de Procruste et la réduction égalitaire au canon inventé de ce qui est normal, non seulement artificiellement, mais en contrariant le pluralisme qui, en tant que substitut juridique et politique de la tolérance, est consubstantiel à la démocratie.

En faveur de certaines productions on allègue une approche de la réalité, et pour ce faire y sont consacrés des efforts pleins de rudesse, d'insolence, et d'exhibition obstinée de la douleur d'autrui, sans aucune barrière: incendies, explosions, assassinats multiples, mutilations et viols, se succèdent en cascade donnant lieu à ce que l'on a défini comme la pornographie de la violence. Pourtant, le recours au réalisme est, en de nombreuses occasions, un simple alibi couvrant les véritables intérêts: les raisons commerciales qui réduisent le fait quotidien au manque d'intérêt, pour mettre aux nues le fait extravagant. En effet, l'audience n'est pas augmentée par le comportement correcte mais bien par celui qui est propice à alimenter la composante morbide qui, dans une certaine proportion est présente en chacun de nous. Et lorsque la réalité est insuffisante dans cette perspective, et lorsque les événements que le tissu social est capable de produire spontanément ne permettent pas d'atteindre l'indice d'audience désiré, on recourt aux aspects les plus obscurs, et si cela ne suffit pas, on fait appel à la fiction dans les productions non informatives.

Cette façon de procéder ne semble pas se concilier avec la fonction sociale qu'on assigne aux moyens de communication, où réside son fondement et aussi ses limites. En raison de cela, il est évident que la fonction détermine

la forme de gestion ou de production, et non le contraire; et toute tentative de changer ce raisonnement résulte tout simplement inacceptable. Agir d'une autre façon convertirait l'«homo economicus» en axe du système, tant est si bien que seule la dignité de l'être humain et les droits inviolables qui lui sont inhérents doivent constituer le fondement ultime des moyens de communication sociale.

En plus, ces programmes imprégnés de violence ne témoignent pas de la réalité. En terme de statistiques, il est impossible de concilier la programmation en question avec l'indice réel de crimes de cette sorte, même en opérant avec le chiffre noir de la délinquance. Il n'est pas viable non plus, dans la plupart des occasions, de s'en remettre à la Criminologie, pour trouver les références utiles quant à la morphologie de quelques comportements. Est sous-jacente à tout ceci une antimorale vidée des véritables valeurs de la démocratie, cristallisée dans les textes juridiques nationaux et internationaux. En même temps, on réduit le patron de conduite à un manichéisme éculé générant une fausse dichotomie qui rend propice la peur du délit et la ségrégation du délinquant. Ce n'est pas, en effet, la réalité qui est exhibée, mais sa simple apparence; ou plutôt, la réalité discréditée ou déformée, ce qui semble être l'une des caractéristiques de notre temps.

En effet, conformément aux recherches menées, la diffusion réitérée de crimes atroces de même que leurs aspects les plus dramatiques, provoquent un effet terrifiant sur l'opinion publique, en même temps que gagne l'impression que de semblables délits ont lieu tous les jours et que tout citoyen peut être victime de l'un d'eux. En même temps, on crée des espoirs d'efficacité dans les instances publiques, qui, lorsqu'elles ne se vérifient pas, conduisent à la propre méfiance dans le système pénal.

Cette façon de comprendre la radiodiffusion entraîne un risque dans le programme de libération de l'individu dans lequel consiste la modernité. Les craintes irrationnelles qui limitaient l'individualité étant dépassées, de nouveaux mécanismes menacent son existence. Si le sentiment de faute s'est inséré dans la conscience du sujet, la post modernité qui se dit libérée donne tout leur pouvoir aux mécanismes de la violence comme apparente forme de diversion, qui, pourtant, installe dans la conscience la crainte devant une société qui convertit en rite la violence et qui, dans le secteur audiovisuel, brise le code secret de l'esthétique, foment le désordre, et, comme De Quincey, en arrive à considérer l'assassinat comme l'un des beaux arts.

Les réflexions antérieures invitent à un processus de réflexion plus ample, dans lequel doivent intervenir des responsables publics, des voies institutionnelles, des juristes et des professionnels de l'information et qui

doit avoir comme postulat une façon plus adéquate de configurer la mission des moyens de communication devant la question de la criminalité de notre temps. La responsabilité des professionnels qui agissent dans ces moyens et leur compromis avec le perfectionnement des institutions – dans ce cas, celles qui concernent la justice pénale –, obligent à un processus de réflexion rationnelle et rigoureuse, capable de délimiter le secteur et la forme par laquelle la diffusion peut contribuer à l'amélioration des institutions punitives et au progrès des sociétés. Tout ceci dans l'exercice des missions qui, fondées sur les libertés publiques d'information et d'expression, constituent des piliers essentiels des sociétés démocratiques de notre temps.

Madrid, mai 1994.

Dr. Joaquín González GONZÁLEZ
Procureur du Secrétariat technique du Ministère
Public Espagnol

UNITED KINGDOM

*

ROYAUME UNI

Introduction

In the United Kingdom a shift has occurred in the relation between the media and the judicial system. A greater focus of media attention on the legal process in recent years has demanded new responses from the judges who are now more proactive in their dealings with the mass media, and more conscious of the way they, and the institutions of the law, are perceived by the public.

Background

Well into the post-war era, the judicial process and its results were, by and large, reported by the press and accepted by the public uncontroversially. As recently as the 1960s, any criticism of the judiciary was at most muted and tentative. Scandalising the judiciary (or in Scotland “Murmuring Judges” - currently the title of a successful play) was a special form of contempt of court. Even today, criticism of judges in both Houses of Parliament is constrained by strict conventions, breach of which leads to suspension from the House.

It is axiomatic that the independence of the judiciary is of fundamental importance. The concern to protect this independence led Lord Chancellor Kilmuir to set out what was the clearly understood practice of the day in 1955 in the “Kilmuir Rules” (see below) which precluded judges from commenting publicly on almost any subject. Only the Lord Chancellor (because of his position as a Cabinet Minister) was free to talk to the press.

This arrangement seemed to operate quite satisfactorily for over thirty years: the Kilmuir Rules themselves survived until as recently as 1987. So long as criticism of the judiciary in the media was scant, the judges had little need or incentive to opine or explain out of court. Their role was to decide impartially the cases which came before them, and that was all.

New Expectations

Attitudes and perceptions have, however, changed radically. Judges, like politicians, are today scrutinized and criticised not only by informed commentators, but by the public at large. “Accountability” is a key concept in modern democracy, and judgments and sentences of the courts are matters of legitimate public interest.

But this raises the question of what the public actually wants from the judges. It might seem that the answer to that question could be simply stated in one word - justice. But what actually constitutes justice in any given case is not, as one might hope, agreed by everyone. Still less is there agreement as to the proper procedure for achieving it. Increasingly, in recent times, high profile cases in the UK have been followed by heated debate about their outcome and the procedures adopted.

This increased criticism may be part of a general trend in mature democracies to question the exercise of authority in public affairs and scrutinize closely those exercising it. Today, the media provide wide and instant dissemination of news coupled with saturation comment. Every topical issue is probed and debated by pundits in television interviews and discussions brought into every home. The public is invited to participate by phone-ins or as studio audiences. Seeing those in high office frequently and at close quarters on the screen removes their former mystique and emboldens the nation to discuss and to criticise them as never before.

It is healthy that the media and through them the ordinary citizen should observe closely and critically how public institutions and services are run. In regard to the courts it is beneficial not only for the public but for the judges themselves that they should be open to criticism. The legal process should no longer be seen as so specialised and esoteric as to be beyond the comprehension and criticism of non-lawyers.

Acceptance of Judicial Decisions

There is, however, another modern trend which does not marry so well with the growth of critical comment. As personal and political expectations

have risen, so people have become more determined to realise them. If things do not go their way, they are not prepared, as our forbears often were, to accept disappointment philosophically. We see it in sport when the decisions of umpires at major tennis tournaments or referees at football matches are increasingly challenged and if a team looks like losing, attempts are made by its supporters to abort the game by invading the pitch.

By the same token, whilst there are objective criticisms of the courts which are valuable and constructive, there is also much knocking of judges and of the system which is subjective and intended merely as part of a spoiling operation. Aggrieved parties, their relatives and supporters, blame the court or the system for a result they do not like. They, and also those with far-reaching theories as to how the law and the courts should be reformed, or with a destructive antipathy to them, are given ample air time and column space in which to express their grievances.

An Example - Criminal Sentences

A topical example of this in the UK is sentencing in criminal trials. It is frequently stated that we in the UK send proportionately more people to prison than any other country in the European Union - although in passing I should mention that we imprison far fewer than they do in the United States. From the European comparison, it is argued that UK judges are too ready to resort to imprisonment in cases where it is both unnecessary for the individual and undesirable for society at large. Judges have been blamed for creating over-crowding in our prisons.

But that is only one side. By contrast, most of the criticism of individual sentences by the media consists of complaints of excessive leniency. Especially in cases of rape and causing death by dangerous driving, judges have frequently been pilloried for sentencing too lightly. Some have been literally besieged by journalists at their homes - journalists who carry with them (and reprint ad tedium) a catalogue of so-called judicial "howlers" (allegedly insensitive remarks made during the course of a trial). In more than one case this aggressive and relentless media persecution has had a serious affect upon a judge's health.

But quite apart from the issue of privacy involved here (which is currently the subject of lively political debate in the UK) these cases raise the fundamental question as to how far judges ought to take into account public opinion in the context of sentencing. In other words, ought the judges to be giving the public what it wants, or at least what the media suggest it wants?

One thing they must clearly not do is have regard to clamour, lobbying or campaigning. The independence of the judiciary requires the judge to exercise his (or her) own independent judgment on the evidence presented in court. However, whilst he will not be swayed by partisan or activist influence, he is entitled, and I would argue obliged, to consider what reasonable public opinion of the day would regard as appropriate.

For example, it may be that at a particular time or in a particular locality, offending of the kind which a judge is considering may have become prevalent and a more severe sentence may for that reason, be required. Again, if sentences are over lenient and are felt to be so by members of the public, not only may some aggrieved victims or their supporters seek to take the law into their own hands, but they may even receive support from their local community. Were that to happen, the rule of law would be seriously endangered.

Newsworthiness

But in attempting to take account of public opinions and perceptions in this way, the judge is fighting the fact that adverse criticism of sentencing is always considered newsworthy. The impression the citizen receives from the media is that the courts usually get it wrong. Of course, good news does not sell so well as bad. One would never expect to see a headline reading: “Judge passes impeccable sentence”. But of the 100,000 criminal cases passing through the Crown Court every year in England and Wales, all but a tiny minority are dealt with unexceptionably and arouse no comment.

It is the few that hit the headlines which colour the public’s perception of judicial sentencing. Often reports are based on incomplete or slanted accounts of the facts and criticism is often quoted from the mouths of the parties, their relatives or their victims, who are unlikely to present the most balanced reaction to the judge’s sentence. It is hard to know how to counter this effect, since few would wish the courts to become involved in the extra-curial justification of individual judicial decisions. Justice should not require spin-doctoring.

Judges and the Mass Media

Another hangover from the past is that judges have acquired (or perhaps retained) a reputation for being aloof and for holding themselves apart. The media often couple this perception with allegations (not borne out by the facts) that judges in the UK are drawn from a rarefied educational and social

background. To many, this detachment (which originally derived from the judge's obligation to ensure objectivity), may give an impression of arrogance.

The traditional view, however, was that judges should avoid speaking in public outside their own courts. The Kilmuir Rules embodied this self-denying Ordinance. In recognition of the extent to which times had changed, the present Lord Chancellor countermanded the Kilmuir Rules in 1987, and left it to individual judges to decide whether to speak out in public or not.

This more open approach was an essential response to the developments outlined above. No doubt at one time it was acceptable for judges to restrict their pronouncements to giving judgment or passing sentence. But the shift in public attitudes under the growing influence of the media calls for a different approach from the judges.

It is simply no longer sensible to remain silent when so much attention, much of it highly critical, is focused on the courts and the judicial process. In the absence of any reply it would be assumed against the judges either that they were so arrogant and complacent as to believe they could ignore criticism or, that they had no good answer to it.

So I believe that on suitable occasions, judges should be prepared to speak on matters affecting the law and the courts, to answer criticism and to explain policies. I also hope that if judges do speak out on topics which concern the public, they may overcome the widely held belief (stemming I think, from all those years of lofty reticence) that judges are out of touch or even, as has been said, "live on another planet".

It was with these factors in mind that I decided to accept an invitation to appear on a Television Panel discussion programme ("Question Time") last autumn. I did this only on condition that the programme was confined to legal issues and involved no politicians. Limited in this way, I did not see any danger to judicial independence from being more open and on occasion outspoken. However it is not something I would wish to see judges doing too frequently: I do not think it would be wise or even acceptable for any serving judge to become a "Television Personality".

But, by participating in activities which have become a regular incident of public life in modern democracies it seems to me that the judiciary can, and should, show themselves to be real people (rather than the caricatures they are all too often portrayed to be), and explain their approach to a wide audience (3.1 million people watched "Question Time"). This does not mean open season for judges to sound off all the time and on any subject. Openness must be tempered by moderation and discretion. A judge should not talk

about individual cases; he should not address political issues and especially not party political issues. He is unwise if he ventures views outside his own field. We should all, ultimately, take note of what one English judge wrote to the London “Times” recently: “I am paid to administer the law: not to pontificate about it”.

Paper by **Lord Taylor of GOSFORTH**,
Lord Chief Justice of England

Introduction

1. In this short paper I would like to add some observations to those already made by the Lord Chief Justice of England and Wales, Lord Taylor, in commenting on the interrelationship of “Justice and Mass Media”. In doing so, I would like to take account of some of the experiences of the courts in Northern Ireland.
2. I shall not dwell at any particular length on the legislative framework. For the most part, our legal framework closely follows that of England and Wales. To this extent, therefore, the observations of others relating to England and Wales are no less apposite in the context of Northern Ireland. I shall instead concentrate on those aspects of the current circumstances in Northern Ireland which are materially different. I should also like to pose some questions on how the relationship of justice and mass media might develop in the future.

The legal framework

3. So far as the legal framework in which the courts and media operate in Northern Ireland is concerned, perhaps the single most distinctive feature of our system at present is the existence of *non-jury trials* for some of our most serious criminal cases relating to terrorist offences where the cases are tried by a judge sitting alone without a jury. As many of you will know, one of the unfortunate consequences of the sustained campaigns of terrorist violence in Northern Ireland during the past 25 years has been the abrogation of conventional jury trials

for persons charged with terrorist offences. This change in the mode of trial was recommended by a commission of inquiry chaired by one of the most eminent of English Jurists, the late Lord Diplock. The Diplock Commission recognised that in the particular circumstances of Northern Ireland, with the threat of terrorism and the tensions to which it gave rise, there was a very real risk that the normal process of jury trial would not operate justly and effectively. Among the difficulties which the Commission identified was the possibility that a jury drawn from a particular sector of the community might be biased, either against an accused person or in his favour. A further difficulty was the likelihood that members of a jury would be identified and subjected to threats or intimidation from a terrorist organisation seeking to secure a favourable verdict in a particular case.

4. It was for these reasons that the law now provides that in terrorist cases the accused will be tried in the Crown Court in Northern Ireland by a judge sitting alone without a jury. This change in the law was a regrettable, but necessary, restriction of the conventional criminal trial process.

Written judgments

5. While the Emergency Provisions legislation has changed the mode of trial of criminal cases in the way which I have described, it also includes a provision which is highly relevant to the topic under consideration. Our legislation requires that in a non-jury trial, if the judge convicts, he must give a detailed *written judgment* setting out his reasons for convicting the accused. This provision is a very rare example of a requirement for a judge in a criminal case to give a detailed written judgment of the evidence presented in court and of the reasons for his verdict. Such judgments are often lengthy, running to 30 or 40 or 50 pages long.
6. The availability of detailed written judgments in the so-called “Diplock trials” is of particular importance to the administration of justice and the community as a whole. It ensures that the reasons for a particular verdict are set out in detail and are there for any interested person to read and to study. They are also, quite naturally, a valuable source of information for the media in seeking to report the outcome of a particular trial and are made available to the media immediately after

the judgment has been read. These written judgments are, in my opinion, a useful way for ensuring that the decisions of the Crown Court judges are readily accessible to the public at large.

7. It does not follow that because a written judgment is made available to the media, the media will always report a case accurately. Nevertheless, the immediate availability of written judgments is one of the best tools available to the courts in seeking to ensure that their decisions in cases of importance are readily understood, not only by the parties involved in the case, but also by the wider public.

Media liaison

8. Almost exactly a year ago I attended the Commonwealth Law Conference in Cyprus. There, I had the opportunity to compare experiences with judges and law officers from many parts of the world. I was struck by the degree to which the relationship between the courts and the mass media is an issue of particular interest and concern to each of us. I was also struck by the degree to which some courts, particularly those in Canada and Australia, had made a concerted effort to develop a satisfactory working relationship between the courts and the media. In a number of instances, this has taken the form of the Supreme Court appointing a ‘Media Relations Officer’ (and sometimes a ‘Media Liaison Committee’) to act as a contact point between the courts and the press. Underpinning these initiatives is the desire to ensure that the important judgments of the courts are both readily accessible and, equally importantly, that they are readily comprehensible to the media and therefore to the public.
9. These initiatives raise an interesting question. Namely, whether it is sufficient for us to allow our judgments to “speak for themselves” or whether more than this is required of us? I have in mind the fact that even a detailed written judgment is open to misunderstanding on the part of non-lawyers. Equally, a journalist may seek to give particular emphasis to just one aspect of a judgment which seems especially newsworthy and, in doing so, may well fail to give a balanced account of the judgment as a whole. I was particularly interested, therefore, to learn that the Supreme Court of Canada has appointed a media relations officer whose job it is to provide off-record explanations of the court’s most important judgments to ensure that

journalists have access to a comprehensive and detailed understanding of the issues involved.

10. In raising this topic today, I do not wish to go further than to place some of these questions before us for further reflection. It may be that there is a balance to strike between, on the one hand, the traditional attitude of the courts, which might well be portrayed as “here is our judgment, it speaks for itself” and, on the other hand, a more contemporary appreciation of the need to make the decisions of the courts readily accessible to the public at large.

Practical considerations

11. Finally, I would like to mention some practical considerations. A recent case in Northern Ireland illustrated graphically the extent of public, and indeed world, interest in the operation of our courts. It has also illustrated the need to put in place systems to ensure that the court’s relationship with the media works smoothly. In this recent case we anticipated that the level of media interest, both national and international, was likely to be very great. Therefore we put in place carefully drawn-up plans to accommodate all those who wished to attend the hearing. We ensured that prior contact was established between the court Press Officer and each accredited member of the media. On the opening day of the trial, we had no less than 83 journalists wishing to attend the court proceedings. Our plans ensured that each one of them was accommodated and, indeed, that each was issued with a photographic press pass ensuring their unimpeded access to the press gallery throughout the duration of the hearing. Throughout each day of the hearing, we had at least one Press Officer on duty to distribute copies of relevant materials, such as court rulings, and to deal with media enquiries. We also made arrangements to provide a daily court transcript of the proceedings should this prove necessary. At the end of this case, similar arrangements were put in place to enable the press to report the judgment of the court - and copies of the court’s written judgment were made available for distribution to reporters immediately after the judgment had been read.

Conclusion

12. While the arrangements for this particular case were rather exceptional, they nevertheless illustrate how some prior planning can make the job of the media and their interface with the courts so much more satisfactory. Indeed, we received a number of compliments from members of the international media for the arrangements we had made for this case. I take the view that the considerable amount of work that went into this exercise was well worth the effort involved. For both the court itself and the media share *a common interest* - that is, to ensure that the interface between justice and the mass media results in reporting of court proceedings which is at all times *fair, accurate, balanced and complete*.

15 April 1994

Intervention by the Rt Hon Sir **Nicholas LYELL** OC MP,
H M Attorney General for England and Wales, and
H M Attorney General for Northern Ireland

TELEVISION IN THE SCOTTISH COURTS

One of the most significant achievements of modern-technology has been the development of television as a means of communicating with and informing the public. Fifty years ago the printed word and sound radio were the principal methods by which news and other information were disseminated. Today many more people watch television each day than read newspapers or listen to news and current affairs programmes on sound radio. The growth of home videos and the use of easily handled equipment such as camcorders has increased still further familiarity with this means of communication and of recording information for viewing at home.

The courts of law in Scotland, as is the case in most jurisdictions, are open to the public. The press are admitted to proceedings in these courts and it was recognised a long time ago that they are at liberty to report what goes on there. There are various restrictions which may lead to these privileges being withdrawn in particular cases. But in general the public are free to come and go and to observe what is happening as they wish, and the press are at liberty to report what they like subject only to rules about fair reporting, defamation and contempt of court. In 1810 one of my predecessors, Lord President Blair, remarked that the press was a dangerous and powerful instrument. But the policy of the law in Scotland has been to uphold the liberty of the press and to regard as lawful the publication by newspapers of what takes place in court at the hearing of any case. Another Lord President, Lord President Inglis said in 1879 that the principle on which this rule was

founded was that ‘as courts of justice are open to the public, anything that takes place before a judge or judges is thereby necessarily and legitimately made public, and, being once made legitimately public property, may be published without inferring any responsibility’.

But there was until about two years ago a strict rule in Scotland that no cameras of any kind, whether for filming or for still photography, were to be used in any court room under any circumstances whatever while the court was in session. This rule applied not only to court proceedings, both at first instance and on appeal, but also to the public ceremonies which take place from time to time in our courts. The rule was not written down anywhere in any statute or regulation approved by Parliament, nor did it depend upon any established principle of our common law. It was a rule of practice, the basis of which was simply that it was the responsibility of the Lord President, and of all other judges in Scotland who by convention were expected to follow his example, to control proceedings in his own court. In 1981 there was introduced for the first time in Scotland a statutory prohibition on the use in court, or the bringing into court for use, of tape recorders or other instruments for recording sound, except with the leave of the court: Contempt of Court Act 1981, section 8. But that prohibition did not extend to the use of cameras or other methods of filming or photography.

I appreciate that the position as regards the use of cameras in court may be different in other countries in the European Union. It is certainly different in the other jurisdictions in the United Kingdom, where their use is prohibited by section 41 of the Criminal Justice Act 1925, and it would require amending legislation to alter this rule. In my jurisdiction, however, whose separate legal system was preserved as a condition of Scotland joining with England and Wales in 1707 to form a United Kingdom, that statutory rule does not apply. This is because the 1925 Act, which applies in England and Wales and in Northern Ireland, does not extend to Scotland. The whole matter, therefore, is the personal responsibility of the Lord President. He lacks the protection which legislation might otherwise have given to him. But conversely, he is in a position to introduce changes and to control them, with the maximum discretion and flexibility, on his own initiative.

When I took up my office in 1989 I did so in the expectation that I would be likely to hold office as Lord President until after the commencement of the next century. It seemed to me that it was unlikely, given the pace of modern development, that the practice which had existed hitherto would survive, or at least would continue to command public respect and confidence, until my retirement. I decided that, if there were to be changes, I

would rather that they occurred early during my time as Lord President when I was in a position, by taking the initiative, to control events.

I was assisted in that decision by the fact that most of the people in key positions in broadcasting in Scotland were known to me personally. This was the result of contacts which I had developed when I was Dean of the Faculty of Advocates - the leader of the Scottish Bar - prior to being appointed Lord President. Scotland is a relatively small country, where it is easy to develop such contacts. The fact that I found it possible to discuss the subject with these people in a spirit of trust and mutual confidence was of considerable help to me as I began to develop my ideas as to what would be both practicable and acceptable.

The first step which I took was to invite one of our Judges to explore the whole subject on my behalf and to provide me with a report. He consulted on an informal basis with representatives of the legal profession, and he examined the available technology with the assistance of the broadcasters. His report to me was that the technology existed to enable proceedings in the courts to be filmed and broadcast in a manner which was likely to be acceptable. He also told me that the legal profession appeared to be generally in favour of some relaxation of the existing rule. He recommended the adoption of a policy of opposition to the televising of current proceedings in criminal cases at first instance and that there was no sufficient reason for distinguishing civil proceedings at first instance in this regard. With respect to current proceedings at appellate level, whether in civil or criminal cases, however, he recommended that no broadcasting of such proceedings should take place until I was reassured that a false impression would not be created by the use of short excerpts from court proceedings in news programmes and I was satisfied also that televising could take place without imposing an undue burden of discomfort on the participants. As for documentaries, he concluded that there was much to be said for the televising of a full account of an important past case, or a past case which was chosen as a typical example for explaining how cases are conducted in court. But he recommended that if televising of such a case was sought by the broadcasters one of the pre-conditions for this should be the consent of all the parties to the case.

I then consulted the other Judges in Scotland, the majority of whom were also favourable in principle to the proposal that the rule should be relaxed to some extent. The comments which I received from them on points of detail enabled me to form a reasonable judgment about the extent of the relaxation which should be acceptable.

On 6 August 1992 I issued a practice note to the legal profession, and to the press, which was in these terms:

“The Lord President has issued the following directions about the practice which will be followed in regard to requests by the broadcasting authorities for permission to televise proceedings in the Court of Session and the High Court of Justiciary.

- (a) The rule hitherto has been that television cameras are not allowed within the precincts of the court. While the absolute nature of the rule makes it easy to apply, it is an impediment to the making of programmes of an educational or documentary nature and to the use of television in other cases where there would be no risk to the administration of justice.
- (b) In future the criterion will be whether the presence of television cameras in the court would be without risk to the administration of justice.
- (c) In view of the risks to the administration of justice the televising of current proceedings in criminal cases at first instance will not be permitted under any circumstances.
- (d) Civil proofs at first instance do not normally involve juries, but the risks inherent in the televising of current proceedings while witnesses are giving their evidence justify the same practice here as in the case of criminal trials.
- (e) Subject to satisfactory arrangements about the placing of cameras and to there being no additional lighting, which would make conditions in the court room intolerable, the televising of current proceedings at the appellate level in both civil and criminal cases may be undertaken with the approval of the presiding judge and subject to such conditions as he may impose.
- (f) Subject to the same conditions ceremonies held in a court room may also be televised for the purpose of news broadcasting.
- (g) The taking of television pictures, without sound, of judges on the Bench as a replacement for the still photographs currently in use will be permitted with the consent of the judge concerned.
- (h) Requests from television companies for permission to film proceedings, including proceedings at first instance, for the purpose of showing educational or documentary programmes at a later date will

be favourably considered. But such filming may be done only with the consent of all parties involved in the proceedings, and it will be subject to approval by the presiding judge of the final product before it is televised.

The response of the public in Scotland to this announcement was in general favourable. Some thought that the relaxation did not go far enough. Others were concerned about the effect which television would have on witnesses and juries in criminal cases. But the practice note had anticipated this particular problem, and I did not find it necessary to alter any of its terms in the light of these initial comments nor have I done so subsequently.

A good deal of interest was then expressed by a substantial number of broadcasters in England as well as Scotland. Much of this interest was directed to the possibility of filming for the purpose of documentary programmes. I have to confess that it was not easy for me to handle all these approaches as I have no press officer. Many of those who approached me with requests for access were not known to me, and I was uneasy about working with companies of whom I had no previous experience. Furthermore, it soon became clear that it would not be practicable for us to allow several teams of cameramen from different organisations to operate in our courts simultaneously. So I decided, with the assistance of my Principal Clerk, to give priority to the first expression of serious interest which we had received, which came from BBC Documentaries. This is a section of the British Broadcasting Corporation in London, which has had considerable experience of filming in sensitive locations, including the Royal Palaces, Military Establishments and the Foreign Office. Early discussions with them satisfied me that they had the experience, expertise and sensitivity to meet our requirements, and I agreed to give them access to the courts for the purpose of making a series of documentary programmes.

The discussions with BBC Documentaries prior to the commencement of filming proved to be valuable to both parties. The buildings which our courts occupy were for the most part constructed during the 19th Century. Their layout and the quality of lighting in them presented considerable practical difficulties for filming which had to be explored and overcome by the cameramen and their sound recording team. It became clear also that detailed guidelines were required to lay down the procedures to be followed by the BBC when seeking consents from witnesses, jurors and other participants in court proceedings which they wished to film and the terms on which the proceedings in any given case might be

filmed for televising. These guidelines were then prepared by me in accordance with the principles set out in the practice note of 6 August 1992. They were detailed and onerous, but BBC Documentaries were willing to agree to them subject to negotiation on some minor points. It was on the basis of their agreement to these guidelines that they then set about their work in preparing the documentary programmes.

Two other projects were selected for discussion with broadcasters at this stage. One was the filming of the work of the Criminal Appeal Court with a view to the possibility of news broadcasting. The other was a documentary programme on the work of the courts to be prepared by Scottish Television, an independent television company. This programme was to look at the work carried on behind the scenes by the court officials as well as proceedings in the court rooms. Discussions on these projects proceeded on similar lines to those already established with BBC Documentaries. The aim in each case was to agree a set of guidelines and to explore the technical problems before filming began. The proposal for the filming of the Criminal Appeal Court was made by BBC Scotland and Scottish Television on a joint basis, the idea being that a single team would be given access to the court with a view to material obtained by them being made available simultaneously to both companies.

As a result of these discussions and arrangements the following projects have now been completed or are in progress:

(a) BBC Documentaries

Five documentaries have been completed to be shown on BBC2 over a period of five weeks starting in November 1994. These programmes comprise one which concentrates on the work of the public prosecutor in a court which deals with less serious cases; one which concentrates on the work done by a defence solicitor; and these which are devoted to past criminal trials in serious cases in order to illustrate how such trials are conducted in the Scottish courts. All those shown in these films consented to being shown on television, including the accused in the trials which are to be shown. The programmes have been approved by all the Judges involved in them and by myself. I should add that none of the trials which have been filmed for the purpose of this series were of particular importance or notoriety, and they could all be described as run of the mill cases. Requests for access to film more important trials were declined, and a number of other proposals could not be pursued because consents from the participants were not available.

(b) Scottish Television

Two one-hour programmes on the working of the Scottish courts were shown on television in Scotland in February 1994. As I said earlier, these programmes were designed to give a general view of the work done by the court, much of it behind the scenes. They concentrated on the work done by court officials, by members of the legal profession and by some judges. A number of court scenes were shown during these programmes, but purely for illustrative purposes. Here again the filming was conducted with the consent of all those involved. These programmes were regarded by one experienced reviewer of television programmes as ‘a mildly interesting and somewhat reassuring glimpse’ of the work of the court. He made the point that a court room is a place which can terrify someone who is not familiar with it and that it was reassuring to see on television how proceedings are actually conducted.

(c) Installation of a new Judge

When a new judge is appointed in Scotland the Judge is sworn in and introduced to the court in a public ceremony which is held in one of our principal court rooms. Similar ceremonies are held there when a new Secretary of State for Scotland or a new Lord Advocate or Solicitor General is appointed. None of these ceremonies has previously been viewed on television, because of the former rule which prohibited all filming within the precincts of the court. On 12 January 1994, however, a single camera was admitted to the court room to film one of these ceremonies, and film of the ceremony was shown on BBC Scotland and Scottish Television during news broadcasts later that day. The only objection which I received was from newspaper editors who felt at a disadvantage because they had not been given permission to take still photographs. I expect to be able to accommodate their position on future occasions by allowing them to publish photographs taken from a video recording of the ceremony.

(d) Criminal Appeal Court

Several experiments have been conducted to enable BBC Scotland and Scottish Television to assess how they might best be able to film the work done in this court. None of these experimental films were broadcast, but it is expected that systems will have been developed to the satisfaction of the court and of the broadcasters to enable filming here to commence with a view to news broadcasting in a few months time.

I think that the conclusion to be drawn from what has happened in Scotland so far is that proceedings in court can be shown on television, but that caution is needed and will always be needed if this is to be done without risk to the administration of justice. Justice is not a private matter, and the public have a right to know and to understand what goes on in a court. Access to proceedings by means of a television camera will assist this process. A better understanding of the processes of the law, based upon what actually happens and not the performances of actors, may raise respect for the law and it may also help the court to play its part in deterring crime by broadcasting what it does to a wider audience. A sensitive portrayal of the court process may help to overcome the suspicion which is created, especially by the wearing of old-fashioned court robes and wigs, that the process is no longer relevant to the needs of society. But if the risks of a descent to the sensationalism to be found in America is to be avoided, it will be important to ensure that control over what can be filmed remains with the judges and that criminal trials are not broadcast until after the trial and any appeal processes have been concluded.

Lord HOPE

President of the Court of Session

SUMMARY

*

RESUME

The media and the image of justice

1. The written media, radio and television play a prominent role in people's everyday life. Indeed, only a few number of persons have the possibility of obtaining direct information on certain cases at the public hearings corresponding to the respective procedures. Thus the media have an extremely important role to play in bringing justice closer to the people and in making it more comprehensible and human.

Public relations of justice

2. Democratic societies need free media that keep the public informed. The media rely on the support of justice in order to perform their duty to inform in the public interest.

The freedom of the press and the right to be informed — duty to inform

3. The freedom of the media presupposes both access to information and the right to be informed. The latter however is not unconditional. Limits and restrictions arise where interests are at stake that correspond to higher values (e.g. the right to a fair, impartial and equitable trial): information may be refused (a) where there is a risk that ongoing investigations may fail or become more difficult or be endangered, (b) because of rules pertaining to secrecy (e.g. in order to prevent the disclosure of confidential information), or (c) where a preponderant interest worth being

protected risks being violated, either a public interest (e.g. protection of judges, members of the jury or witnesses, protection of the rights of the defence) or a private interest (e.g. protection of under-age persons, protection of personality rights, etc.).

4. The duty to inform must respect the principle of non-discrimination.

5. The task of the media should not be limited to providing information on the progress of investigations or ongoing hearings. It should include the task of keeping the public informed of the most significant trends in case-law, the policy followed in deciding whether or not to engage proceedings, or whether or not to discontinue proceedings, as well as the state of the justice system as a whole.

6. Justice should not always limit its role in this field to providing information upon request. Sometimes, it should take the lead concerning certain outstanding cases, with a view to securing the confidence of the public in the justice system, especially where a higher and general interest calls for that.

7. Different means can be used to this end, namely statements, press conferences, interviews, speeches in important and solemn occasions, etc.

Relations between judges/prosecutors and the media

8. When exercising their right to freedom of thought and beliefs, judges and prosecutors must respect their own independence, uphold the dignity and content of their functions, as well as the rules pertaining to the obligation to exercise reserve and the duty of discretion that they freely undertook to abide by. It is incumbent upon them, in the interests of both justice and the credibility of their function, to be especially careful, and act with prudence and self-control in order to avoid any misunderstanding of their words.

9. The obligation to exercise reserve aims at upholding the image of exemption and independence of judges and prosecutors alike, as well as avoiding circumstances that may facilitate the advent of climates in the public opinion that could replace, cancel or influence the action of justice. However, it cannot be excluded that, under certain limits, judges and prosecutors disclose information, particularly in cases where that is instru-

mental for the fulfilment of needs and aims of justice, for example the enforcement of procedural rights, or the defence of certain values, such as the independence of the courts, the exemption of judges and prosecutors or the efficiency of the judicial activity.

10. Permanent and regular contact of judges and prosecutors with journalists, and their availability for giving out information, may play an important role in bringing the public closer to justice. To this effect, different measures can be envisaged, e.g. (a) appointing certain judges or prosecutors, especially trained in communication techniques and in public relations, as well as relations with the media, as spokesmen for the court, (b) preparing press releases concerning certain cases or certain judgments (key ideas, reasons for the decisions taken, etc.), (c) periodical meetings with the media for the presentation of forthcoming hearings, etc.

11. The relationship between the public and justice in terms of communication must be based on a rational, exact and persuasive discourse generating trust.

Justice and the media: different logics, the same aim

12. Justice and the media appear to follow different logics with respect to cases, to time and to place. Indeed, the media select topics, whilst judges and prosecutors cannot do it since they must deal with all cases brought before them. Furthermore, the media follow a notion of time that has to do with their being obsessed by the topicality of current events, whilst the judicial notion of time is related with the idea of “reasonable delay” and subject to the overwhelming duty of finding the truth. Finally, cases develop within justice in a single place, namely the house of courts where the investigation is organised and the matter heard, whilst the media enjoy full autonomy in informing according to their own sources and analysis, not necessarily the same as the court’s.

13. The media may be at the starting point of a case, often thanks to a source that remains undisclosed. It communicates information and ideas, whilst the court establishes facts with a precise origin and, by way of a judgment, turns facts into a legal situation.

14. When searching for facts, the media do not have as much means as justice has when it searches for everything constituting evidence. The information available to the media cannot therefore be complete, even

though they can draw conclusions from it. Courts, on the contrary, must search for any elements that may enlighten them.

15. If justice is to be transparent as it should, it cannot neglect the fact that, as guardian of individual liberties, it is its role to ensure respect for the rights of the parties and, in searching for evidence, the adversarial principle, without which there is no justice.

16. Because of vocation and structural constraints, the interventions of justice are of the monoloquial variety. The information that it transmits is mainly single-oriented, the language used often esoteric, the pace of action and reaction sometimes slow and ritual. Conversely, the media use methods of gathering information that work in two different directions, they edit the discourse of their sources and come close to actual time communication.

17. Courts, however, share with the media the same interest and follow the same aim, i.e. to report the facts brought before them in a way that is just, faithful, balanced and complete.

Freedom to criticise

18. Justice must stand to be publicly criticised by the media. That is necessary as a normal means of democratic control over any power of the State and, therefore, of protection of the people and their rights.

19. “Public control” over the proceedings strengthens the trust of the social corps in the work and the administration of justice. It also reinforces the impartiality and the sense of responsibility of the judges. This does not mean that justice should be blindly trusted, but rather that it should be assessed objectively on the basis of both its merits and drawbacks.

20. To this effect, it is indispensable that journalists have training in law and legal procedures and, in view of the interests at stake, that they follow the rules of a strict code of conduct.

Freedom of information during the criminal procedure

21. Apparently there is no such thing as “reserved issues” — as such excluded from the scope of the right to freedom of information — with

respect to facts that are the subject of criminal investigations carried out by a judicial authority or by the prosecutor. Access to such kind of information should be precluded by way of other legal means, in particular a specific legal provision or rule to that effect.

22. The organisation of the investigation is normally secret. This does not mean that, for that reason alone, the freedom of information does not apply to the facts that are the subject of criminal investigations. The right of the public to be informed may only be limited where the information in question will have been obtained by way of violation of legal provisions or rules concerning the secret nature of the investigation.

Recording sound or images in the courtroom

23. Even if it is true that, as a rule, any journalist may be present in the courtrooms (save when exceptionally the hearing is not public), recording sound or images in the courtroom raises very delicate problems (disruption of the hearing, disturbing the judges, the jury, witnesses, etc., risk of misappreciation of the law or the fundamental rules of procedure, misunderstanding the reasons for the decision where the full hearing is not recorded but rather represented through extracts, violation of the principle of the presumption of innocence, risk of lack of objectivity, etc.).

24. Therefore only rarely courts authorise the recording of sound or images in the courtroom. Sometimes they authorise it, subject to the consent of the persons that take part in the hearing. Often, that is replaced by recordings made either before or after the hearing, by drawings, by photographs taken only by certain journalists entrusted with passing on the photographs to their colleagues, etc.

25. The right of the people to understand the proper operation of criminal justice, by way of, directly or through the media, obtaining information concerning the hearings before the courts, may enter into conflict with the right of the accused to defend in a proper manner his personality, honour or dignity.

Conclusions

26. To communicate in a fair, discreet and efficient manner, that is the challenge that justice faces at the beginning of a new century. Puzzling as

it is, all tragedies and all happiness appear to be possible in the new century. Oscillating between hope and despair marks the rhythm of the days.

Les média et l'image de la justice

1. La presse écrite, la radio et la télévision jouent un rôle éminent dans la vie quotidienne des citoyens. Peu de citoyens ont, en effet, la possibilité de s'informer directement de certaines affaires dans les audiences publiques des procédures respectives. La presse a donc un rôle extrêmement important à jouer pour approcher les citoyens de la justice et rendre celle-ci plus compréhensible et plus humaine.

Les relations publiques de la justice

2. Une société démocratique a besoin de média libres, qui informent le citoyen. Les média, pour leur part, dépendent du soutien de la justice pour pouvoir remplir leur devoir d'information envers l'intérêt public.

La liberté de presse et le droit à l'information - devoir d'informer

3. La liberté de presse présuppose l'accès aux informations et le droit d'être informé. Ce droit n'est, cependant, pas absolu. Des limites et des restrictions se posent là, où des intérêts d'une plus haute valeur (p. ex. droit à un procès juste, impartial et équitable) l'exigent: les informations peuvent être refusées, s'il est à craindre que des investigations en cours peuvent échouer, être rendues plus difficiles ou mises en danger, si s'interposent des règles du secret (p. ex. pour empêcher la divulgation

d'informations confidentielles), ou si un intérêt prépondérant soit public (protection des juges, jurés ou témoins, protection des droits de la défense, etc.), soit privé (p. ex. protection des mineurs, des droits de la personnalité, etc.) et digne de protection peut être violé.

4. Le devoir d'informer doit respecter le principe de la non discrimination.

5. La mission de la presse ne devrait pas se limiter à l'information sur le déroulement d'instructions judiciaires ou de procès en cours. Elle devrait s'étendre à l'information du public sur les courants les plus significatifs de la jurisprudence, sur la politique des poursuites ou des classements, aussi bien que sur l'état du système de justice en tant que tel.

6. La justice ne doit pas toujours se contenter de donner des informations sur demande. Elle doit, parfois, en vue de sauvegarder la confiance de la population dans le système d'administration de la justice, devancer de telles demandes sur certaines affaires particulièrement retentissantes (dans les domaines pénal et civil, ou autres), notamment lorsque cette communication est justifiée par un intérêt supérieur et général.

7. Plusieurs moyens peuvent être utilisés à cet effet: déclarations, conférences de presse, interviews, discours dans des circonstances solennelles particulièrement importantes, etc.

Rapports entre les magistrats et les média

8. Dans l'exercice de leur droit d'expression de pensée et d'opinion, les magistrats sont tenus de respecter leur indépendance, de préserver la dignité de leurs charges et le contenu de leurs fonctions, aussi bien que les règles relatives aux devoirs de réserve et de secret professionnel qu'ils se sont engagés librement de respecter. Il leur échoit notamment de prendre des précautions spéciales dans l'intérêt de la justice et de la crédibilité même de la fonction de la juridiction, procédant avec prudence et auto-contrôle dans le but d'éviter des interprétations inexactes de leurs interventions.

9. Le devoir de réserve est destiné, d'une part, à préserver l'image d'exemption et d'indépendance des magistrats et, d'autre part, à éviter ou ne pas favoriser la création d'états d'opinion qui substituent, annulent ou

influencent l'action de la justice. Il n'est pas exclu, toutefois, que dans certaines limites, les magistrats divulguent de l'information, nommément en des cas dans lesquels celle-ci est fondamentale pour la satisfaction de besoins ou de fins de la justice, dans ceux-ci se comprenant la réalisation de droits procéduraux et la défense de certaines valeurs, telles celles de l'indépendance des cours, de l'exemption des magistrats et de l'efficacité de l'action judiciaire.

10. Le contact permanent des magistrats avec les journalistes et la disponibilité pour donner des renseignements peuvent jouer un rôle d'une extrême importance pour le rapprochement des citoyens de la justice. À cet égard, plusieurs solutions peuvent être envisagées: désignation de certains magistrats, spécialement formés aux techniques de la communication et des relations avec les médias et le public, comme porte-paroles de la cour, préparation de déclarations de presse pour certaines affaires ou jugements (idées-clé, motivation de la décision rendue, etc.), réunions périodiques avec les membres de la presse pour leur annoncer les affaires qui seront bientôt soumises à audience de jugement, etc.

11. Le rapport communicatif entre la justice et les citoyens doit être assis sur un discours rationnel, exact, persuasif et qui engendre la confiance.

Justice et presse: des logiques différentes, mais un même but

12. Justice et presse semblent avoir des logiques différentes quant aux affaires traitées, au temps et aux lieux. Les médias pratiquent, en effet, une sélection des sujets, ce que les magistrats, qui doivent donner une suite à toutes les affaires, ne peuvent faire. En plus, le temps de la presse, toujours pressée par l'obsession de l'actualité des nouvelles, ne correspond pas au temps judiciaire qui, dans les limites d'un "délai raisonnable" se doit de poursuivre la vérité par-dessus tout. Finalement, une affaire ne se déroule en justice qu'en un lieu déterminé, le palais de justice où s'instruit et se juge le dossier, tandis que la presse jouit d'une totale autonomie pour informer sur la base de ses propres sources et analyses, pas nécessairement coïncidentes avec celles de la cour.

13. La presse peut être à l'origine d'une affaire grâce à une source le plus souvent anonyme. En plus, elle communique des informations ou des idées, tandis que la cour établit des faits avec une origine bien précise

que, par l'intermédiaire d'un jugement, elle transforme en une situation de droit.

14. Lorsqu'elle enquête, la presse n'a pas les moyens de la justice pour rechercher tous les éléments de la preuve et son information ne peut, donc, être complète, même si des conclusions journalistiques peuvent être prises sur la base de telles informations. La cour, bien au contraire, se doit de rechercher tous les éléments nécessaires pour éclaircir l'affaire qui lui est déférée.

15. Si la justice doit être transparente, elle ne saurait oublier que, gardienne des libertés individuelles, il lui appartient de faire respecter les droits des parties et, dans la recherche des preuves, le principe du contradictoire, sans lequel il n'y a pas de justice.

16. Par vocation et conditionnement structurel, la justice a des caractéristiques monologiques d'intervention. L'information qu'elle transmet est essentiellement unidirectionnelle, le langage souvent ésotérique et les temps d'émission et de réaction sont parfois lents et ritualisés. Les média, au contraire, emploient des méthodes bidirectionnelles de recueil de l'information, réélaborent le discours des sources et tendent à une communication en temps réel.

17. Les tribunaux, aussi bien que les média, partagent, cependant, un même intérêt et poursuivent un même but: celui de donner un compte-rendu juste, fidèle, équilibré et complet des faits portés à leur connaissance.

Liberté de critique

18. La justice doit se présenter à la critique publique des média, qui s'avère nécessaire comme forme normale de contrôle démocratique de tout pouvoir de l'Etat et, donc, de protection des citoyens et de leurs droits.

19. Le "contrôle public" du procès consolide, en effet, la confiance du corps social dans le fonctionnement et l'administration de la justice, et renforce l'impartialité et le sentiment de responsabilité du juge. On ne doit pas, de ce fait, prétendre à une confiance aveugle dans la justice, mais à une évaluation objective de ses qualités et de ses défauts.

20. Condition indispensable à cet effet, cependant, est la formation des journalistes en matière du droit et de la procédure et le respect par ceux-ci d'un code déontologique particulièrement strict, du fait des intérêts en jeu.

Liberté d'information au cours de la procédure pénale

21. Il semble ne pas exister une "matière réservée", comme telle exclue du droit à la liberté d'information, formée des seuls faits sur lesquels une autorité judiciaire serait en train d'effectuer une enquête pénale précise. L'accès à ce genre d'information devra être exclu par d'autres motifs juridiques, notamment une disposition légale spécifique.

22. La phase de l'instruction a normalement un caractère secret, ce qui n'entraîne pas pour autant que les faits enquêtés en tant que tels soient soustraits à la liberté d'information, sous le seul prétexte qu'ils font l'objet d'actes d'instruction précis. Le droit à l'information ne peut être limité que dans le cas où celle-ci aura été obtenue par infraction des dispositions sur le secret d'instruction.

Prises de son et d'image de l'audience

23. Même si tout journaliste peut, en règle, participer aux audiences de jugement comme auditeur (sauf si celles-ci exceptionnellement ne sont pas publiques), la prise de son et d'images soulève des problèmes très délicats (perturbation de l'audience elle-même, des juges, jurés, témoins, etc., possibilité de méconnaissance du droit ou des règles fondamentales de la procédure, méprise sur les motifs de la décision si l'audience n'est pas intégralement reprise, mais seulement représentée par des extraits, violation du principe de la présomption d'innocence, possibilité de manque d'objectivité, etc.).

24. Elle n'est, donc, que très rarement autorisée par la cour, parfois sous condition que les personnes intervenant dans l'audience donnent leur consentement, et est souvent remplacée par des prises de vue avant ou après l'audience, des dessins, des photos prises seulement par certains journalistes, chargés d'assurer après leur diffusion parmi leurs collègues, etc.

25. Le droit du citoyen à contrôler le bon fonctionnement de la justice pénale, en s'informant, soit directement, soit par l'intermédiaire de la presse, de ce qui se passe dans les lieux des audiences des tribunaux, s'oppose souvent au droit de l'accusé à défendre convenablement sa personnalité, son honneur et sa dignité.

Conclusion

26. Communiquer avec justesse, discrétion et efficacité est le défi qui se pose à la justice.

II

SELECTIVE FUNCTION OF THE APPEALS LODGED BEFORE THE SUPREME COURTS

LA FONCTION DE SELECTION DES RECOURS PAR LES COURS SUPREMES

BELGIUM
*
BELGIQUE

LA FONCTION DE SELECTION DES RECOURS PAR LES COURS SUPERIEURES EN BELGIQUE

I. INTRODUCTION

1. En droit public belge, les diverses tâches afférentes à la fonction de juger ne relèvent pas d'une organisation juridictionnelle unique. On trouve à côté des cours et tribunaux (juridictions judiciaires) qui constituent le pouvoir judiciaire, un certain nombre de juridictions ne relevant pas de ce pouvoir.

La Cour de cassation est la plus haute juridiction judiciaire (II).

La Cour d'arbitrage est une juridiction constitutionnelle à compétence limitée (III).

Le Conseil d'Etat est la plus haute juridiction administrative (IV).

II. La Cour de cassation

A. Le droit positif

2. Il n'existe pas devant la Cour de cassation de procédure de sélection des pourvois.

La législation ne prévoit pas, devant cette haute juridiction, la possibilité de recourir à une procédure préliminaire semblable à celle que les articles 69 à 73 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 a instaurée pour la Cour d'arbitrage¹ ou à une procédure spéciale semblable à celle qui fait l'objet des articles 93

¹ Voir *infra* n°s 13-15.

et 94 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat tel qu'il a été modifié par arrêté royal du 7 janvier 1991 ².

3. Le droit belge diffère du droit français notamment en ce que
- le premier président de la Cour de cassation ou le président de la chambre concernée ne peut décider de faire juger l'affaire par une formation restreinte de trois magistrats lorsque la solution du pourvoi paraît s'imposer
 - le premier président ne peut décider le retrait du rôle d'un pourvoi lorsque la décision attaquée n'a pas été exécutée
 - la Cour ne peut être saisie d'une question pour avis.

Il diffère du droit allemand notamment en ce que

- les juridictions inférieures sont sans pouvoir pour autoriser ou refuser les pourvois.
- la Cour de cassation doit examiner le pourvoi quelle que soit l'importance économique du litige.

A la différence du droit néerlandais, les présidents de chambre, comme il a été exposé déjà, ne veut demander la fixation d'une affaire simple à une chambre restreinte composée de trois magistrats et la Cour n'a pas en principe la possibilité de se limiter à une motivation sommaire.

B. *Les études doctrinales récentes*

4. Parmi les études doctrinales récentes consacrées à la question, on n'évoquera ici que celles de M. le procureur général em. Dumon (1980), de M. le premier président em. Rutsaert (1981) et de M. le procureur général Lenaerts (1991).

1° *L'opinion de M. le procureur général émérite Dumon*

5. Dans sa mercuriale du 1er septembre 1980 intitulée «*Quo vadimus?*»³, M. le procureur général Dumon, s'interrogeant sur les mesures à prendre pour réduire l'encombrement du rôle de la Cour de cassation, commence

² Voir *infra* n°s 16-18.

³ Bruxelles 1980; *Journal des Tribunaux*, 1980, p. 501-508, 521-533 et 541-544. spéc. p. 527-533.

par envisager, pour les écarter ensuite, les techniques et procédure suivantes :

- a) La condamnation à une amende ou à une autre sanction civile du demandeur dont le pourvoi a été rejeté, système qu'il juge peu souhaitable car il n'aura d'effet que sur ceux dont les ressources sont restreintes.
- b) L'interdiction de se pourvoir en cassation lorsque le litige présente peu d'importance sur le plan pécuniaire; l'auteur rejette cette technique, considérant que le contrôle juridictionnel de la Cour doit pouvoir s'exercer quelle que soit la valeur du litige et refusant d'admettre qu'une discrimination soit faite selon le montant des intérêts d'ordre pécuniaire en jeu.
- c) L'interdiction de se pourvoir contre certaines décisions et notamment contre celles qui ont été rendues en degré d'appel par d'autres juridictions que les cours d'appel ou les cours du travail; l'auteur estime que le choix de ces décisions serait difficile voire arbitraire et qu'un tel système nuirait à l'interprétation de la règle de droit.
- d) L'autorisation d'introduire un pourvoi lequel ne pourrait être admis que lorsque la cause présente un intérêt de principe ou que la décision attaquée est affectée d'un vice grave de procédure ou d'une violation grave du droit; à l'estime de l'auteur, ce procédé ne saurait s'appliquer en Belgique dès lors que la Cour de cassation belge a pour mission de veiller à l'«observation des règles de droit par toutes les juridictions dans toutes les procédures et décisions susceptibles de lui être soumises». En outre, l'obligation de vérifier s'il y a eu violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité ne permet pas de distinguer selon que la décision attaquée est atteinte d'un «vice grave» ou «non grave» de procédure.

6. M. le procureur général Dumon préconise notamment les mesures suivantes:

- a) L'obligation pour le demandeur en matière répressive de formuler, à l'appui de son pourvoi, un ou des moyens précisant ses griefs et invoquant la règle de droit qu'il estime avoir été violée. A défaut pour le demandeur d'avoir formulé un moyen, le pourvoi serait immédiatement déclaré irrecevable. La Cour ne pourrait plus, dès lors, soulever d'office des moyens.
- b) Une simplification de la motivation des arrêts; l'auteur suggère de viser sommairement la fin de non-recevoir ou le moyen, et de renvoyer le cas échéant aux arrêts antérieurs pour autant qu'ils aient été publiés dans les bulletins officiels de la Cour.

c) La possibilité pour une chambre de siéger en formation restreinte de trois magistrats: lorsque le conseiller rapporteur et l'avocat général constateraient de commun accord que le pourvoi ne soumet à la Cour aucun problème d'interprétation nouveau, la cause serait portée au rôle de la formation restreinte de la chambre concernée de la Cour; les trois magistrats composant cette formation restreinte statueraient selon la procédure ordinaire après audition des observations éventuelles des avocats et les conclusions sommaires du procureur général ou de l'avocat général.

2° *L'opinion de M. le premier président émérite Rutsaert*

7. Dans une étude intitulée «*Hof van Cassatie en ideaal opperste gerechtshof*», et publiée en 1981 dans le *Rechtskundig Weekblad*⁴, M. le premier président émérite Rutsaert critique, sur la base de la Constitution et du Code judiciaire belges, le système anglais dans lequel la Cour suprême n'est saisie, après autorisation, que des affaires comportant une question importante pour l'orientation du droit ou de graves irrégularités de procédure.

8. Il suggère trois réformes:

- a) La création d'une chambre des requêtes
- b) L'intervention obligatoire des avocats à la Cour de cassation dans les affaires pénales et fiscales, ce qui contribuerait à éviter l'introduction de recours non fondés; si cette solution n'était pas adoptée, la recevabilité du pourvoi en matière pénale devrait être liée à la formulation des moyens de droit avec mention des griefs avancés et des règles de droit violées; il n'y aurait plus de moyens d'office.
- c) Le caractère obligatoire de l'arrêt de cassation pour la juridiction de renvoi.

3° *L'opinion de M. le procureur général émérite Lenaerts*

9. Dans sa mercuriale du 2 septembre 1991 intitulée «*Dire le droit en cassation aujourd'hui*», M. le procureur général Lenaerts⁵ envisage divers moyens susceptibles de remédier à l'encombrement du rôle de la Cour.

Pour les mêmes motifs que Monsieur Dumon, il écarte l'idée de l'autorisation de se pourvoir, lorsque la valeur d'un litige n'atteint pas un montant déterminé.

⁴ *Rechtskundig Weekblad*, 1981, p. 2089-2099.

⁵ Bruxelles 1991; *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 533-537.

Il rejette aussi la possibilité de faire instruire la cause par le ministère public et non plus par le conseiller-rapporteur, car il refuse de se priver de la collaboration active du rapporteur lors de l'élaboration de la décision définitive.

10. L'auteur estime souhaitable que la Cour modifie sa jurisprudence sur un certain nombre de points:

- a) Il suggère ainsi de contenir dans des limites plus étroites la cassation pour vice de forme.
- b) Il propose également de ne plus inclure les faits dans le contrôle de légalité, en citant l'exemple de la jurisprudence de la Cour en matière de lien de causalité qui «entraîne une importante extension du pouvoir d'appréciation de la Cour, que les justiciables exploitent volontiers».
- c) La Cour devrait se garder d'étendre son contrôle marginal.
- d) Elle devrait faire en sorte que les demandeurs soient amenés à définir avec précision les illégalités dénoncées et devrait plus souvent déclarer irrecevables les pourvois basés sur des moyens peu compréhensibles.
- e) L'obligation de motiver un pourvoi en cassation en matière répressive allégerait aussi le travail de la Cour car le contrôle d'office auquel elle s'astreint relève davantage du souci d'une bonne administration de la justice que de l'unité de la jurisprudence et de l'évolution du droit.

C. *Les perspectives de réformes*

11. A diverses reprises dans le passé, des groupes de travail ont été créés au sein de la Cour afin d'examiner les réformes dont l'adoption pourrait, en ce domaine, être suggérée au pouvoir législatif.

Actuellement, un groupe de travail, constitué en septembre 1992, étudie un plan de réformes élaboré à l'époque par M. le procureur général Lenaerts et portant notamment sur les points suivants:

- a) *En matière civile*, quatre réformes ont été proposées par M. Lenaerts:
 - Les affaires simples pourraient être traitées par une chambre à formation restreinte, ou éventuellement par le seul président;
 - Le pourvoi serait, sous réserve de certaines exceptions, déclaré non-admissible lorsque la valeur du litige est inférieure à un certain montant.

- Les annulations pour vice de forme seraient limitées.
- La Cour pourrait condamner le demandeur au paiement d'une indemnité pour pourvoi téméraire ou vexatoire. En outre, le demandeur pourrait être tenu au versement d'une provision. Etant donné que l'ordonnance relative à cette mesure lui sera notifiée, le demandeur pourrait réaliser par là que son pourvoi a peu de chances d'être accueilli; s'il restait en défaut de payer la provision, l'affaire serait rayée sans plus.

b) *En matière répressive*, M. Lenaerts proposait que soient également applicables les règles suivantes déjà proposées en matière civile:

- La non-admission des pourvois contre les décisions rendues sur des actions civiles, lorsque la valeur du litige est inférieure à un montant déterminé
- La limitation des cassations pour vice de forme
- La condamnation au paiement d'une indemnité pour pourvoi téméraire ou vexatoire, y compris le paiement d'une provision sous peine de radiation de la cause.

Autre réforme proposée: le demandeur serait tenu d'exposer ses moyens, ce qui exclurait la possibilité de soulever des moyens d'office.

12. Encore ce que groupe d'étude n'ait pas encore terminé l'ensemble de ses travaux, les chefs de corps de la Cour de cassation ont, d'ores et déjà, à la lumière de ceux-ci, saisi la commission de la Justice en juin 1993, de deux suggestions de réformes procédurales, l'une relative à la possibilité pour la Cour de faire traiter les affaires simples par une chambre de formation restreinte, l'autre relative à la possibilité pour la Cour de condamner le demandeur au paiement d'une amende civile en cas de pourvoi téméraire ou vexatoire.

Ces suggestions ont, en décembre 1993, donné lieu au dépôt au Sénat d'une proposition de loi, non encore publiée ou prise en considération jusqu'à présent.

a) *La possibilité pour la Cour de faire traiter les affaires simples par une chambre de formation restreinte.*

A l'exemple des réformes qui sont intervenues en France ⁶ et aux Pays Bas ⁷ et dont la mise en oeuvre a donné des résultats jugés positifs par les

⁶ Code français de l'organisation judiciaire, art. 131-6 modifié par la loi n° 18-759 du 6 août 1981.

⁷ Loi néerlandaise sur l'organisation judiciaire, art. 102, §§ 2 et 3 modifiée par la loi du 21 mai 1986.

autorités judiciaires de ces pays, il est proposé que le Code judiciaire soit modifié et complété de façon à ce que les affaires simples puissent être traitées par une chambre de la Cour à formation restreinte, composée de trois conseillers.

L'article 128, alinéa 4, du Code judiciaire serait remplacé par l'alinéa suivant:

«Les arrêts sont rendus par cinq conseillers, y compris le président. Ils sont toutefois rendus par trois conseillers dans les cas prévus par la loi».

Un article 1105bis, rédigé comme suit, serait inséré dans le même code:

«§ 1.er - lorsque la solution du pourvoi paraît s'imposer, le président de la chambre peut (sur proposition du conseiller rapporteur) et après avis du ministère public, soumettre la cause à une formation de trois conseillers.

§ 2 - Cette formation statue à l'unanimité sur le pourvoi.

A défaut d'unanimité ou si l'un des magistrats qui la compose le demande, elle doit renvoyer l'examen du pourvoi à la chambre».

b) *La possibilité pour la Cour de condamner le demandeur au paiement d'une amende civile en cas de pourvoi téméraire ou vexatoire.*

Pour combattre le phénomène des pourvois manifestement injustifiés, il est proposé que le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle soient complétés de façon à ce que la Cour puisse condamner le demandeur au paiement d'une amende civile en cas de pourvoi téméraire ou vexatoire à l'instar du système de l'article 1072bis du Code judiciaire introduit dans celui-ci par la loi du 3 août 1992.

Un article 1111bis, rédigé comme suit, serait inséré dans le Code judiciaire:

«Lorsque la Cour, ayant rejeté le pourvoi, considère qu'une amende pour pourvoi téméraire ou vexatoire peut être justifiée, ce point sera traité à une audience fixée par la même décision à une date rapprochée. Le greffier convoque les parties par pli judiciaire afin qu'elles comparaissent à l'audience fixée.

L'amende est de 10.000 à 1.000.000 frs. Tous les cinq ans, le Roi peut adapter les sommes minimales au coût de la vie.

Le recouvrement de l'amende est poursuivi par toutes les voies de droit à la diligence de l'administration de l'enregistrement et des domaines.

Lorsque le demandeur a été condamné à une amende, le défendeur peut introduire devant le juge du fond une demande en dommages-intérêts pour cause de pourvoi téméraire ou vexatoire».

A l'article 436 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 20 juin 1953, dont le texte actuel formerait de § 1.er, il serait ajouté un second paragraphe rédigé comme suit:

«§ 2. L'article 1111 bis du Code judiciaire est applicable par analogie en matière pénale».

III. *La Cour d'arbitrage.*

13. La loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage a, en ses articles 69 à 73, instauré une procédure préliminaire limitant la saisine de la Cour, lorsqu'il apparaît, au vu de la requête ou de la décision de renvoi que le recours est manifestement irrecevable ou non fondé, ou que la Cour d'arbitrage n'est manifestement pas compétente pour en connaître.

Ce système vise à doter la Cour «d'une procédure de tri efficace et rapide pour éliminer, sans débats oraux mais en jugeant sur pièces les requêtes manifestement irrecevables ou échappant manifestement à la compétence de la Cour»⁸.

Il est axé sur l'existence d'une chambre restreinte, composée du président et des deux rapporteurs (art. 69).

Dès réception d'un recours en annulation ou d'une décision de renvoi, les rapporteurs examinent s'il apparaît, ou non, au vu de la requête ou de la décision de renvoi, que le recours ou la question est manifestement irrecevable ou non fondé, ou que la Cour d'arbitrage n'est manifestement pas compétente pour en connaître (art. 70).

La procédure est différente selon que - première hypothèse - le recours en annulation ou la question préjudicielle apparaît comme manifestement irrecevable ou comme ne relevant manifestement pas de la compétence de la Cour ou que - seconde hypothèse - le recours en annulation apparaît comme manifestement non-fondé ou que la question préjudicielle est manifestement sans objet.

14. Dans la première hypothèse (art. 71), c'est-à-dire si le recours en annulation ou la question préjudicielle apparaît comme manifestement irrecevable ou comme ne relevant manifestement pas de la compétence de la Cour, les rapporteurs font rapport à ce sujet devant le président dans un délai de trente jours au maximum suivant la réception de la requête ou de la décision de renvoi; si la règle attaquée fait également l'objet d'une demande de suspension, ce délai est réduit à dix jours au maximum.

⁸ Doc. Sénat 483-2 (1988-89) du 25.11.88 - Exposé du Premier Ministre.

Les conclusions des rapporteurs sont notifiées aux parties par le greffier dans le délai précité. Les parties disposent de quinze jours francs à compter de la réception de la notification pour introduire un mémoire justificatif.

La chambre restreinte peut alors décider, à l'unanimité des voix, de mettre fin à l'examen de l'affaire, sans autre acte de procédure, par un arrêt dans lequel le recours ou la question est déclaré irrecevable ou dans lequel il est constaté que la cour n'est pas compétente.

Si la proposition de prononcer un arrêt d'irrecevabilité ou d'incompétence n'est pas retenue, la chambre restreinte le constate par ordonnance.

15. Dans la seconde hypothèse (art. 72), c'est-à-dire si le recours en annulation apparaît comme manifestement non fondé ou si la question préjudicielle est manifestement sans objet, les rapporteurs font rapport à ce sujet devant la Cour dans un délai de trente jours au maximum suivant, selon le cas, la réception de la requête ou de la question préjudicielle; si la règle attaquée fait également l'objet d'une demande en suspension, ce délai est réduit à dix jours au maximum.

Les conclusions des rapporteurs sont notifiées aux parties par le greffier dans le délai précité. Les parties disposent de quinze jours francs à compter de la réception de la notification pour introduire un mémoire justificatif.

La Cour peut alors décider de mettre fin à l'examen de l'affaire, sans autre acte de procédure, par un arrêt dans lequel, selon le cas, le recours ou la question est déclarée non fondée.

Si la proposition de prononcer un arrêt déclarant l'affaire non fondée ou un arrêt de réponse immédiate n'est pas retenue, la Cour le constate par ordonnance.

IV. Le Conseil d'Etat

16. L'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat, tel qu'il a été modifié par arrêté royal du 7 janvier 1991 (art. 9.), prévoit en ses articles 93 et 94 une procédure spéciale en ce qui concerne les demandes dont la non-recevabilité, le non-fondement ou le fondement sont manifestes.

Il y a lieu de distinguer selon que - première hypothèse - il s'agit d'une demande dont la non-recevabilité ou le non-fondement sont manifestes ou - seconde hypothèse - il s'agit d'une demande dont le fondement est manifeste.

17. Dans la première hypothèse (art. 93), c'est-à-dire lorsqu'il apparaît, sur le vu de la requête, que le Conseil d'Etat n'est manifestement pas compétent ou que la demande est manifestement irrecevable ou non-fondée,

le membre de l'auditorat désigné fait immédiatement rapport au président de la chambre saisie de l'affaire.

Le président convoque le requérant, la partie adverse et la partie intervenante à comparaître devant lui à bref délai et au plus tard le dixième jour après de dépôt du rapport; celui-ci est joint à la convocation.

Après avoir entendu les parties et l'auditeur en son avis, le président statue sans délai.

S'il estime, par son arrêt, que le Conseil d'Etat est manifestement incompétent ou si son arrêt rejette la demande comme manifestement irrecevable ou manifestement non-fondée, l'affaire est définitivement tranchée.

S'il n'estime pas par son arrêt que le Conseil d'Etat est manifestement incompétent ou si son arrêt ne rejette pas la demande comme manifestement irrecevable ou manifestement non-fondée, la procédure est poursuivie suivant les règles ordinaires.

La demande a été considérée comme manifestement irrecevable notamment dans les cas suivants:

- la requête était tardive
- l'acte attaqué n'émanait pas d'une autorité administrative
- le requérant ne faisait valoir qu'un intérêt purement éventuel.

Le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'était manifestement pas compétent lorsque la contestation relevait de la compétence de l'ordre judiciaire.

Il a considéré la demande comme manifestement dépourvue de fondement lorsque la requête ne contenait aucun moyen de nature à justifier la prétendue illégalité de la décision attaquée⁹.

18. Dans la seconde hypothèse (art. 94), c'est-à-dire lorsqu'il apparaît sur le vu du dossier administratif, que la demande est manifestement fondée, le membre de l'auditorat désigné fait immédiatement rapport au président de la chambre saisie de l'affaire.

Le requérant, la partie adverse et la partie intervenante sont convoqués suivant les mêmes modalités que dans la première hypothèse.

Le président statue sans délai après avoir entendu les parties et l'auditeur en son avis.

Si le président de la chambre estime dans son arrêt, que la demande est manifestement fondée, l'affaire est définitivement tranchée.

Dans le cas contraire, la procédure est poursuivie conformément aux règles ordinaires.

Jacques VELU

Procureur général près la Cour de Cassation

⁹ v. LAMBOTTE Ch. La procédure devant le Conseil d'Etat, Bruxelles, 1987, p. 112.

DENMARK

*

DANEMARK

1.1. The present Danish Court system

As in most European countries the Danish Court system has 3 tiers: 82 District Courts which are courts of first instance in civil, administrative and criminal cases.

Appeals from the decisions of the District Court lie to the 2 High Courts. These Courts also serve as courts of first instance in certain civil, administrative and criminal cases.

The decisions of the High Court on appeals from the District Courts can only be brought before the Supreme Court with leave from the Ministry of Justice.

When the High Court functions as court of first instance, its decisions can be brought before the Supreme Court without leave.

In civil and administrative cases all aspects of the decisions of the High Court can be reviewed by the Supreme Court. In criminal cases the decision of the lower Court cannot be reviewed by the Supreme Court as far as questions of fact are concerned. Grounds for appeal in criminal cases is thus limited to a review of the sentence imposed, questions of law, including questions of the proper interpretation of the provisions which are claimed to have been violated and alleged procedural errors in the lower instances.

It should be noted that no separate court system has been set up in Denmark for dealing with disputes between citizens and central or local government bodies. These disputes are also dealt with by the ordinary courts described above.

1.2. Grounds for leave to appeal to the Supreme Court

Under the Administration of Justice Act the Ministry of Justice may grant leave if the case involves questions of principle or other particular reasons is found to justify an appeal. These criteria apply to all kind of cases (civil, administrative and criminal).

1.3. Reforms under consideration

The Danish Parliament has passed a resolution under which the competence to grant leave to the Supreme Court shall no longer be vested with the Ministry of Justice or any other executive body. The implementation of this resolution is presently being considered by the government. Two solutions are in focus. The one would let the Supreme Court itself to decide whether leave should be granted. The other would entail that the competence is placed with a separate board comprised of 5 members (a justice of the Supreme Court, a high court judge, a district court judge, an attorney and a university teacher). The Supreme Court prefers the first solution, while the Danish Bar Association has spoken in favour of the second. The government has not yet decided which of the 2 alternatives it prefers. A draft statute is expected to be put before Parliament in the parliamentary sessions which begin in October 1994.

1.4. The functions of the Supreme Court

In most European countries the Supreme Courts are courts of third instance, dealing with cases which have already been decided by a court of first instance and a court of appeal. The following observations deal with access to the Supreme Court in such cases. The criteria which govern access seem in most countries to be of a restrictive nature. Several reasons can explain this.

When a case has already been tried in 2 instances, there is a certain guarantee that the decision is correct. In civil cases the interest of the other party, in whose favour the lower courts have decided, must be taken into account. An appeal to the Supreme Court will often result in a delay of several years in the final settlement of the dispute, to the detriment of the party who has won below. Reasonable speed in reaching a final decision is of paramount importance and should not be sacrificed except in exceptional circumstances.

To a certain extent these considerations also apply in administrative cases, at least if the citizen's claim has been sustained in the lower courts.

In criminal cases the interest of the prosecution in avoiding a drawn-out litigation can hardly of itself justify restricting access to the Supreme Court, but from a more general point of view it is important that criminal cases too can be brought to a final conclusion within a reasonable time.

Also questions of allocation of public funds may come into play. Resources are not unlimited and priorities have to be established. Unlimited or very liberal access to the Supreme Court as a third instance may not be justified in view of such considerations.

None of the factors mentioned have any direct connection with role and function of the Supreme Court as such. It should therefore be considered whether the restrictive character of the rules governing access to the Supreme Court can also be explained by the way in which the proper role of a Supreme Court is or should be seen.

One obvious task for the Supreme Court is to contribute to uniform application of the law. Even in a small country like Denmark it is inevitable that the lower courts from time to time have differing views on the proper interpretation of statutory provisions or on the practise to be followed in areas not covered by statutes e.g. in the fields of criminal law when deciding what sanctions should be imposed for a certain type of violation. Such differences necessarily must be settled by the Supreme Court.

Likewise when major legislative reforms are passed, the implementation of such reforms will often, if not always raise questions which must be decided by the courts. Again, the safeguarding of the uniform application of the law and the desirability of reaching a final decision of such questions within a reasonable time justify access to the Supreme Court.

Another aspect of the role of the courts should be taken into account. At least today one should not look upon the function of the courts as being only the implementation of rules and regulations which Parliament and/or the Government has laid down. Such a narrow description of the function of the courts has probably never been correct. Recent developments have underlined the inadequacy of such an approach. One - and perhaps the most spectacular - development is the way in which the 2 major European Judicial institutions - the EEC Court of Justice and the European Court of Human Rights - have exercised their function. These Courts have clearly taken a much broader view of their powers, drawing on general principles of law, social and political trends and other "free" sources to fulfil a dynamic and creative role in the development of the law. Although there have been

discussions about the legitimacy of these courts exercising such a role, the ever increasing importance of EEC-law and of Human Rights and the close cooperation between national courts and the 2 European Courts make it necessary for national courts when dealing with EEC-law and human rights-questions to take into account the way in which the 2 courts exercise their powers. In Denmark the courts have traditionally been fairly reluctant to develop judge-made law, partly in recognition of the constitutionally founded division of powers between the courts and parliament, which has its democratic mandate renewed through regular general elections. However, it seems likely that the willingness of the 2 European courts to accept a creative and dynamic role will influence the way in which national courts will exercise their powers when dealing with domestic matters. If this is true, this trend should be taken into account when discussing access to the Supreme Courts. Lower courts are of course in no way prevented from establishing new judge-made law. If important new ground is to be broken, the issues must, however, eventually be dealt with by the Supreme Court.

A debate of the system governing access to the Supreme Court should have as its starting point an evaluation of the role and function of a Supreme Court. The aforementioned observations may be seen as an attempt to point to some of the elements which should be taken into account when trying to define this role: the function of the Supreme Court should not be seen as that of being the final arbiter in concrete disputes, be it in the field of civil, administrative or criminal law. Access should only be granted if the decision has implications which go beyond the concrete dispute. If limitations are not imposed several undesirable consequences will follow: it would overburden the Supreme Courts, not leaving the sufficient time to deal with the issues which are the legitimate domain of these courts, it would lead to an unacceptable delay in reaching a final settlement of the disputes and it would entail an excessive use of public funds. Neither considerations having to do with access to the courts nor the safeguarding of human rights can justify an unlimited or very broad access to the Supreme Court.

Consequently access should be governed by criteria focusing on the implications which the decision might have going beyond the concrete dispute, either due to the issues of legal principle involved, the interest of securing a uniform application of the law or because it can legitimately be argued that it deals with an area of the law where the exercise of the "law-making" function of the courts may come into play.

This outline does not pretend to be complete. Alleged procedural errors in the conduct of the litigation or trial at the lower level may be - and is in

fact in most European countries - sufficient justification for an appeal to the Supreme Court. Other legitimate reasons may no doubt be mentioned. The thesis of this note is, however, that in order to make it possible for the Supreme Courts to exercise their core function the main criteria governing access to the Supreme Court should be of the character indicated.

The Chief Justice
Niels PONTOPPIDAN

FRANCE

Héritière du Grand Conseil et venant en droite ligne du Tribunal de Cassation, la Cour de Cassation, juridiction unique, placée au sommet de l'organisation judiciaire, n'a qu'une mission essentielle, celle de veiller à la bonne application de la loi par les juges et d'assurer l'unité de son interprétation.

Mission de police juridique, tournée vers le bon ordre de notre vie sociale et le fonctionnement harmonieux de nos institutions.

Mission idéale, qui laisserait aux seuls juges du fond le poids de l'appréciation des faits et de leur insertion dans le moule du syllogisme judiciaire.

Cependant, la Cour de Cassation n'échappe au phénomène universel du flux, de l'encombrement et de l'entassement.

L'image du conseiller du début de ce siècle, se voyant attribuer, chaque mois, son lot de 4 ou 5 dossiers, est désormais révolue.

Et pourtant, la Cour de Cassation, qui reçoit environ 26 000 pourvois nouveaux chaque année, ne saurait accepter de répondre à un comportement inflationniste par une «production» de même forme et de même tendance.

Elle n'y suffirait pas, quels que soient les efforts et l'extraordinaire dévouement de ceux qui, en son sein et jour après jour, luttent contre un mal qui tient, à la fois, de l'explosion et de l'implosion.

Par ailleurs, le salut ne peut venir d'une augmentation substantielle des effectifs en magistrats.

C'est là une voie facile mais périlleuse: elle conduit au désordre des solutions et, par là, à la négation même de la mission de la Cour.

En effet, «l'examen hâtif de milliers d'affaires n'est pas compatible, pour une Cour Suprême, avec le bon exercice de sa mission» (André TUNC) et il serait désastreux que cette même Cour Suprême soit tentée de «juger au rythme des flagrants délits» (Pierre ARPAILLANGE).

C'est pourquoi des solutions ont été imaginées, puisées dans la pratique d'une politique volontariste, dont le but est d'accentuer le rôle sélectif de la Cour.

Ce rôle sélectif est illustré par l'institution de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, par l'instauration de la saisine pour avis et par la création d'une commission d'admission des pourvois.

I. L'ARTICLE 1009-1 DU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Aux termes de cette disposition: «Hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président peut à la demande du défendeur, et après avoir recueilli l'avis du procureur général et des parties, décider le retrait du rôle d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences» manifestement excessives.

Il autorise la réinscription de l'affaire au rôle de la Cour sur justification de l'exécution «de la décision attaquée.»

Présentée comme «l'arme absolue contre les pourvois dilatoires», l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile constitue, avant tout, «une mesure de moralité judiciaire propre à renforcer l'autorité des juges du fond», selon la formule de Monsieur le Premier Président DRAI, même si, en pratique, cette disposition peut permettre d'aboutir effectivement à une réduction sensible du nombre des pourvois dilatoires.

Les ordonnances rendues sur le fondement de cette disposition contiennent d'ailleurs l'énoncé de la philosophie du texte:

«La mesure de retrait du rôle est une mesure d'administration et de régulation destinée à rappeler le caractère extraordinaire du recours en cassation et à faire assurer au bénéficiaire d'une décision de justice exécutoire la pleine effectivité des prérogatives qui lui ont été reconnues par les juges du fond, sur quelque fondement juridique que ce soit, le tout conformément aux règles fondamentales de l'organisation judiciaire.»

Ainsi est-il rendu hommage, par le biais de cette disposition, à l'oeuvre des juges du fond.

Cette mesure, selon la formule figurant dans toutes les ordonnances, ne constitue ni la sanction d'un défaut de diligences - et se démarque ainsi de la radiation prévue à l'article 381 du nouveau Code de procédure civile -, ni celle d'une irrecevabilité quelconque - autrement dit, le défaut d'exécution de la décision attaquée n'aboutira pas à l'irrecevabilité du pourvoi mais (seulement) à un éventuel retrait du rôle de ce recours: le débiteur doit d'abord exécuter la décision du tribunal ou de la cour d'appel, ce n'est qu'ensuite que son recours en cassation sera examiné.

Rappelons, à cet égard, que si, en cas d'appel, l'exécution s'effectue aux risques du créancier, l'article 19 de la loi du 3 juillet 1967 énonce que, en cas de pourvoi en cassation, l'exécution ne pourra en aucune façon être imputée à faute.

S'agissant de son champ d'application:

- l'article 1009-1 n'est pas applicable, d'une part, aux affaires dans lesquelles le pourvoi en cassation a un effet suspensif, c'est-à-dire essentiellement aux affaires de divorce (et encore convient-il de rappeler que l'effet suspensif s'attache uniquement à la décision qui prononce le divorce et non aux dispositions relatives aux mesures accessoires);

- il n'est pas applicable, d'autre part, et c'est presque une évidence, aux affaires ayant donné lieu à une décision de débouté, à une décision déjà exécutée, ou encore à une décision insusceptible d'exécution.

Ainsi, le Premier Président a-t-il décidé, dans deux ordonnances rendues le 15 janvier 1990, qu'une Cour d'appel qui, par décision mixte, a déclaré le taux d'intérêt légal applicable au fonctionnement d'un compte courant d'une société et a ordonné une expertise en vue de déterminer les sommes dues par cette société, n'a prononcé «aucune condamnation au fond susceptible d'exécution».

Examinons successivement la mise en oeuvre du retrait du rôle, puis les différents obstacles au retrait.

A. La mise en oeuvre du retrait du rôle.

La procédure se veut simple et pratique.

La mesure de retrait du rôle peut être sollicitée dès la déclaration de pourvoi: c'est là une solution logique; le défendeur au pourvoi n'a par conséquent pas à attendre que le demandeur au pourvoi dépose son mémoire ampliatif.

Par ailleurs, le défendeur au pourvoi peut demander le retrait du rôle, même s'il n'a pas signifié au demandeur au pourvoi la décision des juges du fond.

C'est là une solution guidée par le bon sens: celui qui formule une déclaration de pourvoi connaît assurément le dispositif de la décision dont il demande la cassation.

Selon une motivation adoptée dans une ordonnance rendue le 22 décembre 1989 et plusieurs fois reprise, «il appartient au demandeur au pourvoi, même spontanément et même en l'absence de signification régulière de la décision de condamnation, de justifier de l'accomplissement des obligations qui lui incombent et dont il a eu une connaissance de fait nécessaire et suffisante, au moment où il a formé son recours».

Jusqu'à quel moment la demande de retrait peut-elle être présentée ?

- selon une ordonnance rendue le 14 février 1990, elle ne peut être déposée le jour même où la Cour doit juger le pourvoi, car elle n'aurait alors «pour seul effet que de retarder l'échéance d'une procédure déjà longue qui, au surplus, a fait l'objet d'une instruction complète»;
- selon deux ordonnances rendues le 13 novembre 1990, il n'est pas pertinent d'ordonner le retrait du rôle d'une affaire dont l'audiencement est imminent, l'avocat général ayant été désigné deux mois auparavant.

Examinons tout d'abord ce qui a trait à la requête, avant d'envisager, plus brièvement, ce qui concerne l'audience.

I. La requête.

Deux points seront évoqués: la présentation de la requête, puis sa communication.

a) la présentation de la requête.

Le ministère d'avocat est, en principe, obligatoire devant la Cour de cassation.

Certains contentieux ont cependant été dispensés, par des dispositions spéciales, du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation: il s'agit principalement des contentieux prud'homal, électoral, de l'expropriation et de l'assistance éducative.

- * Lorsque la représentation est obligatoire, la requête en retrait du rôle doit être présentée par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Ceci oblige par conséquent le défendeur au pourvoi à constituer avocat s'il entend formuler une demande de retrait du rôle.
- * Lorsque la représentation n'est pas obligatoire, la requête peut être présentée par un avocat aux conseils, par la partie elle-même ou encore par son mandataire, à condition toutefois que celui-ci produise

un pouvoir spécial (cf. article 984 du nouveau Code de procédure civile).

Un avocat à la cour d'appel peut, dès lors, présenter une requête en retrait du rôle.

b) la communication de la requête.

Dès réception de la requête, le Secrétariat Général de la Première Présidence:

- la communique au Parquet Général et aux autres parties à l'instance, étant ajouté que les avocats aux conseils se communiquent généralement les différentes pièces de procédure,
- adresse au Parquet Général et aux parties une copie de l'ordonnance du Premier Président fixant une date d'audience, un délai d'un à deux mois en moyenne séparant la date du dépôt de la requête et celle de l'audience,
- invite le Procureur Général et les parties à se présenter à la date arrêtée.

Ainsi est assurée la nécessaire contradiction d'un débat qui intéresse toutes les parties à l'instance en cassation.

Qu'en est-il maintenant de l'audience?

II. L'audience.

Successivement, le Premier Président ou son délégué va solliciter l'avis des parties et celui du Procureur Général.

a) l'avis des parties.

Les avocats aux conseils ont le monopole de la plaidoirie devant la Cour de cassation.

Par conséquent, les avocats à la cour d'appel ne peuvent plaider devant le Premier Président.

De même, les parties ne peuvent prendre la parole.

Toutefois, sur invitation expresse du Premier Président, les avocats à la cour et les parties peuvent apporter des précisions sur quelques points particuliers.

Par ailleurs, il leur est loisible de déposer un dossier qui contiendra leurs observations.

b) l'avis du Procureur Général.

Le Ministère Public, qui prend la parole en dernier, émet un avis particulièrement autorisé.

N'oublions pas que, devant la Cour de cassation, le Procureur Général et les avocats généraux sont des commissaires de la loi.

Le Premier Président, ou son délégué, se borne à examiner si la décision attaquée a été ou non exécutée, et ce, sans rechercher si les moyens de cassation sont sérieux.

Ceci, pour deux raisons:

- d'abord, parce que, fréquemment, la requête en retrait du rôle est formée alors que le mémoire ampliatif n'a pas encore été déposé: il paraît, dans ces conditions, difficile d'estimer les chances de succès du pourvoi;
- ensuite, parce que l'examen d'un recours en cassation nécessite un travail approfondi de la part du conseiller-rapporteur, de l'avocat général et de la «conférence», cette formation composée du président et du conseiller-doyen de la chambre ainsi que de l'avocat général, et que la décision n'est jamais acquise avant l'audience.

Ajoutons enfin que la juridiction du Premier Président statuant en application de l'article 1009-1 n'est pas une nouvelle chambre des requêtes: il apparaît en conséquence inutile de discuter du sérieux des moyens de cassation à ce stade de la procédure.

Examinons maintenant les différents obstacles au retrait du rôle.

B. Les obstacles au retrait du rôle.

Nous distinguerons les obstacles d'ordres divers des conséquences manifestement excessives entraînées par l'exécution de la décision frappée de pourvoi.

I. Les obstacles d'ordres divers.

a) l'exécution de la décision attaquée.

Il s'agit là d'un fréquent obstacle à la mesure de retrait du rôle.

Cette exécution intervient bien évidemment entre la date du dépôt de la requête et celle de l'audience (excluons les rares cas où, réalisée avant le dépôt de la requête, le défendeur au pourvoi n'en a pas eu connaissance).

Nous pouvons alors considérer que l'article 1009-1 a joué pleinement son rôle premier qui est de conduire à une exécution de la décision des juges du fond.

b) le désistement ou la déchéance du demandeur au pourvoi.

Au cours de la procédure de l'article 1009-1, le Premier Président est rarement amené à constater le désistement ou la déchéance du demandeur au pourvoi.

c) les obstacles divers.

Parmi ces obstacles divers, relevons les plus dignes de remarque:

- l'intérêt d'un enfant qui, au vu d'un ensemble de circonstances très particulières, commande impérativement que le pourvoi soit examiné dans les meilleurs délais;
- l'impossibilité légale, pour une société en redressement judiciaire, d'exécuter l'arrêt de la Cour d'appel, l'article 33 de la loi du 25 janvier 1985 stipulant que le redressement judiciaire emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance antérieure au jugement;
- l'impossibilité absolue, après avoir effectué plusieurs versements significatifs, de régler les causes de la condamnation, qu'il convient de distinguer des conséquences manifestement excessives que nous abordons maintenant.

II. Les conséquences manifestement excessives.

L'article 1009-1 a repris une formule figurant à l'article 524 du nouveau Code de procédure civile.

Un auteur a proposé d'y substituer la notion de dommage irréversible ou irrémédiable, sans doute plus exacte.

En dépit de l'absence de caractère automatique de la mesure de retrait du rôle (le texte dispose que le Premier Président «peut» décider le retrait du rôle ...), une «porte de sortie» a été aménagée dans l'hypothèse où l'exécution de la décision frappée de pourvoi entraînerait des conséquences irrémédiables.

Curieusement, le Premier Président n'a reconnu que rarement l'existence de circonstances manifestement excessives.

Il faut bien admettre que, contrairement à ce que l'on pouvait attendre, celles-ci sont assez rarement invoquées, et lorsqu'elles le sont, elles ne sont pas toujours établies.

Quelles en ont été les principales applications ?

Il a été jugé qu'entraîneraient des conséquences manifestement excessives:

- l'expulsion d'un menuisier-charpentier des locaux constituant l'unique établissement servant à l'exercice de sa profession, «dans la mesure où elle le contraindrait, pendant un temps significatif, à cesser toutes ses activités pourtant modestes d'artisan, sans être assuré de pouvoir retrouver un local d'accueil et de remplacement, même à titre provisoire»;
- le règlement de sommes d'argent par une femme veuve, âgée, ne disposant que de ressources très modestes et se trouvant dans une situation précaire;
- la démolition d'un bâtiment;
- le paiement de créances par une société en redressement judiciaire qui a bénéficié d'un plan de continuation;
- l'expulsion d'une entreprise de terrains occupés par de vastes bassins de décantation, dans la mesure où elle aurait pour effet de compromettre gravement l'activité de l'entreprise;
- le versement de sommes par une société qui a été contrainte d'interrompre son activité à la suite de l'incendie de ses locaux;
- le paiement à une personne demeurant à l'étranger, eu égard aux difficultés pouvant résulter de la restitution éventuelle de ces sommes.

Ainsi, comme nous pouvons le constater, cette notion de conséquences manifestement excessives a été appliquée avec souplesse, tant à des personnes physiques et à des personnes morales qu'à des situations très variées, et a permis la sauvegarde d'intérêts dignes de considération.

Nous pouvons déduire des statistiques que l'article 1009-1 a joué dans plus de 80% des demandes. Les chiffres parlent d'eux-mêmes, témoins de la réussite incontestable du nouveau texte.

S'agissant des demandes de réinscription au rôle de la Cour, le Premier Président n'y fait droit qu'après avoir constaté que le demandeur au pourvoi «a rempli complètement les obligations qui étaient les siennes et qui résultaient, en l'absence de caractère suspensif de son recours en cassation, de la décision nécessairement exécutoire des juges du fond».

En fait, une affaire retirée du rôle est presque définitivement éliminée.

Dans une ordonnance rendue le 11 mai 1990, le demandeur au pourvoi arguant du fait qu'il avait obtenu des délais de paiement du juge des référés, le Premier Président décide que «l'octroi d'un délai de grâce au profit d'un débiteur, en raison de sa situation pécuniaire et économique propre, s'il n'autorise pas la poursuite du créancier à son égard, ne saurait cependant préjudicier à celui-ci, au-delà de la seule mesure envisagée par le juge des référés, et modifier la situation processuelle des parties caractérisée par le refus justifié de s'engager plus avant sur une voie de recours extraordinaire avant règlement total des causes des condamnations prononcées par les juges du fond».

Dans une ordonnance rendue le 19 octobre 1990, le demandeur au pourvoi se prévalant d'un droit constitutionnel au pourvoi, le Premier Président énonce que «le droit fondamental du bénéficiaire d'une décision de justice exécutoire à la pleine effectivité des prérogatives qui lui ont été reconnues par les juges du fond, eux-mêmes soumis à la loi, doit primer celui de l'auteur d'un recours extraordinaire auquel la loi dénie par principe tout effet suspensif».

Ainsi, par le biais de l'article 1009-1, seul texte de notre Code de procédure civile à subordonner l'exercice d'une voie de recours à l'exécution préalable de la décision critiquée, le Premier Président de la Cour de cassation a donné la prééminence, par une formule claire et dénuée d'ambiguïté, au droit à l'exécution de la décision attaquée sur le droit au pourvoi.

Nous l'avons vu, la jurisprudence du Premier Président a désormais bien délimité les contours de l'article 1009-1.

Cependant, cette disposition aura acquis sa pleine effectivité lorsque, par une démarche instinctive, le bénéficiaire du jugement ou de l'arrêt attaqué en sollicitera l'application. Tout demandeur au pourvoi saura alors que ce n'est qu'en s'inclinant devant la décision des juges du fond que s'ouvriront les portes de la Cour de cassation.

II. LA SAISINE POUR AVIS

En permettant aux juridictions de l'ordre judiciaire de solliciter l'avis de la Cour de Cassation, elles sont saisies d'une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les articles L. 151-1 à L. 151-3 du Code de l'organisation judiciaire, institués par une loi du 15 mai 1991, ont renoué avec le référé législatif instauré quelques deux cents ans plus tôt par les lois des 16-24 août 1790.

La saisine pour avis de la Cour de Cassation constitue l'une des réponses à la paralysie croissante du corps judiciaire devant le «flot montant et grossissant des dossiers».

En confiant à une formation particulière de la Cour Suprême (le Premier Président, les six Présidents de chambre et deux Conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée par la question posée), le soin de se prononcer dans le délai de trois mois sur la demande soumise, la loi poursuit un double objectif: celui d'assurer l'unité de la jurisprudence et la prévention du contentieux et celui d'accroître l'efficacité des nouveaux textes législatifs et réglementaires, en associant, en quelque sorte, le juge suprême à la fonction législative.

Un constat liminaire s'impose: 27 avis sur une période de 21 mois, contrairement à ce que certains avaient pu craindre ou espérer, la procédure de saisine pour avis a fait l'objet d'une utilisation mesurée, même si, en comparaison, elle l'a été davantage qu'au Conseil d'Etat.

La Cour a été ainsi saisie:

- de trois demandes émanant de cours d'appel,
- de cinq demandes formulées par des tribunaux de grande instance,
- de dix demandes formées par des tribunaux d'instance, dont, il est vrai, une série de trois demandes et une série de deux demandes identiques,
- de deux demandes émanant de tribunaux de commerce,
- de deux demandes formulées par des conseils de prud'hommes,
- et d'une demande, dont nous aurons l'occasion de reparler, formée par un bureau d'aide juridictionnelle.

S'agissant du contentieux visé, on s'aperçoit que la loi du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener, et la loi du 31 décembre 1989, dite loi Neiertz, sont à l'origine respectivement de 7 et de 4 demandes d'avis.

La loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, n'a donné lieu, quant à elle, qu'à deux demandes d'avis, par ailleurs quasiment identiques.

Examinons la procédure, telle qu'elle se déroule devant les cours d'appel et les tribunaux de première instance, puis devant la Cour de Cassation.

A. La procédure.

Si la procédure devant les juridictions du fond reste purement juridictionnelle (a), il n'en est pas de même devant la Cour de Cassation (b).

a) Devant les cours d'appel et les tribunaux de première instance: une procédure purement juridictionnelle.

Devant les juridictions du fond, la procédure reste purement juridictionnelle: la question posée s'inscrit dans le cadre d'un litige et aboutit à une décision de sursis à statuer, non susceptible de recours.

C'est ainsi que l'article L.151-1, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire dispose qu'«avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de Cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine».

De même, l'article 1031-1, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile décide que «[...] le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de Cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai» de trois mois à compter de la réception du dossier par la Cour de Cassation.

Il est par conséquent nécessaire:

- que ce soit une juridiction qui présente une demande d'avis,
- qu'une question soit effectivement formulée,
- que cette question soit une question de droit,
- enfin que cette question soit formulée dans une décision juridictionnelle.

Nous allons le voir, il n'était pas inutile de rappeler ces vérités d'évidence.

En effet, la Cour de Cassation a été amenée à dire n'y avoir lieu à avis:

- sur une demande formulée par un bureau d'aide juridictionnelle, la Cour ayant décidé, par une formule lapidaire, que «les bureaux d'aide juridictionnelle ne sont pas des juridictions» (décision du 9 juillet 1993),
- sur une décision d'un tribunal de commerce, qui ne contenait explicitement aucune question (décision du 8 octobre 1993),
- sur une demande qui tendait essentiellement à l'interprétation de situations concrètes nées de contrats et qui, par conséquent, était mélangée de fait et de droit (décision du 8 octobre 1993),
- sur une demande formulée par simple lettre, en dehors de tout litige.

De son côté, l'article 1031-1 du nouveau Code de procédure civile édicte que, «lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de Cassation [...], il en avise les parties et le ministère public» et qu'«il recueille leurs observations éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point».

C'est là une application de nos principes généraux de procédure et, en particulier, du principe du contradictoire.

Sur ce point, on rencontre, en pratique, trois cas de figure:

- soit le juge omet de solliciter les observations des parties ou/et celles du ministère public: la Cour de Cassation a eu l'occasion, à trois reprises, de dire que la demande d'avis ne peut être examinée, faute par la juridiction du fond d'avoir respecté la prescription de l'article 1031 précité, inspirée du désir d'associer, à la procédure, les parties à l'instance, maîtresses de leurs droits, et le ministère public, commissaire de la loi.
- soit le juge sollicite les observations des parties et du ministère public, et cela résulte des pièces du dossier,
- soit le juge sollicite ces observations, il le mentionne dans sa décision et expose ces opinions.

Il est normal que, dans le corps même de la décision sollicitant l'avis, le point de vue des parties et du ministère public apparaisse clairement exprimé, d'autant que les parties elles-mêmes (et, à travers elles, telle ou telle catégorie socio-professionnelle ...) peuvent être souvent à l'origine de la question posée.

En pratique, les parties font généralement connaître leurs observations. Quant au ministère public, il ne prend généralement pas parti, laissant sans doute le soin au Parquet Général de la Cour de Cassation de donner un avis éclairé sur la question de droit soulevée.

Examinons maintenant la procédure devant la Cour de Cassation.

b)Devant la Cour de Cassation: une procédure dépourvue de caractère juridictionnel.

Dès l'entrée en vigueur des nouveaux textes, la Cour de Cassation a manifesté sa volonté de suivre une procédure non juridictionnelle.

Cette volonté s'est traduite, d'abord, par le souci de voir consacrer, dans le décret du 12 mars 1992, le terme de «séance» et non celui d'«audience», s'agissant de la réunion au cours de laquelle la formation compétente examine les demandes d'avis.

Ensuite élément supplémentaire, a priori anodin mais significatif d'un état d'esprit, les magistrats se réunissent en civil et ne portent pas leur costume ... d'audience.

Par ailleurs, de l'article 1031-4 du nouveau Code de procédure civile, lequel dispose que, «dans les matières où la représentation est obligatoire, les observations éventuelles des parties doivent être signées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation», on pourrait déduire, certes avec une certaine hardiesse, que, s'agissant des parties, la procédure est uniquement écrite.

D'autant que l'article L.132-1 du Code de l'organisation judiciaire réserve expressément au Procureur Général la faculté de «porter la parole» devant la formation prévue à l'article L.151-2, «quand il le juge convenable».

Toutefois, sur ce problème, la Cour n'a pas encore pris parti puisqu'à ce jour, elle n'a pas été saisie officiellement d'une demande de plaidoirie formulée par un avocat aux Conseils.

Enfin, et même si là nous parlons davantage du fond que de la procédure, la dernière manifestation de ce caractère non juridictionnel de la procédure réside dans la rédaction des avis où, désormais, sont écartées des formules au caractère juridictionnel très marqué, comme, par exemple, les «attendus» ou les déclarations d'irrecevabilité, le style direct et la formule «dit n'y avoir lieu à avis» étant couramment utilisés.

En réalité, à quoi correspond cette volonté de ne pas entrer dans un processus strictement juridictionnel ? La Cour de Cassation souhaite éviter les lourdeurs d'une procédure contentieuse, qui peuvent entraîner, notamment, un ralentissement dans le traitement du dossier.

Car, ne l'oublions pas, la Cour de Cassation a trois mois, à compter de la réception du dossier, pour statuer sur une demande d'avis qui pourra s'avérer juridiquement très complexe. Il ne faudrait pas, dès lors, que le poids de la procédure l'empêche de mener à bien sa mission.

Quel est, au demeurant, le cheminement d'un dossier ?

Le jour de son arrivée à la Cour de Cassation, il est dirigé au Secrétariat Général de la Première Présidence.

Après fixation d'une date de séance, il est aussitôt remis au Président de la chambre spécialement concernée par la question de droit posée, au Secrétariat Général du Parquet Général et au Directeur du Service de Documentation et d'Etudes.

Le Président de chambre désigne immédiatement un magistrat de sa chambre (Conseiller ou Conseiller référendaire) pour examiner la demande d'avis.

Le Secrétariat Général du Parquet Général attribue le dossier à un Avocat Général.

Le Directeur du Service de Documentation et d'Etudes charge un Auditeur d'effectuer une recherche sur la question et d'assister le Conseiller ou le Conseiller Référendaire désigné.

Contrairement à ce qui se passe pour la procédure des pourvois, où l'Avocat Général travaille une fois le rapport déposé, le magistrat du siège et celui du parquet travaillent parallèlement, ce qui permet d'éviter de perdre du temps.

Les avocats aux Conseils peuvent déposer des observations écrites jusqu'au jour de la séance. C'est ainsi qu'ils se sont inscrits dans 5 des 23 dossiers examinés par la Cour.

Le Conseiller ou le Conseiller Référendaire dépose un rapport et un projet de décision, l'Avocat Général des conclusions.

Le jour fixé, l'affaire est examinée et la décision rendue sur le champ.

La formation compétente est composée, rappelons-le, du Premier Président, des six Présidents de chambre et de deux Conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée.

Dans la plupart des cas, c'est donc une formation de neuf magistrats qui examine la demande. Par ailleurs, l'Avocat Général assiste à la séance.

On le voit immédiatement, nous en sommes en présence d'une procédure beaucoup plus souple que celle de l'Assemblée Plénière, composée de vingt-cinq magistrats.

Dès lors, dégagée d'une procédure lourde, dégagée des données concrètes d'un litige, dégagée de moyens de droit souvent complexes, la Cour de Cassation, à laquelle est posée une question de pur droit, est pleinement en mesure de remplir sa véritable mission: dire le droit.

Et la Cour accomplit cette mission en rendant des avis empreints de brièveté et de clarté, ce qui nous conduit à vous parler maintenant des décisions rendues.

B. Les décisions

Nous nous arrêtons sur les caractéristiques des décisions rendues (a), avant d'en analyser la portée (b).

a) Les caractéristiques des décisions rendues: la démarche didactique de la Cour de Cassation.

Depuis dix-huit mois, les efforts de la Cour de Cassation ont consisté à délimiter strictement les contours de la nouvelle procédure, de manière à éviter les saisines intempestives qui n'apparaîtraient pas fondées.

La démarche de la Cour a donc été principalement de nature didactique. Nous l'avons vérifié tout à l'heure pour les règles de forme devant être suivies par les juridictions du fond. Nous allons le voir maintenant pour les règles de fond posées par l'article L.151-1 du Code de l'organisation judiciaire.

Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, aux termes de cette disposition, saisir la Cour de Cassation d'«une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges».

La Cour de Cassation a rejeté trois demandes d'avis parce que l'une de ces trois conditions faisait défaut.

C'est ainsi qu'elle a décidé n'y avoir lieu à avis sur l'intéressante question, très controversée, de savoir si le légataire universel institué par testament olographe, par ailleurs héritier non réservataire, doit se faire envoyer en possession.

La Cour a, en effet, estimé que la demande ne soulevait pas une question de droit nouvelle au sens de l'article L.151-1 précité (décision du 14 juin 1993).

Il est vrai qu'il s'agissait là d'apprécier les conditions d'application de deux articles du Code civil, savoir les articles 724 et 1008, dont la rédaction remonte à 1804 !

Entre la tentation, au demeurant bien légitime, de donner une réponse à une question qui, depuis près de deux siècles, a passionné la doctrine et n'a pu être tranchée par la jurisprudence (et ne le sera jamais puisque nous sommes en matière gracieuse), et le souci de demeurer dans les strictes limites fixées par l'article L.151-1 précité, la Cour de Cassation a donc préféré opter pour la seconde solution.

Sans dire expressément qu'une demande d'avis dont elle a été saisie ne présentait pas une difficulté sérieuse, la Cour a dit n'y avoir lieu à avis sur une question intéressant les ordres et distributions par contribution, la réponse à la question posée relevant, selon elle, de l'application combinée de deux principes de notre droit: autrement dit, la question qui se posait au juge aurait pu être résolue par lui s'il avait suivi ces principes et, par voie de conséquence, ne présentait pas une difficulté sérieuse (décision du 7 septembre 1992).

La Cour de Cassation n'a évidemment pas à remplir le rôle des juridictions du fond et ne saurait, sous couvert d'une demande d'avis, se substituer à elles.

Par ailleurs, la Cour Suprême a considéré, le 9 juillet 1993, que n'est pas une question de droit se posant dans de nombreux litiges celle de savoir

si bénéficie encore de la protection absolue prévue par les articles L.514-2 et L.412-18 du Code du travail, un salarié muté sur sa demande à l'étranger depuis plus de six mois, dans des conditions d'éloignement ne lui permettant plus d'exercer normalement son mandat de conseiller prud'homme, sans avoir toutefois démissionné, ni été démis de ce mandat.

La Cour de Cassation a adopté, dans un premier temps, une démarche animée du souci de voir les juridictions faire preuve de rigueur intellectuelle lorsqu'elles envisagent de solliciter son avis. Dans un deuxième temps, une fois les principes légaux parfaitement assimilés par les juges du fond, la Cour de Cassation pourra se consacrer pleinement à sa vraie mission.

A ce stade, il convient d'ailleurs de rappeler que, sur les 27 demandes d'avis dont elle a été saisie, la Cour de Cassation a rendu 14 avis.

Envisageons maintenant la portée des décisions rendues.

b) La portée des décisions rendues: la nécessaire cohérence de la doctrine de la Cour de Cassation.

Désormais, la Cour de Cassation est chargée de rendre deux types de décisions: des arrêts et des avis.

La règle d'or de l'article L.111-1 du Code de l'organisation judiciaire («Il y a, pour toute la République, une Cour de Cassation»), n'en prend que davantage de relief: devant éviter les divergences de jurisprudence, la Cour se doit, certes d'éviter des contrariétés d'avis, mais aussi, et surtout, d'éviter des discordances entre ses avis et ses arrêts.

Le fait d'avoir confié l'examen des demandes d'avis à une formation composée principalement du Premier Président et des Présidents de chambre, plutôt qu'à chaque chambre, présente des avantages indéniables: d'une part, cela ne donne que plus d'autorité et de portée aux avis qui sont rendus par une formation aussi prestigieuse; d'autre part, et nous l'avons vu, cela a conduit à l'élaboration d'une doctrine de la Cour de Cassation qui suit une démarche unique, empreinte de rigueur et de logique, depuis qu'elle est saisie; par ailleurs, cela permet d'examiner aisément les demandes d'avis relevant de la compétence de plusieurs chambres; enfin, et surtout, cela évite d'éventuelles contrariétés d'avis sur des questions pouvant intéresser une ou plusieurs autres chambres.

S'agissant de la portée des avis à l'intérieur même de la Cour de Cassation, plusieurs situations peuvent se présenter.

Première situation: une chambre est saisie ou en voie d'être saisie d'un ou plusieurs pourvois dans lesquels se pose une question identique à celle figurant dans une demande d'avis. Quelle va être alors l'attitude de la

formation chargée de statuer sur la demande d'avis ? Examiner la demande et donner un avis qui ne manquera pas d'avoir un effet sur le pourvoi en cours ou laisser la chambre saisie statuer sur le pourvoi ?

Dans une décision rendue le 14 juin 1993, la Cour a choisi la seconde solution. Il est vrai qu'elle a constaté que les pourvois, qui allaient être attribués à la chambre commerciale, s'ils n'étaient pas instruits, avaient fait l'objet d'une ordonnance du Premier Président, réduisant les délais impartis pour le dépôt des mémoires, ce qui induisait le fait que la chambre se prononcerait dans des délais relativement brefs.

Par ailleurs, dans une autre décision, la Cour a également dit n'y avoir lieu à avis, dans la mesure où la chambre sociale devait «se prononcer incessamment» (décision du 9 octobre 1992).

On le voit, à la lecture de ces deux décisions, la Cour ne souhaite pas dessaisir l'une de ses chambres lorsque celle-ci est près de rendre une décision juridictionnelle sur la question. Autrement dit, les arrêts passent devant les avis. Il est vrai que le but de la réforme de la loi du 15 mai 1991 est de faire connaître rapidement l'opinion de la Cour de Cassation sur une question de droit controversée. Dans la mesure où l'une de ses chambres va donner une réponse juridictionnelle, il serait anormal de priver celle-ci de la voie contentieuse, qui doit être considérée comme demeurant la voie de principe.

Il reste qu'il sera intéressant de connaître la position de la Cour lorsque le pourvoi et la demande d'avis sont déposés dans le même temps. La procédure de l'avis pourra être préférée, sauf à ce que le Premier Président de la Cour de Cassation rende, au besoin d'office, une ordonnance «1009» et organise un contrat de procédure, en accord avec le Procureur Général, le Président de la chambre et les avocats aux Conseils inscrits, permettant ainsi l'accélération de la procédure contentieuse.

Deuxième situation: une chambre a rendu un arrêt. Sur ce point, la solution ne souffre aucune difficulté. Le 9 octobre 1992, la Cour a invité la juridiction qui l'avait saisie à se référer à l'arrêt rendu. Il serait pour le moins paradoxal, voire dangereux, pour des raisons qu'il est inutile de développer, que la Cour remette en cause un arrêt par le biais d'un avis.

Troisième situation: la Cour a rendu un avis et une chambre est saisie ultérieurement de la question, hypothèse qui ne manquera pas de survenir. Raisonnablement, pour une raison de cohérence, on peut penser que la chambre, soit suivra la doctrine de l'avis, soit, si elle envisage d'aller à l'encontre de celle-ci, saisira l'Assemblée Plénière.

Un mot sur une hypothèse rencontrée par la Cour: celle dans laquelle la Cour de Justice des Communautés Européennes avait été saisie d'une

question préjudicielle, mais n'avait pas encore statué. Cela n'avait pas empêché une juridiction de notre pays de saisir la Cour de Cassation de la question. Fort légitimement, la Cour de Cassation a dit n'y avoir à avis. Imaginons un seul instant, en effet, l'hypothèse d'une discordance de point de vue entre la Cour de Cassation et la Cour de Justice de Luxembourg, seule habilitée, rappelons-le, à interpréter, de manière définitive, le Traité de ROME!

S'agissant de la portée des avis à l'extérieur de la Cour de Cassation et, donc à l'égard des juges du fond, celle-ci est double.

Elle concerne, en premier lieu, le juge qui a saisi la Cour de Cassation. A ce sujet, on imagine mal que celui-ci ne tienne pas compte d'un avis qu'il n'était pas obligé de solliciter.

Mais, jusqu'à présent, la Cour n'a pu mesurer l'impact de ses décisions puisqu'il lui est difficile de demander à la juridiction, à laquelle elle a donné un avis, de lui communiquer sa décision sur le fond. N'y aurait-il pas là un risque d'atteinte à l'indépendance des juges ?

Par ailleurs, et aucun reproche ne peut être adressé à cet égard, aucune juridiction destinataire d'un avis n'a spontanément transmis sa décision sur le fond à la Cour.

Il est vrai que là n'est pas le plus important. L'essentiel, c'est bien la portée des avis à l'égard des autres juridictions du fond. En effet, le principal objectif de la loi du 15 mai 1991 est la prévention du contentieux. Cet objectif sera atteint si les avis de la Cour ont pu éclairer les juridictions du fond sur des questions de droit nouvelles et empêcher le développement d'un contentieux jusqu'à la Cour de Cassation.

Sur ce point, il est encore trop tôt pour mesurer les effets des premiers avis sur le contentieux traité, si tant est d'ailleurs que ces effets soient mesurables.

Rappelons tout de même que tous les avis sont publiés au Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation et au Bulletin d'information de la Cour de Cassation, et qu'ainsi les juridictions du fond sont rapidement informées des décisions rendues.

En revanche, la Cour n'a pas voulu faire publier les avis au Journal Officiel, ne souhaitant sans doute pas leur conférer un label de normes obligatoires.

III. LA COMMISSION D'ADMISSION DES POURVOIS

L'un des maux de la Cour de Cassation, c'est celui de l'indifférenciation dans le traitement des causes et des litiges: le sérieux et le futile, l'évident

et le complexe, le problème de société et la querelle insupportable d'un «fou de la procédure», tout est scruté, fouillé, étudié selon la même démarche, en observant les mêmes délais et en imposant les mêmes formes.

Or, nous savons que plus de la moitié des pourvois sont voués à l'échec, soit parce qu'ils prétendent remettre en cause des éléments de pur fait, soit parce qu'ils font dire à l'arrêt attaqué ce qu'il ne dit pas.

Il est donc nécessaire et urgent de séparer le bon grain de l'ivraie, d'opérer ce tri sélectif entre les recours fondés sur des moyens sérieux et ceux qui n'ont été formés que pour gagner du temps, épuiser l'adversaire ou prolonger une désespérante incertitude.

Quasiment toutes les Cours Suprêmes dans le monde ont adopté un mécanisme de filtrage des affaires, plus ou moins élaboré et plus ou moins contraignant.

C'est ainsi qu'à la Cour de Cassation, à l'instar de ce qui existe en matière d'aide juridictionnelle, cette aide étant refusée lorsqu'«aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé», il a été envisagé de mettre en place, à l'intérieur de chaque chambre, une cellule de sélection des affaires.

Depuis maintenant près de trois ans, une expérience est menée à la première Chambre civile. Adoptant une motivation brève, la chambre, composée de trois magistrats, rejette les pourvois manifestement irrecevables ou pour lesquels aucun moyen sérieux de cassation ne peut être relevé. Cette expérience, à laquelle l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation a été associé, a donné d'excellents résultats et d'autres chambres de la Cour sont en train de la mener.

Il est apparu souhaitable de consacrer cette expérience dans un texte et c'est pourquoi une réflexion a été menée, en ce sens, avec les représentants de la Chancellerie. Ce texte, qui sera de nature législative, devrait pouvoir être déposé sur le bureau de l'une des Assemblées, au cours du premier semestre 1994.

Chaque année, seront désignés, au sein de chaque chambre, trois magistrats appelés à composer la commission d'admission des pourvois.

Il ne s'agit pas de recréer l'ancienne chambre des requêtes, qui existait pour toute la Cour de Cassation et qui a été supprimée, en 1947, pour n'avoir pas joué pleinement son rôle de filtre et avoir traité les affaires de la même manière que les autres chambres.

Ces magistrats ne devraient pas être les mêmes chaque année: il est, en effet, indispensable que tous les magistrats de la chambre connaissent bien cette formation et soient associés étroitement à cette réforme. Cette réforme

implique une évolution profonde des mentalités et il faut que chacun se sente concerné.

La commission rejettera les pourvois manifestement irrecevables ou dénués de fondement et renverra les autres vers la formation plénière de la chambre ou une formation restreinte (si, par exemple, la cassation apparaît avec évidence).

Une telle méthode devrait permettre d'éliminer, dans un premier temps, 25 à 30% des pourvois. Le droit au pourvoi est un droit fondamental, il faut certes pouvoir l'exercer mais parallèlement, chaque Cour suprême a le devoir de se prémunir contre les risques de submersion.

Pierre DRAI

Premier Président de la Cour de Cassation

GERMANY

*

ALLEMAGNE

Traduction officielle

LA FONCTION DU CHOIX DES RECOURS PAR LES COURS SUPRÊMES

A. La Cour Fédérale de Justice

La Cour Fédérale de Justice est le tribunal suprême pour la juridiction de droit commun, qui comprend la juridiction civile et pénale. Environ 76 % des magistrats allemands ont leurs fonctions dans cette juridiction.

Devant la Cour Fédérale de Justice sont portés environ 3.000 pourvois en cassation en matière civile et presque 4.000 cassations en matière pénale. Ces cassations sont jugées par 12 chambres civiles et 5 chambres pénales. Toute décision est prise par cinq magistrats (un président et quatre assesseurs).

La Cour Fédérale de Justice n'a pas le droit de choisir discrétionnairement parmi les pourvois en cassation. Cependant, il y a des modèles du droit de la procédure, qui soit limitent la recevabilité (en matière civile inférieur à 60.000 Deutsche Mark; voir plus bas chapitre I. 1. a.), soit permettent aux chambres de la Cour Fédérale de Justice de s'abstenir d'une audience publique et d'une explication détaillée de leur décision (bien qu'il reste le devoir d'examiner l'affaire exactement dans la chambre).

En négligeant les exceptions et les particularités, la situation actuelle peut être décrite de la façon suivante :

I. Matière civile

1. a) Si le sujet de la plainte ne dépasse pas 60.000 DM, une cassation n'est recevable que si la cour d'appel (iudex a quo) l'a explicitement autorisée (cassation autorisée - "Zulassungsrevision"). La loi prescrit que la cour d'appel doit autoriser la cassation si l'affaire est d'une "importance fondamentale" ou si son jugement diffère de la jurisprudence de la Cour Fédérale de Justice.

La Cour Fédérale de Justice est liée à la décision de la cour d'appel - concernant l'autorisation de la même façon que concernant la non-autorisation.

b) Il est pareil pour les sujets de plainte extrapatrimoniaux et en matière du droit de la famille.

Les cours d'appels sont très restrictives avec les autorisations des cassations. Seulement 7,3 % des pourvois en cassation à la Cour Fédérale de Justice en 1992 étaient des cassations autorisées.

2. Pour toute autre affaire civile, notamment pour un sujet de plainte supérieure à 60.000 DM, on peut constater:

a) La chambre à la Cour Fédérale de Justice examine pour elle si l'affaire a une "importance fondamentale" et en plus si la cassation pourrait avoir succès (c'est-à-dire si la cour d'appel a donné un jugement faux du point de vue du résultat). Si la chambre nie les deux aspects, elle peut refuser la cassation avec une majorité de deux tiers. Ce refus se fait par arrêt sans audience publique. L'arrêt ne comprend que des motifs abrégés; il n'est pas nécessaire de donner des motifs détaillés. 92 % des pourvois en cassation à la Cour Fédérale de Justice étaient des dites cassations à base du montant du sujet de la plainte - "Streitwertrevisionen"; environ 75 % de ces cassations furent refusées.

b) Les cassations non-refusées sont plaidées en audience publique. La décision comprend des motifs détaillés. La chambre investit beaucoup de temps à la rédaction de ces motifs qui sont préparés par un assesseur de la chambre. La chambre peut éviter ce travail en refusant la cassation (voir plus haut a.); néanmoins, la décision est préparée par un exposé par écrit d'un assesseur ("Votum"), qui est discuté par la chambre entière.

3. Le système actuel (voir 1. et 2.) n'est pas satisfaisant et ne suffit pas pour limiter le nombre de recours à la Cour Fédérale de Justice. A cause du nombre croissant continuellement, le législateur a levé le montant du sujet

de la plainte pendant les décennies passées et qui était à l'origine à 5.000 DM (la dernière fois en 1991 de 40.000 DM à 60.000 DM).

4. Il est souhaitable d'avoir un règlement qui permet à la Cour Fédérale de Justice - mieux que par le droit actuel - de se concentrer à la garantie d'une unification et d'un développement du droit, sans être obligée cependant à rester passive en voyant une décision injuste d'une instance inférieure. Jusqu'à présent, les tentatives dans une telle direction ont échoué, finalement aussi à cause de l'opposition des avocats.

II. Matière pénale

1. Les décisions de première instance des tribunaux de grande instance ou des cours d'appel sont admises au pourvoi en cassation à la Cour Fédérale de Justice. C'est le cas - plus simplement dit - pour une criminalité grave, notamment si une peine supérieure à 4 ans est possible (tribunal de grande instance) ou pour une infraction contre la sécurité de l'Etat (cour d'appel).

Toutes les autres affaires comprennent trois instances: tribunal d'instance - tribunal de grande instance - cour d'appel; la Cour Fédérale de Justice n'est pas concernée.

2. La chambre de la Cour Fédérale de Justice peut refuser la cassation sans audience publique, si elle est à l'unanimité d'opinion que la cassation est visiblement injustifiée (environ 75 % des cassations) ou si un pourvoi en cassation en faveur de l'accusé est visiblement injustifié (14,5 % des cassations). Une condition supplémentaire pour le refus du pourvoi en cassation est l'avis de consentement du procureur général de la République; cet avis est transmis à la personne qui a initié le pourvoi en cassation. Il n'est pas nécessaire de motiver l'arrêt en ce cas-là.

En tout autre cas, il y a une audience publique. Les motifs de la décision sont détaillés.

3. La procédure par arrêt (voir 2.) s'est révélée adéquate et efficace. Néanmoins, il y a aussi en matière pénale le problème de nombre croissant de cassations. Un soulagement pourrait être une transposition des limites pour les cassations à la Cour Fédérale de Justice (voir 1.). Le législateur a entamé un essai en 1993; il est cependant peut probable, qu'il y aura des conséquences perceptibles.

B. Les autres Cours suprêmes

Il y a en Allemagne à côté de la juridiction du droit commun quatre autres juridictions avec chacune une cour suprême fédérale, ce sont les

tribunaux administratifs, en matière de fiscalité, de droit de travail et de droit social.

Une cassation dans ces juridictions n'est généralement recevable que si l'instance inférieure (iudex a quo) a autorisé le pourvoi en cassation. La Cour est liée à cette décision. La loi prescrit que le pourvoi en cassation doit être autorisé si l'affaire a une "importance fondamentale".

En cas de non-autorisation, il y a généralement - différemment à la juridiction du droit commun (voir A. 1. a) - la possibilité d'un recours contre cette non-autorisation. Le recours est cependant limité en droit de travail. Ce recours à cause de non-autorisation du pourvoi en cassation ("Nichtzulassungsbeschwerde") est jugé par la Cour suprême (iudex ad quem). La Cour doit donner son consentement, si elle constate une faute de procédure commise par l'instance inférieure.

D'un point de vue général, ce règlement s'est avéré bon selon les constatations des collègues des autres juridictions. Mais pour la Cour Fédérale de Justice, ce règlement ne semble pas être efficace, parce que des calculs ont montré que le nombre de recours à cause de non-autorisation serait sept fois plus grand que le nombre de pourvois en cassation actuellement; un soulagement concernant les cassations serait équilibré ou même dépassé par le nombre de recours à cause de non-autorisation.

C. La Cour constitutionnelle fédérale

La Cour constitutionnelle fédérale est surchargée par des recours en matière constitutionnelle (ce sont des recours individuels, que tout citoyen peut déposer devant la Cour constitutionnelle). Il y a actuellement 4.000 recours par an. La Cour constitutionnelle fédérale est constituée par deux chambres (Sénat) avec 8 magistrats chacune. Il a le droit de juger un grand nombre de recours dans une formation de "petite chambre" (Kammer) avec trois magistrats.

La procédure fut changée en 1993 par le législateur en quelques points pour soulager la Cour constitutionnelle fédérale: le refus d'un recours en matière constitutionnelle ne doit plus être motivé; en plus, les recours sont seulement acceptés - même si les recours sont fondés - si la personne du recours avait autrement des dommages importants.

Le Président de la Cour Suprême
Prof. Dr. ODERSKY

DIE AUFGABE DER AUSWAHL DER RECHTSMITTELEINLEGUNGEN DURCH DIE RICHTSHÖFE

I. Vorbemerkung:

In der Bundesrepublik Deutschland gibt es fünf voneinander unabhängige Gerichtsbarkeiten. Jede dieser Gerichtsbarkeiten hat grundsätzlich eine eigene Prozeßordnung, in jeder dieser Gerichtsbarkeiten gibt es einen obersten Gerichtshof. Über diesen fünf voneinander unabhängigen obersten Gerichtshöfen gibt es keinen gemeinsamen höchsten Gerichtshof. Zur Vermeidung divergierender Rechtsprechung in den fünf Gerichtsbarkeiten gibt es allerdings einen - nur bei Bedarf tagenden - Gemeinsamen Senat der fünf obersten Gerichtshöfe, der u.a. mit den Präsidenten dieser Gerichtshöfe besetzt ist.

Der Bundesgerichtshof ist das oberste Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die die allgemeine Zivil- und Strafgerichtsbarkeit umfaßt. Ca. 76 % der deutschen Richter sind in dieser Gerichtsbarkeit tätig.

II. Die Aufgabe der Auswahl der Rechtsmittel einlegungen durch den Bundesgerichtshof:

Der Bundesgerichtshof hat nur in genau begrenztem Umfang die Möglichkeit, unter eingehenden Rechtsmitteln auszuwählen. Die

Wahlmöglichkeit betrifft teilweise die Frage, ob eine Revision überhaupt angenommen wird, teilweise aber auch die Frage, in welcher Weise sich das Revisionsverfahren gestaltet und welchen Anforderungen die Entscheidung über eine Revision entsprechen muß. Unter Außerachtlassung von Ausnahmen und Besonderheiten kann die derzeitige gesetzliche Situation wie folgt beschrieben werden:

1. *In Zivilsachen*

- (a) Hat das vorinstanzliche Gericht eine Berufung *als unzulässig* verworfen, ist das hiergegen gerichtete Rechtsmittel in jedem Falle statthaft; eine Wahlmöglichkeit besteht für den Bundesgerichtshof grundsätzlich nicht.
- (b) Hat das vorinstanzliche Gericht in der Sache entschieden, gilt folgendes:

(aa) In Rechtsstreitigkeiten über

- nichtvermögensrechtliche Ansprüche,
- vermögensrechtliche Ansprüche, bei denen der Wert der Beschwer des Rechtsmittelführers durch das vorinstanzliche Urteile 60 000,— DM nicht übersteigt,
- sämtliche Familiensachen

ist eine Revision (nur) statthaft, wenn das vorinstanzliche Gericht - das Oberlandesgericht - sie in seinem Urteil ausdrücklich zugelassen hat (sog. Zulassungsrevision). Das Oberlandesgericht hat die Revision immer dann zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, insbesondere, wenn sein Urteil von der Rechtsprechung eines der fünf obersten Gerichtshöfe abweicht.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, die Revision nicht zuzulassen, ist nicht anfechtbar und ist für den Bundesgerichtshof bindend (bei nicht mehr verständlicher, offensichtlich unhaltbarer Nichtzulassung kann der Betroffene Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht mit der Begründung einlegen, ihm sei durch die Nichtzulassung der grundgesetzlich garantierte “gesetzliche Richter” - nämlich der Revisionsrichter - willkürlich entzogen worden).

An eine Zulassung der Revision durch das Oberlandesgericht ist der Bundesgerichtshof ebenfalls gebunden; er hat nicht die

Befugnis, die Berechtigung der Zulassung nachzuprüfen. Über eine zugelassene Revision hat der Bundesgerichtshof nach mündlicher Verhandlung durch Urteil zu entscheiden.

Eine Wahlmöglichkeit hat der Bundesgerichtshof in Fällen der sog. Zulassungsrevision also nicht.

Nur ca. 7,3 % der beim Bundesgerichtshof 1992 eingegangenen Revisionen waren derartige Zulassungsrevisionen.

- (bb) In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, die keine Familiensachen sind und bei denen der Wert der Beschwer des Rechtsmittelführers 60 000,— DM übersteigt, ist die Revision grundsätzlich statthaft (sog. Streitwertrevision). Allerdings hat der Bundesgerichtshof hier die Möglichkeit, die Annahme der Revision abzulehnen, wenn die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung und die Revision im Endergebnis keine Aussicht auf Erfolg hat. Für die Ablehnung der Annahme einer Revision in diesen Fällen ist aber eine Mehrheit von 2/3 der Stimmen erforderlich, so daß eine Revision bereits angenommen werden muß, wenn wenigstens zwei der fünf an der Entscheidung beteiligten Richter für eine Annahme stimmen.

Die Ablehnung der Annahme einer Revision erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß; er muß zwar erkennen lassen, daß die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache und die Erfolgsaussicht der Revision geprüft worden sind; es bedarf aber - im Gegensatz zu der Entscheidung über eine (zugelassene oder angenommene) Revision - keiner weiteren Begründung. Wird die Revision angenommen, hat der Bundesgerichtshof über sie nach mündlicher Verhandlung durch Urteil zu entscheiden.

Von den beim Bundesgerichtshof im Jahr 1992 eingegangenen Revisionen (2889) waren ca. 92 % derartige Streitwertrevisionen, also alleine wegen des Beschwerwertes von über 60 000,— DM statthaft; ca. 55 % davon wurden vom Bundesgerichtshof nicht angenommen.

- (c) Ist eine eingegangene Revision nach obigem nicht statthaft oder ist sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form und Frist eingelegt oder begründet worden, kann die Revision ohne vorherige mündliche Verhandlung verworfen werden.

(d) Auswirkungen der unterschiedlichen Verfahrensgestaltung auf die Verfahrensdauer:

Die durchschnittliche Dauer der Revisionsverfahren war 1992 bei den Verfahren, die ohne vorherige mündliche Verhandlung durch Beschluß entschieden wurden, fast 1/3 kürzer als bei den Verfahren, die aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden wurden (10,2 Monate bzw. 14,5 Monate).

2. In Strafsachen

Gegen erstinstanzliche Urteile der Landgerichte und der Oberlandesgerichte ist eine Revision zum Bundesgerichtshof grundsätzlich statthaft. Das Landgericht ist als erstinstanzliches Gericht - vereinfacht gesagt - für alle schwereren Straftaten zuständig, insbesondere, wenn eine höhere Freiheitsstrafe als vier Jahre oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung zu erwarten ist. Bei den für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland bedeutsamen Straftaten ist das Oberlandesgericht erstinstanzlich zuständig, beispielsweise beim Vorwurf des Hochverrats.

Erachtet der Bundesgerichtshof die Vorschriften über die Einlegung der Revision nicht für beobachtet, kann er die Revision ohne Hauptverhandlung als unzulässig verwerfen. Dies erfolgte 1992 in ca. 1 % der Fälle.

Der Bundesgerichtshof kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft auch dann ohne Hauptverhandlung entscheiden, wenn er die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet. Dies erfolgte 1992 in ca. 75 % der Fälle.

Erachtet der Bundesgerichtshof eine zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision einstimmig für begründet, so kann er das angefochtene Urteil ebenfalls ohne vorherige Hauptverhandlung aufheben. Dies erfolgte 1992 in ca. 14,5 % der Fälle.

In allen anderen Fällen ist erst nach Durchführung einer Hauptverhandlung durch Urteil zu entscheiden.

III. Vergleich zu den Prozeßordnungen der anderen deutschen Gerichtsbarkeiten (Arbeitsgerichtsbarkeit; Verwaltungsgerichtsbarkeit; Finanzgerichtsbarkeit; Sozialgerichtsbarkeit):

In diesen Gerichtsbarkeiten ist eine Revision grundsätzlich nur statthaft, wenn sie in dem Urteil vom vorinstanzlichen Gericht zugelassen wurde.

Die Zulassung ist für den obersten Gerichtshof bindend. Eine Wahlmöglichkeit hat der oberste Gerichtshof also nicht mehr. Zuzulassen ist auch hier bei grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache.

Im Falle der Nichtzulassung der Revision gibt es in diesen Prozeßordnungen aber grundsätzlich die Möglichkeit, die Nichtzulassung durch Beschwerde anzugreifen (in der Arbeitsgerichtsbarkeit ist diese Möglichkeit allerdings beschränkt); über die Beschwerde entscheidet der oberste Gerichtshof. Ihr ist (abgesehen von der Regelung für die Arbeitsgerichtsbarkeit) auch dann stattzugeben, wenn ein Verfahrensfehler vorliegt, auf dem das angegriffene Urteil beruhen kann. Eine echte Wahlmöglichkeit im Sinne eines Ermessens haben die obersten Gerichtshöfe aber nicht.

Prof. Dr. Walter ODERSKY
President of the Supreme Court

IRELAND

*

IRLANDE

The position with regard to appeals lodged before the Supreme Court of Ireland is that it is mainly regulated by the provisions of the Constitution of Ireland.

By virtue of Article 34, sub-Article 3 of the Constitution provision is made for a High Court invested with full original jurisdiction in and power to determine all matters and questions whether of law or fact, civil or criminal.

It is further provided by that sub-Article that the High Court should have exclusive jurisdiction amongst its original jurisdiction to determine the question of the validity of any law having regard to the provisions of the Constitution. Law in this context has been interpreted by the courts in regard to the Constitution as indicating a statute law.

The Supreme Court is established by Article 34, sub-Article 4 of the Constitution and by that sub-Article it is provided that with such exceptions and subject to such regulations as may be prescribed by law (meaning statute law) that the Supreme Court have appellate jurisdiction from all decisions of the High Court.

Under the Constitution the capacity of the legislature by statute law to create exceptions to the appellate jurisdiction of the Supreme Court does not extend to making any exception with regard to a decision of the High Court concerning the constitutional validity of a statute law. Either of the parties to such a case is entitled as of right under the Constitution to appeal to the Supreme Court.

The extent of legislative interference with the right of appeal from the High Court to the Supreme Court involving statutory provisions limiting or regulating that is up to the present minimal.

The High Court has of course under the system of law operating in Ireland functions other than originating functions. For example, it is a court of ultimate appeal from decisions of the Circuit Court which is a court of limited and local jurisdiction and decisions made on such appeals are not capable of being appealed to the Supreme Court though a system of stating a case on a question of law has been created.

The result is that there is neither a statutory form of selection as to the nature of the case or the topic involved in it which can be appealed from the High Court to the Supreme Court nor are there any grounds on which the Supreme Court may make its own selection as to the appeals it will take and those it will refuse.

The Court has, of course, got an inherent jurisdiction to prevent abuses of the process of the Court by dismissing appeals brought to it as vexatious or palpably groundless. That is a jurisdiction however which is infrequently invoked and even more sparingly exercised.

The question therefore of a selective function as far as the Supreme Court of Ireland is concerned becomes a question of priority, the Court being obliged to dispose in the fullness of time of all the appeals that are lodged with it and which are properly prosecuted but in fact exercising an important discretion with regard to the priority in which it will take those appeals.

Prima facie subject to this question of selection of priority the Court would deal with the appeals in the order in which the documents and procedures necessary to complete them for hearing are lodged in the court's office.

Insofar as the general policy or principles which the Court exercises in regard to the priority of appeals may have a relevance to the Supreme Courts of other Member States where there is an actual right of selection of appeals, I will shortly describe them.

1. Cases appealed to the Supreme Court in which any question of the liberty of the individual arises get immediate and maximum priority.
2. Appeals involving the custody or welfare of children arising from family disputes or the break-up of marriages get a high priority.
3. Cases in which the constitutional validity of a statute has been challenged in the High Court and particularly those in which the High Court has condemned the statute as being invalid having regard to the Constitution would be given a high priority. This last principle would

largely derive notwithstanding the very rigid separation of powers under the Constitution in Ireland of the Judiciary, the Executive and the Legislature from what in one of our decisions has been described as the “respect which one great organ of the State owes to another”.

The reason why the appeal from a claim constituting a challenge to the constitutional validity of a statute should be given special priority and especially where the statute has been condemned in the court of originating jurisdiction quite clearly is that the Legislature is entitled for the purpose of discharging its functions and responsibilities, to know without delay whether a statute has been ultimately condemned or upheld.

Other categories of cases obtaining priority would be cases, of course, of individual hardship, for example, persons of a very advanced age who have obtained compensation for personal injuries against which the defendant has appealed and which the courts have stayed pending the appeal. Other types of priority might arise where cases though not on any constitutional issue raise a point of law such as for example the interpretation of a statute in common use in the lower courts and the uncertainty concerning which is affecting the proceedings of those courts.

What the Supreme Court of Ireland does not, however, do is to make any selection even confined to the selection of priority based on any form of policy concerning the topics or issues which it believes should be raised for consideration or which it believes are matters which in the interests of society should be canvassed at any particular time.

Intervention of the honorable
Mr. Justice **Thomas A. FINLAY**,
Chief Justice of Ireland

ITALY
*
ITALIE

SELECTION OF CASES TO BE ADJUDICATED UPON BY THE SUPREME COURT OF CASSATION

1. According to the presently applicable laws in Italy, no legal device is available, in civil or in criminal matters, to select any cases in order to make some of them the only ones to be dealt with (and discarding any others) by the Supreme Court of Cassation. As a consequence, the Court is faced with an exceedingly numerous amount of cases to be dealt with.

2. The Italian Constitution (art. 111) shows a somewhat generous attitude towards the admissibility of appeals to the Supreme Court of Cassation, particularly in criminal matters.

By and large, the prevailing legal and political attitude is presently against any shrinking devices of the kind mentioned above (N. 1). An evidence of such attitude may be seen in the negative reaction of the Parliament towards a proposed amendment to the code of civil procedure, which was intended to increase the possibility of adjudicating cases in chambers, i.e. with no oral discussion by the parties, enabled simply to submit their arguments in writing; such an amendment would have widened for the parties the possibility of access to an abbreviated procedure, in order to expedite the adjudication of civil appeals, whose workload constitutes a remarkable arrear in that Court.

3. The only cases in which the workload of the same Court has been reduced are those which the existing law permits to deal with in chambers,

and particularly those which may be terminated by a ruling of inadmissibility of the appeal.

The cases for which the law makes such kind of rulings possible are rather limited in number, as far as civil matters are concerned (art. 375 code of civil procedure); the reserve is true in criminal matters, for which the law provides the possibility of overruling an appeal as inadmissible because manifestly groundless (art. 606.3, code of criminal procedure).

This is one of the reasons why many more criminal than civil cases are dealt with in chambers (art. 611 code of criminal procedure), and the Supreme Court of Cassation has practically no arrear in criminal matters.

4. Lacking any relevant amendment of the law, the goal of a simplification of the procedure before the Supreme Court of Cassation was served by having recourse to organizational devices, operated by means of internal administrative orders and circulars of the heads of the Court.

In civil matters, a special office has been created inside the Court of Cassation, to the end of classifying by a preliminary analysis all appeals filed with the Court: such an analysis will single out in every appeal both any data possibly evidencing similarities in the legal questions raised, so to cause some appeals to be processed accordingly, and particular legal issues, dealt with by an appeal, which render it advisable to send it for a preliminary research to the ad hoc office of the Court («Ufficio del Massimario»), which will take care of the retrieval of the precedents.

No such classification office is provided for in criminal matters, so that the criminal appeals are directly assigned, depending on the nature of the case, to one of the six criminal divisions of the Court. Each division, however, avails itself of a special service, manned by one to three justices, which provides to a preliminary screening, intended first of all to decide if the appeal shall be dealt with in chambers or in public sitting, and secondly to provide for the calendaring of the cases in the various sittings of the division.

Giovanni E. LONGO
Président de Chambre à la Cour de Cassation

LUXEMBURG
*
LUXEMBOURG

LA FONCTION DE SELECTION DES RECOURS PAR LA COUR SUPREME DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

Au grand-duché de Luxembourg, l'ordre judiciaire comprend trois groupes de juridictions, à savoir les justices de paix au nombre de trois, les tribunaux d'arrondissement au nombre de deux et la Cour supérieure de justice qui se trouve au sommet de la hiérarchie judiciaire.

La Cour supérieure de justice comprend une Cour de cassation et une Cour d'appel ainsi qu'un parquet et un greffe commun à ces deux cours.

C'est la Cour de cassation qui, étant la juridiction la plus élevée de l'ordre judiciaire, est à considérer comme la Cour suprême du Grand-Duché.

Elle comprend une chambre qui siège au nombre de cinq juges. Elle est composée du président et de deux conseillers à la Cour de cassation et se complète par deux membres de la Cour d'appel, à désigner pour chaque affaire par le président ou le conseiller à la Cour de cassation qui le remplace.

Elle a pour principale attribution de statuer sur les pourvois en cassation en matière civile et commerciale, en matière de droit du travail, en matière de droit social, ainsi qu'en matière pénale formés contre les décisions des diverses juridictions sur lesquelles elle exerce son autorité. Seul lui échappe le contentieux administratif qui est de la compétence du Comité du contentieux du Conseil d'Etat. Cette fonction de cassation a pour objet de veiller à l'exacte interprétation et application de la loi par les juridictions de fond et d'assurer de la sorte l'unité du droit national.

Notre Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Son rôle consiste à rechercher si, les faits de la cause tels qu'ils ressortent de la décision attaquée étant tenus pour constants, cette décision leur a fait une exacte application de la loi.

Le recours en cassation constitue une voie de recours extraordinaire, soumis à des conditions de recevabilité rigoureuses et qui ne peut être exercé que contre des décisions rendues en dernier ressort non susceptibles d'opposition, rendues par des juridictions luxembourgeoises de l'ordre judiciaire.

A l'instar des juridictions de fond, la Cour de cassation doit faire face, ces derniers temps, à un accroissement considérable du contentieux porté devant elle.

L'examen des pourvois dont le flot est en train d'inonder notre juridiction suprême, montre qu'un nombre croissant de demandeurs en cassation, méconnaissant les principes qui régissent l'institution, les attributions et le fonctionnement de la Cour de cassation, tendent à la considérer comme un troisième degré de juridiction, chargé d'examiner le litige en fait et en droit. Beaucoup de ces pourvois ne paraissent avoir d'autre objet que de retarder la solution définitive du litige. Bien souvent, ni la rédaction des mémoires, ni la présentation des moyens invoqués à l'appui du pourvoi, ne correspondent au souci de rigueur et de logique qui est le trait essentiel de la procédure en cassation.

Cette procédure tend de plus en plus à être détournée de son but et de sa finalité.

Il est vrai que le ministère d'un avocat est obligatoire pour soutenir un recours en cassation tant en matière civile qu'en matière sociale et pénale.

Il s'agit toutefois d'un frein d'une efficacité relative à la multiplication des recours.

En effet, il n'y a pas de barreau spécial auprès de la Cour de cassation ni de limitation du nombre des avocats admis à postuler et à plaider devant elle. Le nombre des avocats inscrits sur la liste I d'un des deux ordres des avocats établis au Grand-Duché de Luxembourg qui sont tous habilités à exercer les fonctions d'avocat-avoué et à signer un mémoire en cassation, est en augmentation constante pour atteindre actuellement le chiffre de 290 ce qui est considérable pour un pays d'une population totale de 400.000 habitants. Un nombre de plus en plus élevé de ces avocats, surtout parmi les jeunes, dont aucun n'est spécialisé en matière de cassation, se croient capables de présenter des mémoires valables.

Il convient de signaler ensuite que la législation luxembourgeoise sur la procédure de cassation est moins complexe que la législation française et

plus particulièrement moins exigeante en ce qui concerne le contenu du mémoire. La loi luxembourgeoise se borne à prescrire que le mémoire, qui est à signifier et à déposer dans un certain délai, doit préciser les dispositions attaquées et les moyens de cassation et contenir les conclusions dont l'adjudication est demandée. La présentation des moyens n'est pas réglementée.

Il n'existe pas de procédure de sélection des pourvois.

Notre législation ne réserve pas non plus un traitement spécial aux pourvois manifestement irrecevables ou infondés.

A l'heure actuelle, la Cour de Cassation ne dispose en fait que de deux moyens pour décourager les recours abusifs et dilatoires. Il s'agit d'abord de la possibilité pour le juge, prévue par l'article 131-1 du code de procédure civile (reproduction textuelle de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile français avant la modification par décret du 19 décembre 1991), lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, de condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine. D'après la jurisprudence de la Cour, l'octroi d'une indemnité au titre de l'article 131-1 du code de procédure civile est subordonné aux conditions que le demandeur indique la nature des sommes prétendument exposées par lui et non comprises dans les dépens, qu'il prouve qu'il les a effectivement exposées et qu'il dise en quoi l'équité commande qu'elles soient laissées à charge de son adversaire. Le moyen s'avère en pratique peu efficace, en raison de la difficulté pour la partie qui s'en prévaut de rapporter la preuve exigée. Il en est de même de la condamnation du demandeur au pourvoi à des dommages-intérêts envers l'autre partie pour recours abusif sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle tout récemment encore, demandé au gouvernement de faire modifier et de compléter nos textes sur la procédure civile afin de remédier à l'encombrement du rôle, en s'inspirant des mesures prises par le législateur français, à savoir:

- 1) le retrait du rôle par le Premier président, sur demande du défendeur, d'une affaire, lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins que l'exécution soit de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives, prévue par l'article 1009-1 du Nouveau code de procédure française.
- 2) la disposition de l'article 978, alinéa 2, de ce code aux termes de laquelle un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en oeuvre

qu'un seul cas d'ouverture, sous peine d'être déclaré irrecevable. Chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même mention:

- le cas d'ouverture invoqué;
- la partie critiquée de la décision;
- ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

Cette disposition sanctionne les moyens imprécis et complexes, ainsi que l'absence de concordance entre le reproche allégué et le chef de l'arrêt attaqué qui constituent de véritables plaies de beaucoup de pourvois.

- 3) la condamnation facultative du demandeur en cassation qui succombe dans son pourvoi, au paiement d'une amende civile en cas de recours jugé abusif, prévu par l'article 628 du même code. Le prononcé de cette amende intervient d'office et ne doit donc pas être demandé par la défense. Il implique nécessairement que le recours a été jugé abusif, ce qui est le cas lorsque le moyen manque en fait, est contraire aux écritures antérieures de son auteur ou dénué de tout fondement.
- 4) l'octroi facultatif en cas de pourvoi abusif, d'une indemnité au défendeur au pourvoi, susceptible d'intervenir d'office, prévu par le même article 628.

L'adoption de ces mesures, en dissuadant les demandeurs téméraires et chicaniers, contribuerait à désencombrer le rôle de notre juridiction suprême et à accélérer l'évacuation des affaires, tout en respectant l'équilibre difficile mais nécessaire, entre l'accès normal à la justice et l'abus du droit d'agir et d'exercer les recours légaux.

Paul KAYSER

Président de la Cour Supérieure de Justice

THE NETHERLANDS

*

PAYS BAS

**PAPER PRESENTED BY SJOERD ROYER,
CHIEF JUSTICE OF THE SUPREME COURT
OF THE NETHERLANDS**

1. Introduction

I am extremely grateful to our distinguished hosts for choosing this subject. It is of great importance in view of the guarantees for a proper judicial procedure which prevail in a democratic society. In The Netherlands, the subject currently is of topical interest.

In order to describe the situation in The Netherlands it seems appropriate first to explain the function and organization of the Supreme Court of The Netherlands (Hoge Raad der Nederlanden). Thereafter two categories of measures against the serious increase of the case-load of the Court will be discussed. Finally developments to be expected in The Netherlands will be mentioned.

2. Organization of the Supreme Court

The Supreme Court reviews decisions of the lower courts of last instance. Its task originates from the French institution of “cassation”. There are two grounds for appeal to the Supreme Court: violation of the law and deficiency of reasons. If the appeal is well-founded, the Supreme Court quashes the decision of the lower court and either remits the case to a lower

court or renders a final judgement. The Supreme Court may only decide on points of law. It cannot judge on facts.

The Supreme Court comprises three divisions: a civil division, a criminal division and a tax division. Until now, tax cases are the only administrative matters which are subject to the jurisdiction of the Supreme Court. However, the legislator considers the possibility of assigning to the Supreme Court other matters of administrative law as well.

The most important function of the Supreme Court is to guard the unity of law and to further the development of law. Apart from appeals lodged by the Attorney General, the Supreme Court may only decide cases brought before it by the person concerned (litigant, convicted person or prosecutor) who wishes to challenge the decision of the lower court. However, the impact of a Supreme Court ruling is not limited to that specific case. Although such ruling establishes no binding precedent for the lower courts, it has an authoritative value.

The impact of the Supreme Court's rulings on the development of the law, and as a result of this the role of the Court, have become more important in the last few decades. This phenomenon has several causes:

- (a) In present day society, social views change at a fast pace and legislation cannot keep up.
- (b) Society tends to become more and more confronted with conflicts of a legal nature, which is brought about by an increase of the number of rules on the one hand and a growing tendency of individuals to exercise their rights on the other.
- (c) Whereas legislation grows in quantity, it declines, however, in quality. Hence more often than in the past an appeal to the Supreme Court is necessary in order to ascertain how the law is to be constructed.
- (d) Unwritten law (requirements of reasonableness and equity, general principles of proper public administration) becomes more important. The resulting legal insecurity requires more guidance by the Supreme Court.
- (e) The rapid increase of serious crime causes tension between the objectives of crime prevention on the one hand and the guarantees of fair trial on the other. In particular the rules on criminal procedure are under fire. Thus a flood of appeals to the Supreme Court is generated.

- (f) In politically sensitive matters (industrial action, abortion, euthanasia) the legislator often fails and the Supreme Court has to fill in the gaps. In this respect the Supreme Court has found itself playing a politically controversial role.
- (g) The task of judges in general, including Supreme Court Justices, to examine the law for compatibility with international conventions (in particular the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights) has undergone a spectacular development in the last two decades.

As a result of these developments, the number of appeals lodged before the Supreme Court has risen at an alarming rate. I do not want to bore you with figures, but one has to be mentioned: within two years (1992 and 1993) the number of criminal cases has increased by 57%. In 1993 there were lodged 587 civil appeals, 3299 criminal appeals and 720 tax appeals.

In many countries the growing case-load of their supreme tribunal is an issue. In The Netherlands this problem is still enlarged by the lack of an instrument in order to limit the number of appeals. No such system as leave to appeal exists and it is a politically controversial question whether it should be introduced. The right to bring a case before the Supreme Court is considered by many as a fundamental right, which may not be tampered with.

Solutions to the problem of overload can be divided into two categories: enlargement of the capacity of the Supreme Court and reduction of the inflow of cases.

3. Enlargement of capacity

An increase in the number of Supreme Court Justices has already taken place. At present the Court has 32 members (the President, 6 Vice-Presidents and 25 Justices). There are 13 Advocates General headed by the Attorney General. Further enlargement would hamper internal coordination and would constitute a risk of conflicting opinions. The Justices accomplish more work than before, but there are limits to their work load. Moreover, they should have time left for writing, reading, studying and for lecturing, as well as for attending conferences.

Formerly each judgement of the Court was rendered by a panel of five Justices. Due to an amendment of the law in 1986, it is presently possible to sit with three Justices on relatively simple cases.

Furthermore, oral argument before the Supreme Court has to a large extent been replaced by written explanations. Indeed this yields a considerable gain in time although it is felt that consequently the proceedings before the Supreme Court have lost some of their lustre.

Since about twenty years a Research Department is attached to the Supreme court, consisting of approximately fifty young and highly qualified law clerks. They assist the Justices and Advocates General in the preparation of cases by doing research and making preliminary drafts for opinions. The average clerkship is five years.

The computerization of the legal documentation and the Registry of the Court brings a gain in time. Furthermore it is noted that many Justices use wordprocessors to write their opinions.

The most important instrument for reducing workload is the recent Section 101^a of the Judicial Organization Act, which provides for the possibility to dismiss appeals without discussing the complaints adduced. This exception to the principle that the Courts must give reasons for their decisions only applies in cases where the complaints fail and do not compel to decide on points bearing an interest as to the unity or the development of the law. Here the core task of the Supreme Court shows: it is not primarily a matter of giving the person concerned a chance to win his case but rather of making an authoritative decision on a point of law. This possibility to omit reasons has met with considerable criticism, in particular from the Bar, for the obligation to give reasons is considered as an important safeguard for a proper judicial procedure. Likewise a great deal of inhibitions will have to be overcome before a leave to appeal system will be introduced in The Netherlands. It is emphasized that Section 101^a of the Judicial Organization Act does not in fact establish a leave to appeal system: whereas in such a system the case is not heard but only summarily reviewed in order to determine whether it is eligible for appeal, in the system of omitting reasons the case is heard on its merits. I shall return to this subject below.

4. Reduction of case-load

In civil cases, legal representation is compulsory. An appeal before the Supreme Court may only be lodged through a member of the Bar in the District of The Hague, who has to file a written statement containing the complaints. This requirement constitutes a substantial barrier. In criminal and tax cases no such barrier exists: each individual can personally bring his case before the Supreme Court by a simple letter. If no specific complaints

are formulated therein, the Supreme Court uses to deal with the case briefly unless the Court “*ex officio*” finds grounds for annulment.

Cost constitutes another inhibiting factor. When bringing a civil or a tax case before the Supreme Court a court fee is due. In tax cases these fees are relatively low. Court fees are adjusted from time to time. A substantial raise of court fees would indeed deter individuals from bringing their case before the Supreme Court, but is not considered as an appropriate measure to overcome overload: in particular persons of insufficient means would be prejudiced and appeals may be relinquished even in cases of interest for the development of law. In civil cases the Supreme Court orders the losing party to pay the costs of the winning party, i.e. court fees and lawyers’ fees, unless there are reasons to have each party bear its own costs. It is noted that the lawyers’ fees of the party who has won the case are determined according to fixed rates of fees, which are considerably lower than the fees lawyers actually charge their clients. Under a recent statute the Supreme Court may at its discretion give an order to pay costs in tax cases. It is mentioned here that recently the contribution to be paid by persons eligible for State-financed legal aid has been raised and the income limits have been lowered slightly. This does not, however, apply to criminal cases. Criminal courts are part of the machinery of the State for enforcing law and order. No fees are due, neither in first instance nor on appeal, except for costs of legal assistance, which are slight in case of insufficiency of means.

As mentioned before, the Supreme Court only reviews questions of law. Pleas that have not been made in the lower instances and require an examination of the facts will be disregarded. In fact, this serves to limit the number of appeals to the Supreme Court.

5. Future developments

It is doubtful whether the measures discussed here will be adequate in the future. Further measures will presumably be necessary.

At present a reform of the Judicial Organization in The Netherlands is taking place. Although it is doubtful whether there would be sufficient political support for the introduction of a leave to appeal system, a lively debate on the subject is going on. Questions have arisen as to which authority should decide upon requests for leave to appeal. Various options are being considered: leave could be granted by the Supreme Court itself like the American “*certiorari*”, by the Attorney General or by the lower court which rendered the judgement to be challenged. Another issue is whether a remedy

against denial of leave should be given, particularly regarding the latter option.

In respect of this debate it is of importance that the legislator has plans to vest the Supreme Court with jurisdiction to hear cases in all fields of administrative law. If these plans go through, they may pave the way to the introduction of a leave to appeal system. In the sphere of administrative law this is expected to meet with less political objections than in civil and criminal cases since it concerns a field of law in which, apart from tax law, the Supreme Court has yet no jurisdiction.

The institution of leave to appeal does not fit in with the Dutch tradition, and therefore much notice is taken of the Judicial Organizations of countries which do have - often since many centuries - a leave to appeal system. In view of the debate that is presently taking place in The Netherlands, I find it not only a great privilege, but also an extraordinarily valuable experience to discuss this topic with my distinguished Colleagues from the Member States of the European Union.

The Hague, March 1994

Sjoerd ROYER,
Chief Justice of the Supreme Court

PORTUGAL

RECOURS FONCTION DE SÉLECTION PAR LA COUR SUPREME

I - Définition du thème

Dans la généralité des législations il y a trois degrés de tribunaux, les systèmes possibles étant au nombre de deux:

a) celui de la *double conforme* (doppia conforme dont parlait Mortara), dans lequel il n'était possible d'ouvrir une voie de recours à une troisième instance qu'en cas de divergence entre les décisions proférées dans la première et la seconde instance, sur la même affaire;

b) celui du *double degré de juridiction* où est préconisée la possibilité ou la garantie que toute décision judiciaire peut être réexaminée par une Cour supérieure (appel), aussi bien en matière de fait, avec plus ou moins de limitations, que de Droit, le système, caractérisé par cette double instance pour l'examen des faits et du Droit, ayant au sommet, normalement, une Cour supérieure, de cassation ou de révision.

Dans chacun des systèmes, l'existence d'une Cour Suprême de Cassation ou de Révision se présente comme nécessaire, cette instance existant effectivement, dans les législations de nos pays.

Face à l'inflation des pourvois devant les Cours Suprêmes, face à la connaissance progressive des causes pendantes devant les tribunaux, comme

à l'appétence des litigants d'épuiser, lorsque vaincus, tous les recours et moyens processuels légaux; se pose la question de la sélection des pourvois admissibles pour les Cours Suprêmes, dont la fonction sera toujours celle de l'uniformisation de jurisprudence.

Fonction difficile à réaliser, en des termes souhaités, étant donné l'élargissement continu des cadres de magistrats et l'augmentation constante des procès arrivés à la Cour Suprême.

Au Portugal ce problème assume une gravité croissante depuis quelques années.

Contribuer en quelque sorte à sa résolution la plus adéquate est la raison de cet exposé.

II - Description sommaire de l'organisation judiciaire portugaise

1. Avant d'entrer dans l'appréciation du régime portugais des recours, dans notre ordre judiciaire, il faut rappeler, encore que brièvement, le système de base de notre organisation judiciaire. Les éléments essentiels de celui-ci aideront à mieux comprendre ce régime.

2. On commencera par remarquer que nous avons de différents ordres judiciaires, outre la Cour Constitutionnelle et la Cour des Comptes.

Ce sont les ordres: - judiciaire, administratif et fiscal et militaire.

Pour des raisons évidentes nous ne nous occuperons que du premier, de l'ordre judiciaire.

L'on remarquera que dans les cours judiciaires sont réglés les litiges civils (de nature civile ou commerciale); la juridiction pénale, pour le jugement des faits criminels, et sociale, pour la résolution des litiges du travail, leur incombant également.

On peut dire que la compétence des tribunaux judiciaires est résiduelle, ceci signifie que leur revient tout ce qui n'est pas par la loi et de manière spécifique attribué à la compétence de tribunaux d'un autre ordre judiciaire.

Dans ses lignes maîtresses, l'organisation des tribunaux judiciaires est tracée dans le texte constitutionnel. En détail, elle est régie, actuellement, par la loi n° 38/87 du 23 décembre.

3. a) Au sommet de la hiérarchie des tribunaux judiciaires est la Cour Suprême de Justice dont la juridiction s'étend à tout le pays.

b) Outre la Cour Suprême, existent les tribunaux d'instance (1ère et 2nde instances). Les tribunaux de première instance sont, en règle générale,

les tribunaux d'arrondissement, qui est l'unité minimale de division territoriale du pays à des fins judiciaires. Egalement en règle générale ces tribunaux ont une compétence générique, c'est-à-dire qu'ils englobent les juridictions civile, pénale et du travail.

Mais il peut y avoir et il y a encore, dans la première instance, des tribunaux de compétence spécifique et de compétence spécialisée pour le jugement de certaines matières.

Parmi les premiers - de compétence spécifique - se trouvent les divisions et les chambres civiles et les chambres et les divisions criminelles. Et on dit spécifique leur compétence parce que, à l'intérieur de la juridiction à laquelle ils appartiennent (civile ou pénale) elle est limitée par la forme du procès correspondant, qui règle générale, varie selon la valeur (dans le civil) ou la gravité de la peine applicable à l'infraction en cause (dans le pénal).

Et il y a encore des tribunaux dont la compétence territoriale s'élargit à plus d'un arrondissement et, en raison de la matière, peut être sensiblement égale à celle des divisions civiles et criminelles.

C'est pourquoi on les désigne par tribunaux de cercle (aire territoriale de plus d'un arrondissement), de compétence spécifique mixte (si elle comprend la matière civile et pénale).

Les tribunaux dont la compétence à l'intérieur d'un certain secteur matériel est limitée à des matières déterminées sont de compétence spécialisée.

Ainsi entre autres, les tribunaux de famille, les tribunaux du travail, les tribunaux d'instruction criminelle et les tribunaux de mineurs.

c) Les tribunaux de seconde instance sont les tribunaux de Relação, qui sont déjà des tribunaux de recours (d'appel).

Il en existe quatre, un par District Judiciaire, ces derniers comprenant les arrondissement existants dans l'aire géographique respective.

d) En somme:

- Le territoire national est divisé en arrondissements, parfois groupés en cercles judiciaires, et en quatre districts judiciaires. Les tribunaux d'arrondissement et de cercle sont de première instance, et ceux de District (appelés tribunaux de Relação) sont de seconde instance (d'appel).
- Au sommet et ayant compétence pour tout le territoire national se situe la Cour Suprême de Justice, essentiellement comme Cour de révision.
- Aussi bien les tribunaux de Relação, que la Cour Suprême de Justice fonctionnent par chambres spécialisées: les chambres civiles, criminelle et sociale (du travail).

III - A partir de ce résumé explicatif, il devient facile de comprendre le régime de recours existant dans le système de procédure portugais

Mais ici il faut séparer tout de suite le régime du Code de Procédure Pénale de celui du Code de Procédure Civile, car il y a entre eux de profondes différences.

1 - Recours en procédure pénale

L'actuel code de procédure pénale, entré en vigueur le 1er janvier 1988, a profondément changé le régime des recours en Droit Pénal, le rendant bien différent du régime antérieur.

En premier lieu il a adopté clairement et explicitement le système du double degré de juridiction, le garantissant en des termes innovateurs par rapport au code antérieur et maintenant une unique sorte de recours en matière pénale.

Comment est garanti le double degré de juridiction?

a) D'abord, des décisions proférées en des procès qui suivent leur cours devant le juge singulier en première instance il n'y a recours que jusqu'à la seconde instance.

Les arrêts de la seconde instance proférés sur ces recours sont eux mêmes insusceptibles de recours (articles 427 et 400 n° 1 alinéa d).

b) En second lieu on recourt, ou l'on peut recourir directement à la Cour Suprême de Justice (il existe ainsi un recours *per saltum* passant à côté des cours de seconde instance, dites de Relação), des décisions (arrêts) finales proférées en première instance par le tribunal de juri et par le tribunal collectif, qui interviennent seulement dans les procès relatifs à un certain type ou à des crimes dont la peine maximale, abstraitement applicable, est supérieure à trois ans (article 432).

Quand, en des cas exceptionnels, la Cour de Relação fonctionne comme première instance, on peut également recourir de ses arrêts devant la Cour Suprême.

Alors que les Relações connaissent de la matière de fait et de Droit (article 428 n° 1), la Cour Suprême de Justice s'occupe exclusivement du réexamen de la matière de Droit (article 433).

Alors que les Relações connaissent de la matière de fait et de Droit (article 428 n° 1), la Cour Suprême ne s'occupe que du réexamen de la matière de Droit (article 433). Cependant, cela n'empêche pas que le recours

à la Cour Suprême ait pour fondement, à partir du moment où le vice découle du texte, l'insuffisance pour la décision de la matière de fait prouvée, la contradiction insoluble des fondements, et l'erreur notoire dans l'appréciation de la preuve ainsi que le non remplissement de préssupposé ayant pour sanction la nullité non surpassée (article 410 n^{os} 2 et 3 *ex vi* de l'article 433).

Outre cela, tout en maintenant la principale fonction de la Cour Suprême, il peut y avoir:

c) Un recours à la Cour Suprême pour fixation de jurisprudence (article 437), quand, relativement à la même question de Droit, il y a opposition entre deux arrêts de la Cour Suprême ou entre deux arrêts de la même ou de différentes Relações et que de ces arrêts un pourvoi n'est pas admissible.

d) Un recours pour la réouverture d'une sentence ayant force de chose jugée, lorsque certains préssupposés sont remplis (article 449).

2 - Recours en procédure civile

2.1. Le Code de Procédure Civile, contrairement au Code de Procédure Pénale, adopte un système de triple degré de juridiction, dont le régime légal se maintient, pratiquement inchangé, depuis 1926 en ce qui touche les recours ordinaires.

Ici, contrairement à ce qui arrive en procédure pénale, il n'y a pas de recours *per saltum*. C'est-à-dire, le recours de la première arrive toujours à la Relação (seconde instance), et d'ici il peut y avoir lieu à un recours à la Cour Suprême.

Et quand le recours est-il admissible?

Sauf des exceptions fixées expressément dans la loi, le recours n'est admissible que des décisions proférées en des procès et des causes dont le montant dépasse la compétence en fonction de la valeur du tribunal qui les a proférées et sous la condition de ce que la décision dont il est fait recours soit défavorable au requérant en un montant également supérieur à la moitié de la valeur qui définit la compétence de ce tribunal (article 678 n^o 1); la compétence en fonction de la valeur étant définie comme la limite de valeur jusqu'à laquelle le tribunal décide sans possibilité de recours.

Actuellement la compétence en fonction de la valeur des tribunaux de première instance atteint le montant de 400 000 Escudos et cette limite atteint les 2 000 000 Escudos pour les Relações (article 20 de la loi n^o 38/87 - Loi organique des tribunaux judiciaires).

L'une des exceptions à la règle de la valeur se trouve dans les articles 2 et 3 dudit article 678 et se rapporte aux recours ayant pour fondement

la violation des règles de compétence internationale, en raison de la matière ou de la hiérarchie ou l'offense de la chose jugée, ainsi que les décisions relatives à la valeur de la cause avec le fondement que cette valeur excède la limite de compétence de la Cour à laquelle un recours est pourvu.

2.2. Types de recours en matière civile

- a) Le recours d'agravo, dans le régime actuel peut se considérer le recours-règle, car il vaut pour toutes les décisions de la première instance dont il n'y a pas appel, et des décisions de la Relação où il n'est pas possible de se pourvoir en révision.
- b) Et l'appel vaut, de la première à la seconde instance, pour la sentence finale et pour l'arrêt vérifiant la régularité des pétitions des parties, qui connaissent de la cause en Droit.
- c) La révision vaut pour l'arrêt de la Relação proféré sur un appel, qui décide de la cause en Droit.

Il est donc adressé à la Cour Suprême et ne peut avoir pour fondement que l'inconformité à la loi substantive, que ce soit par erreur d'interprétation ou d'application, que soit par erreur dans le choix de la disposition applicable.

- d) Il peut y avoir encore, un autre recours destiné à la Cour Suprême, le recours connu sous la désignation de pourvoi à la Cour en session plénière où interviennent tous les juges de la Haute Cour.
Il peut avoir lieu, parallèlement à ce qui se passe en procédure pénale, quand la Cour Suprême a proféré deux arrêts qui, relativement à la même question fondamentale de Droit, ont adopté des solutions opposées, et ce recours peut s'étendre à des arrêts des Relações lorsqu'il existe entre eux une opposition semblable à l'opposition en question et qu'il n'y ait lieu à aucun recours d'agravo ou en révision pour un motif étranger à la compétence en fonction de la valeur de ces tribunaux (articles 763 et 764).

La décision proférée dans ces recours, résolvant le conflit de jurisprudence, prend le nom d'assento et fixe la jurisprudence obligatoire tout au moins pour les cours judiciaires.

3.3. Compétence de la Cour Suprême de Justice en matière civile (et sociale)

Le jugement des pourvois en agravo et en révision se fait, dans les chambres spécialisées de juridiction civile et sociale, par des conférences

réalisées en sessions hebdomadaires de la chambre, chaque conférence étant en règle composée par le rapporteur et deux adjoints.

Comme en procédure pénale, la Cour Suprême ne connaît que de la matière de Droit en matière civile, ne pouvant altérer la décision de la seconde instance quant aux faits bien qu'elle puisse si elle l'entend, faire baisser le procès à la seconde instance pour que la décision en fait soit amplifiée afin de constituer une base suffisante pour la décision en Droit. Hors de cette hypothèse, la Cour Suprême applique définitivement le régime juridique jugé adéquat à la situation matérielle de fait fixée par la Relação (article 729).

Mais il y a des cas où, si la nullité de l'arrêt de la Relação est jugée, la descente du procès est ordonnée pour que la décision annulée soit réformée, par les mêmes juges, si possible (article 731, n° 2).

En 1926 on a abandonné, dans le régime processuel portugais, le système (classique) de la cassation pour opter, en général, pour le système de substitution, malgré la limitation de la connaissance de la Cour Suprême à la matière de Droit. En cas de révocation de la décision dont on a recouru, par la concession de la révision, la Cour Suprême établit immédiatement la situation qui vaut.

Seulement si l'on décide l'amplification de la décision de fait ou la déclaration de la nullité de l'arrêt de la Relação, il y a encore lieu à l'application du système de la cassation ou d'un système semblable.

IV. Fonction principale de la Cour Suprême de Justice et état actuel du système de recours

1. Le système et le régime de l'admissibilité des recours à la Cour Suprême, brièvement exposés, conjugués certainement avec des causes socio-économiques, ont apporté à la Cour Suprême un nombre excessif de procès, quand le principe du double degré de juridiction, même s'il était obligatoire, se contenterait de la montée des recours seulement jusqu'aux Relações.

2. Il est toutefois certain, que l'existence d'une Cour Suprême de Justice se justifie pour qu'elle puisse accomplir et exercer sa grande fonction: celle d'uniformiser la jurisprudence.

Uniformisation qui découle, selon les justes du Professeur Castanheira Neves, du fait qu'il n'y a qu'une Cour Suprême ayant juridiction sur tout le pays.

Seulement, pour qu'une telle fonction puisse être exercée, il faut aussi que la Cour Suprême ne soit pas seulement unique, mais encore qu'elle ait un nombre restreint de juges.

En effet les juges décidant les diverses causes étant toujours les mêmes, les décisions de la Cour Suprême, par la nature des choses parviendraient à exercer cette uniformisation, dans la mesure où il deviendrait plus ou moins certain que les arrêts des Relações qui s'écarteraient de la doctrine suivie par la Cour Suprême finiraient par être altérés.

Toutefois au Portugal, comme en d'autres pays, comme nous le croyons, l'augmentation progressive des procès arrivés à la Cour Suprême est continue. Et ceci a impliqué un élargissement également successif du cadre de ses juges. Ce qui, diversifiant ses interventions, provoque aussi une altération fréquente des personnes qui remplissent ses cadres. Et ceci est manifestement nuisible aux intérêts de l'uniformisation de la jurisprudence.

Hormis ces aspects, l'intervention des juges en un nombre élevé de procès ne leur permet pas l'étude et l'attention convenable de chaque cas, comme il est exigé à une Cour Suprême.

3. Il est devenu par cela, nécessaire de restreindre le nombre de procès qui montent ou qui peuvent monter, à la Cour Suprême. Et il y a des législations où cela a été tenté, selon ce que nous savons, non seulement par le biais de l'élévation du montant minimum exigé pour que l'affaire accède à la Cour Suprême, mais aussi, par l'élargissement des conditions d'admissibilité du recours, d'une part.

D'autre part, en admettant la possibilité de faire une sélection des cas justifiant l'accès à la Cour Suprême, celle-ci ne connaissant le recours que lorsqu'il s'agit d'«importance fondamentale» ou de «question importante», par exemple.

4. Dans la législation portugaise, il n'y a aucune possibilité pour la Cour Suprême, de sélectionner les recours qu'elle doit connaître.

Si les conditions formelles de leur recevabilité sont réunies et remplies, la Cour Suprême ne peut, par un autre ordre de raisons, ne pas connaître des recours qui y parviennent, même lorsque la question est insignifiante.

Il est certain qu'en procédure pénale, le recours peut être débouté si son manque de fondement est manifeste (art 420, n° 1). Et en procédure civile il pourra également être décidé avec un formalisme moindre si le rapporteur considère le recours manifestement infondé et si les adjoints sont d'accord (article 707 n° 4). Mais ceci n'est pas une opération de sélection,

c'est à peine une connaissance abrégée du recours, qui n'équivaut pas à son écartement.

D'ailleurs ces facultés sont rarement employées. Les intéressés n'acceptent pas bien la réduction de formalismes.

V. Mesures proposées pour réduire le nombre de recours

Nous pensons qu'entre nous l'adoption de critères de sélection des recours selon leur «intérêt» et l'«importance» des questions soulevées n'aurait pas de succès. Cela rendrait encore plus complexe l'action des juges de la Cour Suprême parce que les discussions relatives à l'objet du pourvoi leur appartiendraient désormais.

Alors, quelles mesures pourront être adoptées de sorte à permettre qu'à la Cour Suprême ne parvienne que le nombre réduit de procès dans lesquels se suscitent et se discutent des questions avec l'intérêt et l'importance qu'elles méritent et justifient l'intervention de cette Cour, de sorte à ce que chaque arrêt constitue réellement une pièce juridique qui jouisse du respect des cours inférieures et ne soit pas, seulement, une décision de plus?

Sur ce plan, il faut considérer séparément les chambres civile et criminelle.

a) Dans la chambre criminelle il faudra considérer que le recours *per saltum* et la limite minimum de trois ans de prison, en abstrait applicable, pour le rendre possible, ont surchargé cette chambre de procès, pour traiter maintes fois des questions et des peines insignifiantes par rapport à ce que doit être la dignité d'une Cour Suprême.

Les procès pénaux devraient être jugés définitivement par les Relações au niveau des Districts judiciaires respectifs.

Le recours à la Cour Suprême devrait seulement être admis:

1) Dans les procès où une peine très grave ait été applicable. Par exemple, supérieure à huit ou dix ans.

2) En n'importe quel procès pénal, instauré par le Ministère Public, pour la fixation de jurisprudence, obligatoire pour toutes les cours.

Ou,

En cas de maintien du recours *per saltum*, la limite minimale de la peine applicable en abstrait pour le rendre possible, ne devrait pas être inférieure à cinq ans, la limite maximum étant supérieure à dix ans.

Seulement ainsi, il sera possible de libérer la Chambre criminelle de la Cour Suprême de questions minimales qui peuvent assurément être résolues dans les deux degrés de juridiction jusqu'à la Relação.

b) Dans les Chambres civiles, si l'on maintient le système actuel de compétence en fonction de la valeur, conjuguée avec le montant de coût en cas de déboutement du requérant dans la décision contestée (exigence qui limite déjà beaucoup le nombre de recours) la valeur fixant les limites de la compétence devrait être augmentée, au moins jusqu'à des niveaux correspondants à ceux d'il y a vingt - vingt-cinq ans. Au moins celle de la Relação; celle de la première instance, pour ne pas trop écarter le second degré de juridiction pourra ne pas être élevée de façon correspondante.

Et pour compenser l'élévation de la compétence en raison de la valeur de la Relação, le recours à la Cour Suprême pourrait encore être admis dans les procès de valeur supérieure à la moitié de cette valeur, au cas d'adoption par la Relação, en matière de Droit, d'une orientation diverse de celle suivie par d'antérieurs arrêts de la Cour Suprême.

Le recours pour fixation de jurisprudence, avec une force obligatoire pour les tribunaux doit être maintenu, dans les termes actuels, ou accouplé à la révision, mais toujours avec la seule intervention des juges des chambres civiles.

Nous pensons que la sélection des recours à la Cour Suprême par le moyen, cas par cas, de l'examen des questions posées ne connaîtrait pas de succès dans l'ambiance judiciaire portugaise.

Mais ceci peut se faire, encore qu'indirectement, par le moyen que nous laissons indiqué.

VI. Principales altérations prévues dans le projet du nouveau Code de Procédure Civile (édition de 1993) en matière de recours:

a) Réduction à deux du nombre de recours ordinaires - appel (de la première à la seconde instance) et révision (de la seconde instance à la Cour Suprême) - la catégorie des recours extraordinaires se maintenant (nouvelle connaissance de la chose jugée et opposition de tiers).

b) Etablissement de la règle selon laquelle les allégations des parties sont toujours présentées dans le tribunal dont on recourt - ce qui rend moins longue la procédure dans les cours de recours.

c) Création d'une révision amplifiée pour l'uniformisation de jurisprudence, avec l'élimination du recours à la session plénière de la Cour

Suprême. Cette amplification est une sorte d'incident inséré dans le jugement de la révision dans lequel, certaines conditions étant observées et pour éviter le maintien de l'arrêt en opposition avec un arrêt antérieur, tous les juges des chambres civiles interviennent pour, dans ce jugement même, fixer la doctrine désignée par assento établissant la jurisprudence obligatoire pour tout tribunal.

Et cette amplification est faite sur l'initiative du président du tribunal ou des chambres, ou même de n'importe quelle partie au procès, des juges ou du Ministère Public (articles 599 et suivants).

d) Dans les cas de simplicité manifeste, où le jugement attaqué est pleinement confirmé et sans vote de vaincu par aucun juge, quant à la décision, quant aux fondements, l'arrêt peut se limiter à la décision, déboutant le pourvoi, remettant la motivation à celle de la décision attaquée (article 583, n° 3) - ce qui peut considérablement réduire le travail matériel du rapporteur.

- Ce sont celles-ci, à notre avis, les altérations projetées qui pourront avoir quelque influence dans la réduction de l'excès de travail de la Cour Suprême.

Ces altérations, alliées à l'augmentation de la valeur fixant la compétence de la Relação qui a été proposée, pourront laisser aux juges de la Cour Suprême le temps de se dédier plus et mieux aux questions essentielles et produire des arrêts qui s'imposent par leur qualité technique.

Mais nous pensons qu'il faudrait aller plus loin dans le nouveau Code de Procédure Civile projeté (dont l'entrée en vigueur n'est pas prévue) et mettre fin à la possibilité que certains recours arrivent à la Cour Suprême, comme il arrive déjà avec les procès de juridiction volontaire, les référés (où l'on ne définit aucun droit en termes définitifs) et d'autres procès semblables.

Seul le courage législatif permettra de sélectionner efficacement les recours ayant accès à la Cour Suprême.

Mai 1994.

Joaquim de CARVALHO
Président de la Cour Suprême de Justice

SPAIN
*
ESPAGNE

La Cour Suprême d'Espagne, en qualité d'autorité supérieure à tous autres ordres juridictionnels, a pour mission, laquelle lui est conférée par la Constitution elle-même, de garantir l'application et l'interprétation unitaire et cohérente de l'ordonnement juridique.

La Cour Suprême voit sa fonction d'unification de la jurisprudence accentuée par la présence des Communautés Autonomes, titulaires légitimes de certaines parcelles de souveraineté et au sein desquelles se trouvent les Tribunaux de Justice, également revêtus de caractère constitutionnel.

Par l'intermédiaire du recours constitutionnel, la Cour Suprême a pour finalité institutionnelle la recherche du véritable sens et de la portée des normes face à la réalité sociale de chaque moment de l'histoire.

C'est essentiellement à travers le pourvoi en cassation que le critère des Cours Suprêmes visant à l'unification sert à uniformiser l'interprétation des normes juridiques tout en garantissant, d'une part, la sûreté juridique, objectif fondamental de tout système juridique, et d'autre part, l'application égalitaire du droit aux citoyens.

Les exemples fournis par les résolutions de la Cour Suprême sont une garantie de la sûreté juridique laquelle est, en partie, une conséquence de l'égalité des citoyens devant la loi et sont par conséquent contraires à toute discrimination non motivée de la part des tribunaux.

Les normes procédurales concernant les différents pourvois en cassation devant la Cour Suprême ont récemment fait l'objet d'une réforme importante qui a, de manière générale, un seul objectif: celui d'établir les mécanismes opportuns permettant de faciliter le rejet des pourvois qui, parce que dépourvus d'intérêt de cassation, ou bien parce qu'ils concernent des matières sur lesquelles la Cour s'est déjà prononcée

de manière réitérée, ne devraient pas faire l'objet d'une résolution au fond.

En effet, les archives annuelles de la Cour Suprême montrent qu'au cours de ces dernières années le nombre des pourvois en attente a augmenté de manière significative créant par là même une situation qui en est même arrivée à compromettre les fonctions de la Cour et à laquelle il a fallu donner une solution urgente.

Ainsi, par exemple, au cours de l'année 1991 la Cour Suprême a reçu 28.684 nouveaux pourvois. Au cours des six premiers mois de l'année 1992, le nombre des nouveaux pourvois s'élevait déjà à 23.494.

1. La juridiction civile

L'ancien Code de Procédure Civile datant de 1881 fit l'objet d'une réforme en 1984 - en ce qui concerne le pourvoi en cassation - laquelle, dans le but d'unifier les motifs du pourvoi, supprima la dualité ou distinction entre les moyens de forme et les moyens de fond. De telle sorte que les sept moyens du pourvoi en cassation pour infraction à la loi et à la doctrine légale ainsi que les huit moyens du pourvoi pour violation de la forme ont été refondus dans les cinq moyens de l'article 1692. En ce sens, la nouvelle rédaction du point 5 de l'article 1692 mérite d'être citée, en effet aux termes de cet article, le pourvoi en cassation pourra être fondé sur «l'infraction aux normes de l'ordonnancement juridique ou de la jurisprudence, qui seraient applicables à la résolution des questions objet de la discussion». De la sorte il est possible d'interjeter pourvoi pour infraction aux normes de l'ordonnancement juridique, expression qui comprend le droit dans son ensemble ainsi que dans ses différentes valeurs, ce qui s'entend non seulement de la loi mais également de la coutume et des principes généraux du droit et jusqu'à la jurisprudence.

Dans cet ordre d'idées, la dernière réforme, datant du 30 avril 1992, loin de faire du pourvoi en cassation une troisième instance le renforce en soulignant sa fonction de protection des normes en vigueur dont il doit défendre une correcte interprétation.

Il convient de souligner une nouveauté importante, celle de la nouvelle rédaction de l'article 1710, et plus particulièrement de sa règle n° 3, qui, dans le but de contrôler les pourvois non fondés ou manquant d'intérêt, admet le rejet du pourvoi lorsque celui-ci manque manifestement de fondement ou lorsque d'autres pourvois substantiellement semblables auraient déjà été rejetés.

Afin de protéger le droit de défense du demandeur au pourvoi, le rejet lui sera communiqué et il disposera d'un délai de 10 jours pour présenter ses allégations. En guise de preuve d'une meilleure garantie, la loi exige que la Salle accorde à l'unanimité le rejet du recours.

2. La juridiction pénale

Face à l'augmentation de ces dernières années des litiges en matière pénale, la Loi du 19 juillet 1988 a réformé le pourvoi en cassation du Code de Procédure Pénale. L'attribution par la Constitution de la tutelle judiciaire effective et la reconnaissance de la présomption d'innocence ont suscité un nombre élevé de pourvois en cassation que la Cour Suprême ne pourrait résoudre sans dénaturer sa fonction importante d'unification de l'interprétation de l'ordonnement juridique.

La préservation de la fonction du pourvoi en cassation a conduit à certaines modifications du Code de Procédure Pénale, dont la plus importante concerne le régime d'admission du pourvoi, lequel sera rejeté pour absence manifeste de fondement ou encore dans le cas où la Cour Suprême aurait déjà rejeté des pourvois semblables, ce qui permet d'éviter que la Haute Cour ait à connaître de pourvois sans fondements ou ayant trait à des matières déjà résolues de manière uniforme. Afin de préserver les garanties du justiciable, le rejet devra être accordé à l'unanimité, l'opposition d'un seul magistrat suffisant à l'admission du pourvoi. Ce système a permis d'assouplir la tâche de la Chambre Criminelle de la Cour Suprême tout en renforçant la tutelle judiciaire effective sans dilations indues, et ce sans que les demandeurs souffrent une perte de leurs droits.

A titre d'exemple, à la fin de l'année 1988, la deuxième Chambre avait à examiner plus de 15.500 recours et cependant, au début de l'année 1994 ce nombre s'était réduit à 3.000 pourvois.

3. L'ordre du Contentieux-administratif

Jusqu'à ces derniers temps, la juridiction du contentieux-administratif régulée par la Loi historique du 27 décembre 1956, fut la seule juridiction à ne pas disposer d'un pourvoi en cassation à proprement parler.

Jusqu'à la Loi de Reforme Procédurale du 30 avril 1992, à l'encontre des sentences édictées par les Tribunaux administratifs, il existait un recours en appel devant la Troisième Chambre de la Cour Suprême. Ce recours,

considéré comme ordinaire, permettait de recourir pratiquement toutes les sentences en raison de ses limites économiques très basses.

A titre d'exemple, au cours de l'année 1989, la chambre du contentieux-administratif de la Cour Suprême devait examiner 16.371 recours, tandis qu'au cours de l'année 1993, la cassation étant établie, le nombre des recours enregistrés s'élevait à 9.507.

La mise en place du pourvoi en cassation dans la juridiction administrative s'avérait urgente, et cette tâche fut réalisée par la Loi 10/92.

Ainsi que l'a souligné le discours d'Ouverture Solennelle de l'Année Judiciaire 1993, la nécessité d'établir au sein de la juridiction administrative une unité de la doctrine dans l'interprétation de l'ordonnancement juridique ne pouvait être repoussée davantage.

Suivant l'expérience d'autres juridictions et dans le souci d'éviter une massification de la Cour Suprême, la réforme a prévu dans son article 102 la possibilité de rejeter tout pourvoi en cassation manquant de fondement ou semblable à d'autres pourvois qui auraient déjà été rejetés au fond.

L'article 95 énonce les moyens de pourvoi suivants:

1° Abus, excès ou défaut dans l'exercice de la juridiction.

2° Incompétence ou inadéquation de procédure.

3° Violation des formes essentielles du procès par infraction des normes applicables à la sentence ou de celles qui régissent les actes et les garanties procédurales, dans la mesure où, dans cette dernière hypothèse, la partie se serait retrouvée sans défense.

4° Infraction aux normes de l'ordonnancement juridique ou de la jurisprudence applicables aux questions formant l'objet du débat.

A la différence du modèle français, et selon la tradition espagnole, dans la cassation en matière de contentieux-administratif, une fois la sentence cassée, la Cour Suprême édicte une nouvelle sentence au fond sans qu'il y ait lieu à renvoi.

Enfin, il convient de souligner également l'existence d'un recours pour l'unification de la doctrine, applicable à toutes les sentences édictées par les différents Tribunaux de rang inférieur, et utilisable dans les cas où, le pourvoi en cassation n'étant pas permis, on constaterait des divergences importantes sur des questions semblables.

4. L'ordre social

La juridiction sociale qui connaît des demandes en matière de droit du travail nées à l'occasion de conflits tant individuels que collectifs a vu son système de pourvoi en cassation réformé dans le sens d'un renforcement des attributions de la Cour pour rejeter les recours manquant de fondement.

Le Décret Législatif Royal du 27 avril 1990 établit dans son article 210 les causes de rejet, lesquelles consistent en l'absence de caractère de cassation de la demande et le rejet au fond d'autres pourvois formés sur des prétentions substantiellement semblables.

D'autre part, face aux éventuelles divergences qui peuvent se poser aux Tribunaux Supérieurs de Justice, la juridiction sociale espagnole dispose d'un recours d'unification de la doctrine permettant de maintenir l'unité d'interprétation de la loi.

CONCLUSION

De nos jours, l'ordonnancement juridique espagnol met à la disposition de toutes les juridictions les instruments procéduraux propres à assurer le mandat constitutionnel de la Cour Suprême, Ordre supérieur à tous autres, dont la mission consiste à maintenir l'unité de l'interprétation de la loi, et ce, en évitant la massification de la Cour Suprême par l'interjection de pourvois non-fondés ou manquant de caractère constitutionnel.

Pascual Sala SANCHEZ
Président de la Cour Suprême

UNITED KINGDOM

ROYAUME-UNI

CRIMINAL PROCEEDINGS

I. Appeals to the Court of Appeal Criminal Division The general rules as to when leave to appeal is required

1. In England and Wales, a person convicted of an offence on indictment may appeal to the Court of Appeal Criminal Division against his conviction. The appeal may be :

- (a) without the leave of the Court of Appeal
 - on any ground which involves a question of law alone;
 - if the judge of the court of trial grants a certificate that the case is fit for appeal on a ground which involves a question of fact or a question of mixed law and fact.
- (b) with the leave of the Court of Appeal
 - on any ground which involves a question of fact alone;
 - on a question of mixed law and fact;
 - on any other ground which appears to the Court of Appeal to be a sufficient ground of appeal.

2. A person who has been convicted of an offence on indictment may appeal, without leave, to the Court of Appeal against any sentence (not being a sentence fixed by law) passed on him for the offence.

3. A person seeking to appeal to the Court of Appeal is required to give notice of appeal (where leave is not required) or notice of application for

leave to appeal (where leave is required). Notice of appeal, or of application for leave to appeal, must be given within 28 days from the date of conviction or sentence but the time for giving notice may be extended either before or after it expires by the Court of Appeal.

The role of the single judge of the Court of Appeal

4. A single judge of the Court of Appeal (a High Court Judge) may exercise, in the same manner as that court, the following powers:-

- (a) to give leave to appeal;
- (b) to extend the time within which notice of appeal or of application for leave to appeal may be given;
- (c) to allow an appellant to be present during the proceedings;
- (d) to order a witness to attend for examination, together with further ancillary directions.
- (e) to grant legal aid.

5. If the single judge refuses an application on the part of an appellant to exercise in his favour any of those powers specified, the appellant is entitled to have the application determined by the Court of Appeal. There is no requirement to refer an application for leave to appeal to a judge prior to a hearing before the court. The Registrar of Criminal Appeals may, in cases of exceptional weight, complexity or gravity refer the applications for leave to appeal direct to the Court of Appeal. Such references are, in practice, rare. Generally applications for leave to appeal are in the first instance referred to a judge of the High Court.

6. The single judge is an important factor in the appeal process, acting as a filter to remove hopeless applications which might otherwise clog the system. On the other hand, the judges must be seen to be even handed in their approach. If confidence in the system were to be lost, renewed applications to the full Court of Appeal after refusal of leave by the single judge might overwhelm that court.

Recent statistics

7. This sifting process excludes large numbers of potential appellants. In 1992, there were 14,661 persons convicted at the Crown Court after a not guilty plea. In the same year, 1,552 who had applications for leave to appeal against conviction considered by the single judge. Of these, 514 (33%) had

their applications granted, 1,022 (66%) had their applications rejected, and 16 (1%) had their applications referred to the full Court of Appeal. Of those rejected by the single judge, 406 (or 40%) renewed their application to the full court and of these 50 (12%) were granted leave by the full court. This means that, of those applying for leave, 36% were granted it and 64% were refused it. Of the 669 appeals against conviction heard by the full court 299 (45%) succeeded. The overall picture, therefore, is that few defendants seek to appeal against conviction and of those who do, few are granted leave to appeal. But the success rate of those whose appeal reaches the full court is relatively high.

Time spent in custody pending appeal

8. The time during which an appellant is in custody pending the determination of his appeal is reckoned as part of any sentence to which he is for the time being subject, unless the single judge or the Court of Appeal gives a contrary direction. Such a direction that time pending appeal shall be lost may not be given where (a) leave to appeal has been granted; or (b) the trial judge has granted a certificate that the case is fit for appeal against conviction; or (c) the case has become an appeal on a reference by the Secretary of State for Home affairs. The object of directions that time during which an appellant is in custody shall not count towards sentence is not so much to penalise appellants as to deter hopeless applications which inevitably delay those which are more deserving. In practice, the power is rarely used, the maximum when it is used being 28 days.

Conclusion

9. Given the volume of business in the Court of Appeal Criminal Division, the court as presently manned would not be able to cope were it not for the contribution in the filtering process of the single judges.

II. Appeals to the House of Lords from the Court of Appeal Criminal Division

The present system

10. An appeal lies to the House of Lords, at the instance of the defendant or the prosecutor, from any decision of the Court of Appeal on an appeal against conviction or sentence. The appeal lies only with the leave of the Court of Appeal or the House of Lords. Leave will not be granted unless it

is certified by the Court of Appeal that a point of law of general public importance is involved in its decision and it appears to the Court of Appeal or the House of Lords (as the case may be) that the point is one which ought to be considered by the House of Lords. Application to the Court of Appeal for leave to appeal to the House of Lords must be made within 14 days beginning with the date of the decision of the court; and an application to the House of Lords for leave must be made within 14 days from the date on which the application for leave was refused by the Court of Appeal. The House of Lords or the Court of Appeal may, upon application made at any time by the defendant, extend the time within which an application may be made.

11. The single judge has the power, as does the Court of Appeal, to extend the time for making an application for leave to appeal; to make an order for or in relation to bail, and to give leave for a person to be present at the hearing of any proceedings preliminary or incidental to an appeal. Where any such applications are refused by the single judge, the applicant is entitled to have the applications determined by the Court of Appeal.

12. It will be seen that unless and until the Court of Appeal certifies that a point of law of general public importance is involved in its decision, no consideration can be given to an appeal to the House of Lords. The Court of Appeal may certify the point of law of general public importance but refuse leave to appeal, leaving the appellant subsequently to apply to the House of Lords for leave.

Conclusion

13. It has been questioned whether the requirement of a certificate from the Court of Appeal Criminal Division before a case can be considered by the House of Lords should be abolished. It has also been argued that while there should be a need to show that a point of law of general public importance is worthy of consideration, the House of Lords might also be asked to consider the point and to grant leave, after refusal to certify by the Court of Appeal Criminal Division. Whatever the merits of these suggestions, it is clear that there should be a filter on cases reaching the final appellate Court. Very few cases proceed from the Court of Appeal Criminal Division to the House of Lords. In 1991, only 5 appeals were presented with a further 2 pending at the beginning of that year.

CIVIL PROCEEDINGS

I. Appeals to the Court of Appeal (Civil Division)

14. In some civil cases there is an appeal to the Court of Appeal as of right; in others appeal lies only if leave to appeal is granted, in certain cases any appeal is confined to questions of law, and in a few types of case there is no appeal at all. (To avoid unnecessary repetition the expression the “court below” will be used to cover cases where the decision sought to be appealed was made by a tribunal, as well as cases where it was made by a court).

(A) Cases where leave to appeal is required

15. The following are the principal categories of case where a party cannot appeal to the Court of Appeal in a civil case unless leave to appeal is granted :

- (1) Appeals against pre-trial decisions on procedural matters (eg grant or refusal of leave to amend pleadings, pre-trial directions, striking out an action for want of prosecution or because it discloses no cause of action), and interim orders (eg *interim injunctions).
- (2) Appeals against orders made with the consent of the parties.
- (3) Appeals relating to costs only.
- (4) Appeals against orders made by a county court judge acting in an appellate capacity (eg on an appeal from a district judge to the country court judge).
- (5) Appeals against orders made at the trial of actions in the county court where the value of the claim does not exceed £5,000.
- (6) *Appeal against orders granting or refusing summary judgment under Order 14 of the Rules of the Supreme Court (Order 14 enables a plaintiff to apply for speedy judgment without any full trial in cases where the defendant has no arguable defence to the claim).
- (7) *Appeals against final orders made in judicial review proceedings, other than matters concerning immigration. (Judicial review is a remedy in the sphere of public law. It can be used in certain circumstances to challenge decisions of a public law character (eg decisions made by central or local government bodies or officials, inferior courts and tribunals, and other bodies or individuals carrying out functions of a public law nature).
- (8) *Appeals against the grant or refusal of possession of land (eg a landlord seeking possession against his tenant for failure to

comply with the terms of the tenancy, or a mortgagee claiming possession of the mortgaged property because of arrears in the payment of sums due under the mortgage).

- (9) Appeals against decisions of certain Tribunals which are tribunals of second instance, such as : the Employment Appeal Tribunal (which hears appeals from decisions of local industrial tribunals on claims for unfair dismissal, discrimination in the sphere of employment, and certain other areas of employment law), the Social Security Commissioners (vid. infra), and the Immigration Appeals Tribunal (which hears appeals from adjudicators in certain types of immigration cases).
- (10) Various specific categories of civil matters where a requirement of leave to appeal is imposed by legislation dealing with that type of case (eg the insolvency legislation imposes a requirement of leave to appeal in bankruptcy matters).

(The ones marked * are new heads of leave to appeal which have only recently been added: vid. infra.)

Which court can grant leave to appeal ?

16. The position now is that, in a cases where leave to appeal to the Court of Appeal is required, leave can be granted either by the court below or by the Court of Appeal. Until very recently, in the case of appeals against consent orders, and appeals relating to costs only, leave to appeal could only be granted by the court below. It was felt that having the court below acting as the final arbiter of whether there should be an appeal to the Court of Appeal was unfair. Accordingly, by virtue of amendments made last year, that restriction was removed with effect from 1 October 1993.

The role of the single judge of the Court of Appeal

17. Since 1981 a single judge of the Court of Appeal has had Jurisdiction to hear and determine applications for leave to appeal to the Court of Appeal. Since 1989 there have been procedural rules which enable the single judge to determine an application for leave to appeal initially on paper without a hearing. If leave to appeal is refused on paper, the intending appellant can renew the application at a hearing in open court. If leave to appeal is granted on paper, the respondent to the appeal can apply at a hearing in open court for the grant of leave to appeal to be rescinded or for the terms on which it is granted to be varied. Applications which have been refused on paper are

assessment to tax, and appeals from the Employment Appeal Tribunal, the Social Security Commissioners, and the Immigration Appeals Tribunal.

(C) No Appeal to the Court of Appeal

26. Most of the instances where appeal to the Court of Appeal is precluded altogether are narrow categories of case of no general significance. Only two merit mention in this paper.

(i) Academic Appeals

27. Generally the Court of Appeal will not hear appeals which are at the outset, or subsequently become, academic. Save in exceptional circumstances, the appellate courts will only hear appeals where there are still live issues between the parties.

(ii) Cases where leave to appeal to the court below has been refused

28. Where leave to appeal to the court below is required, no appeal lies against a refusal by the court below to grant such leave. For example, the Social Security Commissioners are a tribunal of second instance dealing with appeals against decisions of local tribunals of first instance relating to entitlement to state welfare benefits. By statute appeal lies to the Social Security Commissioners only with the leave of the Commissioners. If leave to appeal to the Social Security Commissioners is refused no appeal lies to the Court of Appeal against that decision. The thinking behind this rule is that leave to appeal to the court below, where it is a court of second (or higher) instance, is intended to act as a “filter” and the object of that is defeated if there is an appeal against the operation of the filter. This rule does not apply to cases where there is a refusal of leave to appeal from the court below. Thus, if the Social Security Commissioners, having granted leave to appeal to themselves and determined the appeal, then refuse leave to appeal to the Court of Appeal, the intending appellant can apply to the Court of Appeal for leave (*vid supra*).

II. Appeals from the Court of Appeal to the House of Lords

29. The judicial jurisdiction of the House of Lords is exercised by Appellate Committees comprising Lords of Appeal in Ordinary, under the overall presidency of the Lord Chancellor. The Lords of Appeal are generally appointed from the courts of appeal in the three parts of the

United Kingdom. The House of Lords is the court of ultimate resort in the United Kingdom.

30. Leave to appeal is required in all cases where a party wishes to appeal to the House of Lords against a decision of the Court of Appeal. Leave to appeal can be granted either by the Court of Appeal or the House of Lords. Leave to appeal to the House of Lords is not often granted by the Court of Appeal, with the result that it is normally the House of Lords which decides whether a case should be allowed to proceed that far.

31. There are certain types of case which cannot be appealed to the House of Lords at all. In particular, as in the case of the Court of Appeal, the House of Lords will not entertain academic appeals, and there is no appeal to the House of Lords against the refusal of leave to appeal to the Court of Appeal.

Paper by the Lord Chancellor's Department
of the United Kingdom

**COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN
COMMUNITIES**

*

**COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES
EUROPEENNES**

LA FONCTION DE SELECTION DES JURIDICTIONS SUPREMES*

INTRODUCTION: LE SURCROIT DE TRAVAIL DES JURIDICTIONS SUPREMES

1. L'existence d'un surcroît de travail

Aussi différentes que soient les juridictions suprêmes en ce qui concerne leurs tâches, leur structure et leurs procédures, il existe un phénomène général, aussi bien dans les Etats membres des Communautés que dans d'autres pays, auquel elles doivent faire face: une charge de travail toujours croissante. Comme le contentieux se multiplie aux niveaux inférieurs de la pyramide judiciaire, le nombre d'affaires dans lesquelles l'intervention des instances suprêmes est sollicitée va toujours en augmentant et tend à dépasser, souvent de loin, leur capacité à rendre, dans un délai raisonnable, des décisions fondées sur un examen approfondi des questions soulevées.

Les conséquences néfastes d'une telle surcharge chronique sont principalement de deux ordres. D'une part, les procédures sont prolongées, parfois d'une manière telle qu'aux yeux des justiciables leur lenteur devient indigne d'un Etat de droit. D'autre part, la surcharge contraint les juridictions suprêmes à un rythme de travail ne permettant plus une réflexion approfondie

* La présente note de recherche fut établie à la demande de Monsieur le Président Due et Monsieur le juge Moitinho de Almeida, dans le cadre de la préparation de la Conférence des Présidents et Procureurs généraux des Cours suprêmes des Communautés européennes.

sur les questions qu'elles doivent trancher. Cela risque de porter atteinte à la qualité même de leurs décisions, perturbant ainsi l'accomplissement de leur tâche essentielle d'orienter le développement de la jurisprudence et de sauvegarder son uniformité.

Comme les juridictions nationales, la Cour de justice des Communautés Européennes se voit également confrontée à un accroissement constant du contentieux qui a déjà produit des effets sur le plan de la durée des procédures. Le développement des Communautés, qu'il s'agisse de l'entrée en vigueur du marché unique, des nouvelles compétences découlant du traité de Maastricht ou de l'adhésion de nouveaux Etats membres, permet d'ores et déjà de prévoir que cette augmentation de la charge de travail s'accroîtra encore à l'avenir.

2. Mesures visant à résoudre les problèmes liés au surcroît de travail

Deux ordres de mesures visant à aider les juridictions suprêmes à maîtriser leur charge de travail ont été proposés ou mis en oeuvre dans différents systèmes juridiques. D'une part, il s'agit d'augmenter la capacité de l'organe juridictionnel à régler les affaires dont il est saisi; d'autre part, il s'agit de limiter, voire réduire, le nombre d'affaires qu'il doit trancher.

a) Mesures visant à augmenter la «capacité de décision»

Parmi les premières figure le renforcement des effectifs soit au niveau des juges, soit au niveau de leurs collaborateurs. Ensuite, la création de juridictions supplémentaires ¹ (inférieures ou spécialisées) a été envisagée ou réalisée dans plusieurs systèmes pour décharger la juridiction suprême d'une partie de son travail. Enfin, des mesures visant à alléger ou accélérer les procédures, notamment par le recours à des formations restreintes font augmenter le nombre d'affaires qu'une juridiction peut traiter.

Il semble cependant que ces mesures, même si elles ont pour effet d'accroître considérablement le nombre de décisions rendues, ne produisent souvent qu'un soulagement de courte durée. En effet, le flot toujours croissant du contentieux tend à absorber rapidement ces nouvelles capacités, de sorte que, pour en suivre le rythme, un accroissement sans limites du personnel des juridictions concernées serait nécessaire ².

¹ Par exemple: La création des cours d'appel fédérales aux Etats-Unis en 1891; la création du Tribunal de première instance des Communautés européennes en 1989.

² Cf. le Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 29 mai 1985 (ci-après: Message 1985), p. 3.

Par ailleurs, au delà d'un certain seuil, l'élargissement de l'organe juridictionnel suprême risque de rendre moins efficace l'accomplissement de sa mission. Le processus de décision risque de s'alourdir ³, et des divergences dans les décisions des différentes formations de jugement peuvent se produire. De même, la possibilité d'avoir recours à des collaborateurs est limitée dans la mesure où la fonction juridictionnelle doit demeurer la tâche des juges plutôt que d'être déléguée ⁴.

Enfin, l'augmentation du nombre de décisions rendues par une juridiction suprême ne signifie pas nécessairement un meilleur accomplissement de sa mission d'assurer l'application correcte et uniforme du droit ou son évolution sur les points importants. En effet, l'influence exercée par les décisions d'une haute juridiction tend à s'affaiblir lorsque celles-ci sont trop nombreuses et traitent trop souvent de questions de routine, dépourvues d'intérêt au-delà du cas d'espèce ⁵.

La ressource «capacité de décision de l'organe juridictionnel suprême» semble dès lors être limitée de par sa nature. Le nombre de personnes se trouvant «au sommet» de la pyramide d'un système juridictionnel ne peut pas être augmenté indéfiniment sans que le «sommet» perde son caractère même.

b) Mesures visant à réduire le nombre d'affaires à décider

Parmi les mesures visant à réduire le nombre d'affaires qu'une juridiction suprême a à connaître, il y a lieu de mentionner, en premier lieu, la restriction des possibilités de saisine comme par exemple l'exclusion de certaines catégories de litiges ou la fixation de seuils élevés pour la valeur du litige susceptible d'être porté devant l'instance suprême. Aussi stricte que soit une telle réglementation, elle n'empêche pas l'augmentation du nombre d'affaires qui répondent aux critères fixés. Tel est notamment le cas des seuils pécuniaires, dont les effets tendent à s'effacer au fur et à mesure de l'inflation et dont les adaptations traînent souvent longtemps derrière les réalités économiques.

³ L'opinion, selon laquelle une formation de jugement de plus de 9 juges rencontre des difficultés, s'est opposée avec succès à l'élargissement de la Cour Suprême des Etats-Unis au-delà de ce nombre. Cf. également *Everling*, *Justiz im Europa von morgen*, *Deutsche Richterzeitung* 1993, pp. 5 ss., 6.

⁴ Pour une évaluation critique du rôle des collaborateurs des juges et des effets de leur nombre croissant sur la manière de travailler des juges et sur la qualité de leurs arrêts voir *Posner*, *The Federal Courts, Crisis and Reform*, 1985, pp. 102-118.

⁵ Cf. *Tunc*, *La Cour Suprême idéale*, *Revue internationale de droit comparé*, 1978, pp. 433 ss, 441 ss.

D'autres mesures ont pour objet de décourager plutôt que d'exclure la saisine des hautes juridictions et d'écarter ainsi les saisines qui manquent de sérieux. Parmi celles-ci, on peut mentionner l'introduction de la représentation obligatoire par un avocat auprès de ces juridictions, ainsi que l'imposition de frais à caractère punitif en cas de saisine abusive. Il semble toutefois que l'effet dissuasif de ces mesures soit négligeable ⁶.

Enfin, on peut investir les juridictions elles-mêmes du pouvoir de limiter l'accès aux instances suprêmes en effectuant une sélection des affaires qui méritent d'être décidées par ces dernières. L'efficacité d'un tel pouvoir de sélection, pour créer une balance entre le nombre d'affaires à trancher et la «capacité de décision» disponible, dépendra de l'étendue de ce pouvoir et des conditions dans lesquelles il est exercé.

Parmi les différents mécanismes de sélection qui peuvent exister, deux retiendront plus particulièrement notre attention:

- les mécanismes permettant une appréciation de l'opportunité d'une saisine de la juridiction concernée;
- les mécanismes de «filtrage» visant à écarter, souvent liminairement, dans une procédure allégée ou confiée à une formation restreinte, les affaires dans lesquelles les conditions de saisine de la juridiction concernée ne sont pas réunies.

Nous examinerons, dans une première partie, les différentes possibilités de sélection qui existent dans certains droits nationaux, les avantages et inconvénients de ces systèmes et les expériences pratiques réalisées dans certains ordres juridiques où un tel pouvoir de sélection existe. Dans une seconde partie, nous discuterons dans quelle mesure des mécanismes de sélection pourraient être mis en oeuvre pour alléger la charge de travail de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

PREMIERE PARTIE: MECANISMES DE SELECTION EXISTANT DANS DIFFERENTS SYSTEMES NATIONAUX

1. Eléments descriptifs

Un pouvoir d'appréciation permettant de contrôler l'accès aux juridictions suprêmes existe, par exemple, aux Etats-Unis, au Royaume-

⁶ Cf., p. ex., pour la Cour constitutionnelle allemande *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 1991, § 12 Rdnr. 8, et pour la Cour Suprême des Etats Unis *Perry*, *Deciding to Decide*, *Agenda Setting in the United States Supreme Court*, 1991, p. 226.

Uni, en Suède et, plus limitativement, en Allemagne. En revanche, dans la plupart des Etats membres des Communautés, ainsi que, par exemple, en Suisse, les juridictions ne jouissent pas d'un tel pouvoir. Les seuls mécanismes de sélection qui peuvent être mis en oeuvre dans ces systèmes sont donc, à l'heure actuelle, ceux ayant trait à l'examen des conditions de saisine.

a) Les mécanismes permettant un examen de l'opportunité de la saisine de la juridiction suprême

Les mécanismes qui confèrent aux juridictions un pouvoir d'appréciation pour limiter l'accès aux juridictions suprêmes ont le plus souvent été introduits progressivement, face à des situations de surcharge dramatiques. Limités initialement à certaines catégories d'affaires, leur champ d'application s'est successivement élargi, sous la pression de la charge de travail, pour couvrir finalement une partie considérable du contentieux. Un développement parallèle, tendant à permettre aux juridictions une pratique d'admission de plus en plus restrictive, peut être observé en ce qui concerne les critères de sélection.

Les différents systèmes de sélection peuvent être analysés notamment sous deux aspects. D'une part, l'autorité responsable de la sélection n'est pas toujours la même. Cette fonction peut être exercée par la juridiction suprême elle-même ou bien par une juridiction inférieure. D'autre part, l'étendue du pouvoir de sélection est variable. Elle varie entre une très grande liberté, dont jouissent certaines Cours suprêmes, notamment celle des Etats-Unis, pour décider de l'opportunité de trancher une affaire, et l'obligation de respecter des critères légalement établis comme elle existe, par exemple, en Allemagne et en Suède.

aa) L'attribution du pouvoir de sélection

Aux Etats-Unis, le pouvoir de sélection a été attribué à la juridiction suprême elle-même. De tels exemples se retrouvent également en Suède et en Allemagne, où il en va ainsi notamment la Cour constitutionnelle.

En revanche, le juge *a quo* est compétent pour autoriser la saisine de l'instance suprême, par exemple au Royaume-Uni, au Canada, et, dans le cas de certaines juridictions suprêmes non-constitutionnelles, en Allemagne. Les juridictions suprêmes sont normalement liées par une telle autorisation. En revanche, elles peuvent souvent réexaminer les décisions de refus des juridictions inférieures et choisir de décider des affaires dans lesquelles le juge *a quo* n'avait pas autorisé leur saisine.

bb) Les critères de sélection

Parmi les critères qui régissent l'exercice du pouvoir de sélection, on peut constater un nombre de points communs existant aussi bien dans les systèmes dans lesquels le législateur a défini les éléments dont les juridictions doivent tenir compte pour sélectionner les affaires à décider, comme en Allemagne et en Suède, que dans les systèmes où les juridictions disposent d'un large pouvoir discrétionnaire, comme aux Etats-Unis⁷ et au Royaume-Uni⁸.

Evidemment, l'importance de principe d'une affaire joue un rôle primordial à cet égard. Ainsi, les lois de procédure allemandes obligent les juridictions d'appel à autoriser un pourvoi lorsque l'affaire est d'une «importance fondamentale»⁹. La Cour suprême suédoise peut également accepter sa saisine si l'examen de l'affaire est important pour orienter l'application du droit¹⁰. Au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, le fait qu'une affaire ne pose pas de question de principe et que la solution dépend des faits de l'espèce compte parmi les raisons pour l'écarter¹¹.

La responsabilité d'assurer l'interprétation et l'application uniforme du droit, qui revient aux juridictions suprêmes, implique que le risque ou l'existence de conflits entre les décisions des juridictions inférieures sur une question a une influence importante sur leur saisine. Cette influence, qui existe à plus forte raison lorsque la juridiction inférieure s'est écartée de la jurisprudence de l'instance suprême, est reconnue, par exemple, dans le règlement de procédure de la Cour Suprême des Etats-Unis, qui mentionne de tels conflits parmi les raisons susceptibles d'être prises en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire¹².

⁷ La Cour Suprême donne quelques indications dans son règlement de procédure, mais prend soin de souligner que ces éléments ne sont ni contraignants ni exhaustifs. Cependant, l'exercice de son pouvoir discrétionnaire a fait l'objet de nombreuses études, aussi bien juridiques que sous l'angle des sciences politiques, qui permettent de dégager certains critères qui semblent avoir guidé les décisions.

⁸ Il existe peu d'indications sur les critères régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la House of Lords. Cf. cependant les *obiter dicta* de Lord Roskill dans *Wilson v. Colchester Justices*, [1985] 2 All E.R. pp. 97 ss., 100.

⁹ Cf., p. ex., l'article 132 de la loi de procédure des juridictions administratives (*Verwaltungsgerichtsordnung*).

¹⁰ Code de procédure (*Rättegångs Balk*) Chapitre 54, article 10; cf. *Dufwa*, *La Cour Suprême de Suède*, *Revue internationale de droit comparé* 1978, pp. 171 ss., 175.

¹¹ Cf. pour le Royaume Uni l'arrêt *Wilson v. Colchester Justices*, précité, [1985] 2 All E.R., pp. 97 ss; pour les Etats-Unis *Perry*, op. cit., p. 223.

¹² Supreme Court Rules, 1990 Revisions, Rule 10.

L'appréciation peut également être influencée par la probabilité que l'instance inférieure a commis une erreur et par la gravité potentielle de celle-ci ¹³. Ainsi, le fait que la décision attaquée soit atteinte d'un vice de procédure ou de fond particulièrement grave constitue pour la Cour Suprême suédoise un motif exceptionnel pour autoriser sa saisine ¹⁴. Cependant, le refus de l'autorisation de saisine ne doit pas être interprété dans le sens d'une approbation, par la juridiction suprême, de la décision de l'instance inférieure ¹⁵.

Une fois l'importance de l'affaire constatée, la Cour Suprême des Etats-Unis se pose la question de savoir si le moment est opportun pour se prononcer ou s'il est préférable d'attendre une autre occasion. En effet, il est généralement accepté que la Cour Suprême ne devrait pas se prononcer sur une nouvelle question de principe dès que celle-ci se pose pour la première fois, mais devrait plutôt permettre aux juridictions inférieures d'essayer de la résoudre, même si cela implique des solutions divergentes pendant une certaine période. Ce n'est qu'après une période d'essai des différentes solutions dans des situations de fait différentes, et lorsque les juridictions inférieures ne se sont pas alignées sur une de ces solutions, que la Cour Suprême intervient pour résoudre alors définitivement le problème en mettant à profit les expériences faites par les autres juridictions. La doctrine attribuée à ce phénomène, dit de «percolation», a une très grande importance ¹⁶. Certes, cette règle n'est pas absolue, et la Cour Suprême peut être amenée à intervenir dès la première apparition d'une question, lorsque celle-ci met en cause l'ordre constitutionnel lui-même ¹⁷ ou lorsque un jugement est entaché d'irrégularités ou d'erreurs trop graves pour être tolérées même temporairement.

Un autre aspect de cette même question est celui de savoir si les faits d'une affaire concrète se prêtent à un arrêt de principe capable de résoudre,

¹³ Ce critère est prévu par les législations allemande et suédoise; il influence parfois également le processus de décision de la Cour Suprême des Etats-Unis cf. *Perry*, op. cit., pp. 265 ss.

¹⁴ Code de procédure (Rättegångs Balk) Chapitre 54, article 10. Cf., également, U.S. Supreme Court Rules, 1990 Revisions, Rule 10 1 (a): «When a United States Court of Appeals (...) has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's power of supervision».

¹⁵ *Wilson v. Colchester Justices*, précité, [1985] 2 All E.R. pp. 97 ss.

¹⁶ Cf., p. ex., *Estreicher et Sexton*, *Redefining the Supreme Court's Role*, 1986, pp. 47 ss.

¹⁷ Comme, p. ex., lorsque une juridiction d'un Etat fédéré des Etats-Unis considère comme inconstitutionnelle une loi fédérale, mettant ainsi en cause la répartition des pouvoirs entre la fédération et les Etats fédérés. Cf. *Estreicher et Sexton*, op. cit., pp. 52 s.

une fois pour toutes, le problème soulevé¹⁸. Cet aspect est particulièrement important pour des juridictions de la Common Law, dont les arrêts lient les juridictions inférieures pour des affaires futures. Ainsi, une juridiction peut attendre d'être saisie d'une affaire lui permettant d'établir, sans équivoque, les règles que les juridictions inférieures doivent appliquer et, entre-temps, refuser de trancher d'autres affaires dont les faits ne permettent pas d'atteindre le même résultat.

En revanche, pour les juridictions dont les critères de saisine ont été fixés par le législateur, une appréciation de ces deux derniers éléments semble exclue.

Enfin, parmi les éléments susceptibles de conditionner l'existence d'un pouvoir d'appréciation en matière de saisine et susceptibles d'influencer l'exercice de ce pouvoir, il y a encore lieu de mentionner l'enjeu pour la personne qui veut saisir la juridiction¹⁹. Cet enjeu peut être représenté soit par l'importance financière de l'affaire, soit par d'autres désavantages graves, tels que ceux inhérents aux procédures pénales par exemple.

b) Procédures visant à vérifier si les conditions de saisine sont remplies

aa) Généralités

Lorsqu'il n'existe pas de pouvoir d'appréciation permettant de limiter l'accès aux juridictions suprêmes selon des considérations d'opportunité, c'est par l'application des conditions légales de leur saisine que le flux du contentieux, qui leur est soumis, peut être endigué dans une certaine mesure.

Cette vérification des conditions de saisine est effectuée, en général, par la juridiction suprême elle-même. Souvent, elle est confiée à une formation restreinte qui décide à titre liminaire et dans une procédure simplifiée. Parfois, le juge *a quo* intervient dans l'examen de la recevabilité des pourvois, comme en Espagne et au Portugal.

L'examen porte dans ce cas sur les conditions de saisine telles qu'elles ont été définies par le législateur. Il s'agit donc, d'abord, des règles concernant les compétences de la juridiction suprême, notamment les catégories de litiges dont elle peut être saisie, ainsi que des conditions procédurales de recevabilité de l'affaire.

¹⁸ Cf., p. ex., *Wilson v. Colchester Justices*, précité, [1985] All E.R. 97.

¹⁹ Ainsi, la proposition récente visant à modifier la loi sur la Cour constitutionnelle allemande en vue de restreindre l'admission des saisines par les particuliers prévoit qu'une affaire sera traitée lorsque le refus de s'en saisir résulterait en un préjudice particulièrement grave pour le requérant; Bundestagsdrucksache 12/3628, du 5 novembre 1992, p. 5.

Des considérations relatives au fond peuvent également intervenir, comme devant le Conseil d'Etat français, où une commission d'admission des pourvois peut les rejeter pour absence de moyen sérieux. De même, en Espagne, la Cour constitutionnelle et le Tribunal Supremo peuvent rejeter comme irrecevables des recours ou pourvois lorsqu'ils sont manifestement dépourvus de fondement ou lorsque des recours ou pourvois substantiellement identiques ont déjà été rejetés dans le passé.

bb) Particularités des renvois préjudiciels visant au contrôle de la constitutionnalité des lois

La vérification des conditions de saisine joue un rôle important notamment pour les renvois préjudiciels visant au contrôle de constitutionnalité des lois dont peuvent être saisies les Cours constitutionnelles allemande, espagnole, italienne et autrichienne par les autres juridictions.

Ces renvois n'étant pas facultatifs, le juge *a quo* examine d'abord l'existence d'une obligation de renvoi dans son chef. Ses constatations sont ensuite vérifiées dans le cadre de l'examen de recevabilité du renvoi par la juridiction constitutionnelle, examen qui paraît particulièrement strict en Allemagne. La motivation de l'ordonnance de renvoi joue un rôle essentiel aux fins de cette vérification qui porte, d'une part, sur l'existence d'une question constitutionnelle susceptible d'être renvoyée et, d'autre part, sur la pertinence de la question pour le litige au principal.

En Espagne, Italie et Autriche, des doutes sur la constitutionnalité d'une norme suffisent pour engendrer l'obligation de renvoi. En Espagne, le juge *a quo* doit alors préciser la disposition qui a fait naître des doutes quant à sa constitutionnalité ainsi que la disposition de la Constitution qui lui paraît méconnue. En Italie, le renvoi est irrecevable lorsque les doutes quant à la constitutionnalité sont «manifestement non fondés»; en Espagne, des renvois notoirement non fondés peuvent également être rejetés liminairement. En Allemagne, le renvoi présuppose que le juge *a quo* soit lui-même convaincu de l'inconstitutionnalité de la norme. Cette différence se reflète au niveau du contenu de l'ordonnance de renvoi exigé par la Cour constitutionnelle: le juge *a quo* doit exposer de façon exhaustive l'argumentation de droit constitutionnel sur laquelle il fonde sa conviction, et l'ordonnance doit faire apparaître qu'il a pris en considération la jurisprudence et la doctrine relatives à l'interprétation de la loi en cause²⁰. Des renvois qui ne sont pas suffisamment motivés à cet égard sont rejetés comme irrecevables.

²⁰ Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 3 novembre 1987, BVerfGE 77, pp. 259 ss., 261.

Quant à la pertinence de la question constitutionnelle, il doit ressortir de l'ordonnance de renvoi que l'issue du procès au principal dépend de la validité de la disposition concernée ²¹, en général sans qu'il soit nécessaire de consulter le dossier de l'affaire pour le vérifier²². La Cour constitutionnelle allemande exige que l'ordonnance fasse apparaître clairement que le tribunal de renvoi jugerait de l'affaire de manière différente en cas de validité ou d'invalidité de la loi en cause, et comment il motiverait l'une ou l'autre solution. Lorsque cette motivation est manifestement erronée, le renvoi est déclaré irrecevable. La Cour constitutionnelle italienne est moins stricte et renvoie, en cas de doute, le dossier au juge du procès au principal pour lui donner l'occasion de compléter ses développements. L'examen de la pertinence peut également inclure la question de savoir s'il existe d'autres moyens permettant au juge *a quo* de résoudre le problème, tels que l'interprétation de la disposition en cause ou bien le fait qu'elle soit contraire au droit communautaire. En outre, les mesures d'instruction dont le résultat pourrait affecter la pertinence de la disposition mise en cause doivent être exécutées avant le renvoi ²³.

2. Expériences et commentaires

a) *Efficacité*

Parmi les différents mécanismes de sélection, les plus efficaces sont ceux qui, comme notamment la procédure de «certiorari» américaine, accordent à la juridiction suprême un pouvoir discrétionnaire pour déterminer elle-même les affaires qui méritent d'être jugées par elle. La mesure dans laquelle de tels mécanismes permettent de maîtriser la charge de travail dépend de leur champ d'application, à savoir s'il subsiste des domaines de compétence où l'organe juridictionnel n'aurait pas une telle discrétion.

L'efficacité de la sélection est également influencée par les critères qui régissent l'exercice du pouvoir d'appréciation, et par l'interprétation plus ou moins restrictive que leur donne la juridiction concernée.

Par ailleurs, il ne faut pas négliger la charge de travail créée par la sélection elle-même. Ainsi, les juges de la Cour Suprême des Etats-Unis

²¹ Tel est le cas en droit allemand et en droit espagnol. En Autriche, seule l'absence manifeste de pertinence rend irrecevable un renvoi.

²² Exceptionnellement, la Cour constitutionnelle italienne vérifie cependant la pertinence par l'examen du dossier, cf. *Paladin*, *Diritto costituzionale*, 1991, p. 725.

²³ Tel est notamment le cas en droit allemand, cf. *Bundesverfassungsgericht*, ordonnance du 14 juillet 1981, *BVerfGE* 58, pp. 153. De même, en droit espagnol l'instruction de l'affaire au principal doit être close.

examen chaque année plusieurs milliers d'affaires pour n'en retenir qu'environ 150.

Certes, cette charge est susceptible d'être allégée lorsque la sélection est confiée au juge *a quo*. Ceci risque cependant de produire d'autres désavantages: d'une part, la juridiction suprême pourrait être envahie de saisines autorisées par des juges *a quo* trop «généreux»; d'autre part, afin d'éviter les conséquences d'une pratique trop restrictive adoptée par le juge *a quo*, il peut être nécessaire que la juridiction suprême contrôle les décisions de refus de saisine.

Indépendamment de ces inconvénients, l'élargissement progressif du champ d'application des mécanismes comportant un pouvoir d'appréciation démontre que ces mécanismes ont donné satisfaction et que ce pouvoir d'appréciation est perçu comme étant probablement, à la longue, le seul mécanisme susceptible d'assurer un contrôle «parfait» de la charge de travail.

Les chiffres démontrent cependant que le contrôle des conditions légales de la saisine d'une juridiction suprême permet également d'écartier liminairement un pourcentage considérable d'affaires²⁴. L'effet que peut produire le contrôle de ces conditions sur la charge de travail dépend essentiellement de leur contenu plus ou moins restrictif. Il est notamment plus grand lorsqu'une appréciation sommaire du fond permet d'écartier un grand nombre d'affaires. Par ailleurs, le contrôle des conditions de saisine paraît particulièrement efficace lorsqu'il a lieu dans une procédure allégée, devant une formation restreinte de la juridiction suprême. De bonnes expériences ont été faites avec des mécanismes de cette nature notamment lorsqu'il s'agissait d'un contentieux introduit par les particuliers sans trop d'instances préalables, comme dans le cas des recours individuels devant les juridictions constitutionnelles allemande et espagnole.

b) Appréciation des avantages et inconvénients des procédures de sélection

La nécessité de prendre des mesures pour résoudre le problème de la charge de travail des juridictions suprêmes étant généralement reconnue, la discussion relative aux avantages et désavantages des différents mécanismes de sélection vise surtout la question de savoir s'il est acceptable, voire souhaitable, d'investir les juridictions d'un pouvoir d'appréciation en la matière.

²⁴ Ce pourcentage s'élève, par exemple, à environ 90 % à la Cour constitutionnelle espagnole.

Les défenseurs d'un pouvoir discrétionnaire soulignent que celui-ci permet aux juridictions suprêmes de se concentrer sur leurs fonctions essentielles. Parmi celles-ci figurent - avec des divergences dépendant de la structure des différents systèmes juridictionnels - celle de sauvegarder le respect de l'ordre constitutionnel ²⁵, celle d'assurer l'application correcte et uniforme du droit par les juridictions inférieures, et celle d'adapter le droit aux conditions sociales changeantes en tranchant des questions nouvelles qui présentent une importance fondamentale pour la société ²⁶. En revanche, la tâche de corriger des erreurs de juridictions inférieures dans des cas individuels est considérée comme secondaire ²⁷. Afin qu'une Cour suprême puisse bien remplir ses fonctions essentielles, il est indispensable qu'elle dispose d'un temps suffisant pour procéder à une étude approfondie des questions, un délibéré aussi long que nécessaire, et une rédaction soignée des décisions; ceci ne peut pas être réalisé dans une situation de surcharge chronique. La sélection discrétionnaire des affaires à trancher est donc nécessaire pour créer des conditions de travail convenables.

Les adversaires d'un pouvoir discrétionnaire de sélection s'y opposent surtout en raison de l'affaiblissement de la protection juridictionnelle des particuliers qu'il implique et critiquent le caractère arbitraire qu'une sélection discrétionnaire risque de revêtir ²⁸.

Dans cette discussion, deux conceptions quant au rôle des juridictions suprêmes s'opposent. Les représentants de l'une, qui a été qualifiée de «populaire» ²⁹, attendent des juridictions suprêmes qu'elles garantissent le respect du droit dans les cas individuels. Selon l'autre conception, plus «technique», leur mission essentielle consiste à orienter et développer la jurisprudence et à sauvegarder l'unité de l'application du droit. Evidemment, les partisans des deux théories ne prétendent pas que ces deux fonctions soient mutuellement exclusives; leurs positions se distinguent cependant sur le point de savoir dans quelle mesure une juridiction suprême peut refuser de corriger des erreurs dans des cas individuels afin de consacrer à sa fonction

²⁵ Tel est notamment le cas de la Cour Suprême des Etats-Unis.

²⁶ Pour ces deux dernières, cf. *Tunc, op. cit.*, Revue internationale de droit comparé, 1978, pp. 435 ss.

²⁷ *Tunc, op. cit.*, p. 437.

²⁸ Par exemple, en Allemagne: *Zuck, Der Zugang zum BVerfG: Was läßt das 5. Änderungsgesetz zum Gesetz über das BVerfG von der Verfassungsbeschwerde noch übrig? Neue Juristische Wochenschrift* 1993, p. 2646; en Autriche: *Weber, Fragen zum verfassungsgerichtlichen Beschwerderecht, Anwaltsblatt* 1991, p. 353.

²⁹ *Bengtsson, Ändringsdispens och prejudikatdispens dans: Högsta domsmakten i Sverige under 200 år, Lund* 1990, p. 267 ss (résumé anglais pp. 289 s.)

directrice et unificatrice le temps nécessaire pour accomplir un travail de qualité.

Comme la structure des systèmes juridictionnels est différente, la perception des fonctions essentielles des juridictions suprêmes varie d'un système à l'autre, et, par conséquent, il en va de même de l'appréciation portée sur les procédures de sélection.

Ainsi, aux Etats-Unis, la nécessité et l'utilité du pouvoir d'appréciation sont unanimement acceptées. Il est considéré comme irréaliste de penser que la Cour Suprême pourrait assurer, en plus de son rôle qui est de maintenir l'ordre constitutionnel et l'unité du droit, la protection juridictionnelle des particuliers ou la correction des erreurs, même graves, des juridictions inférieures ou étatiques. Par ailleurs, il est souligné qu'une protection juridictionnelle de l'individu existe au niveau des deux instances de juridictions fédérales inférieures et au niveau des Etats fédérés où il existe souvent trois instances. Ainsi, l'extension du pouvoir discrétionnaire de «certiorari» à la quasi-totalité des recours susceptibles d'être portés devant cette Cour, intervenue en 1988, correspondait aux souhaits de la doctrine prépondérante ³⁰.

Certes, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de sélection donne parfois lieu à des critiques. Ainsi, il a été reproché à la Cour Suprême des Etats-Unis, d'une part, de ne pas l'exercer de façon suffisamment restrictive, s'encombrant ainsi d'un nombre d'affaires qui ne mériteraient pas son attention ³¹, et, d'autre part, d'avoir systématiquement esquivé certaines questions particulièrement épineuses ³². De même, on a évoqué le risque d'une sélection trop subjective, privilégiant certaines matières pour lesquelles les juges s'intéressent plus particulièrement ³³. Globalement, cependant, les résultats de la sélection sont considérés comme satisfaisants, et ces critiques ponctuelles n'ont pas suffi pour remettre en question le principe de la sélection.

Une approche similaire est suivie en Suède, où l'idée que le rôle de la Cour Suprême ne devrait être que celui de fixer des précédents jurisprudentiels ³⁴ a motivé les limitations successives apportées au droit de faire examiner un pourvoi.

³⁰ Cf., p. ex., *Wright/Miller/Cooper*, *Federal Practice and Procedure*, vol. 16, § 4003, p. 504.

³¹ *Estreicher et Sexton*, *red. op. cit.*, pp. 104 ss.

³² Cf. *Perry*, *red. op. cit.*, pp. 227 et 255 ss.

³³ Cf. les exemples donnés par *Perr*, *op. cit.*, pp. 226 ss.

³⁴ *Dufwa*, *op. cit.*, *Revue internationale de droit comparé* 1978, p. 175. Cette fonction a encore été renforcée lorsque la Cour Suprême suédoise a été investie, en 1989, de la faculté de se borner à décider les questions de droit soulevées par une affaire, sans en trancher le fond, cf. Code de procédure (*Rättegångs Balk*) Chapitre 54, article 11.

L'existence d'un pouvoir d'appréciation pour la sélection des affaires n'implique cependant pas nécessairement une définition aussi claire du rôle des juridictions suprêmes. Tel est le cas, par exemple, en Allemagne, où le recours des particuliers devant la Cour constitutionnelle, prévu par la constitution, implique des éléments de protection juridictionnelle qui s'opposent à l'existence d'un pouvoir de sélection entièrement discrétionnaire ³⁵. Un projet de loi récent ³⁶, visant à élargir le pouvoir d'appréciation de la Cour constitutionnelle quant à l'admission de ce recours en vue de permettre à cette dernière de se consacrer à l'essentiel et de «pondérer» son travail, est donc critiqué par une doctrine qui estime que la mission de la Cour constitutionnelle ne devrait pas être limitée à la seule tâche de faire évoluer le droit constitutionnel ³⁷.

Une discussion sur l'introduction de mécanismes de sélection discrétionnaires a été entamée dans certains droits qui n'acceptent pas, actuellement, de conférer un tel pouvoir aux juges. La question de savoir comment le rôle de la juridiction suprême doit être défini constitue l'élément central de cette discussion. Ainsi, un débat approfondi est mené à ce sujet aux Pays-Bas, dans le cadre duquel la question de savoir laquelle des fonctions de la juridiction suprême est la plus importante semble rester encore ouverte et devra, selon certains, être résolue par le législateur ³⁸. En France, quelques auteurs souhaiteraient privilégier la fonction de «dire le droit» sur celle consistant à régler des litiges à un troisième degré de juridiction ³⁹.

Relevons enfin que la conception «populaire» du rôle des juridictions suprêmes l'a emporté récemment en Suisse où le peuple a rejeté, par un référendum du 1.er avril 1990, une proposition du gouvernement visant à conférer au Tribunal fédéral un pouvoir d'appréciation en matière d'admission des recours ⁴⁰.

³⁵ Klein, *Konzentration durch Entlastung?*, Neue Juristische Wochenschrift 1993, 2074.

³⁶ Bundestagsdrucksache 12/3628, du 5 novembre 1992, précitée.

³⁷ Zuck, *op. cit.*, p. 2646.

³⁸ Cf., p. ex., *van Schaik*, *Cassatieverlof in 1997?*, *Ars Aequi* 1990, p. 138.

³⁹ *Oppetit*, *La résurgence du rescrit*, Recueil Dalloz Sirey 1991, *Chronique* p. 105 ss, 109; *Zenati*, *La saisine pour avis de la cour de cassation*, Recueil Dalloz Sirey 1992, *Chronique* pp. 248 ss.; en ce sens également *Tunc*, *op. cit.*, *Revue internationale de droit comparé* 1978, pp. 440 ss.

⁴⁰ Conseil fédéral Suisse, *Message concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire et de l'arrêté fédéral concernant l'augmentation temporaire du nombre des juges suppléants et des rédacteurs d'arrêts du Tribunal fédéral du 18 mars 1991*, p. 2.

DEUXIEME PARTIE: LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES ET LE PROBLEME DE LA SELECTION

1. La charge de travail de la Cour de justice et les mesures institutionnelles et procédurales pour l'alléger

a) La charge de travail

Pour décrire la charge de travail de la Cour de Justice, il convient de rappeler liminairement que les traités instituant les Communautés européennes lui ont confié des fonctions relevant de trois catégories: En premier lieu, il s'agit de tâches comparables à celles d'une Cour constitutionnelle, chargée de résoudre des conflits entre institutions et de veiller au respect de leurs compétences. En deuxième lieu, ce sont des fonctions d'une Cour Suprême, appelée à sauvegarder l'application correcte et uniforme du droit, et, en troisième lieu, elle a la mission d'assurer la protection juridictionnelle des particuliers contre les actes des institutions communautaires, mission que la Cour partage, depuis 1989, avec le Tribunal de première instance des Communautés ⁴¹.

En vue de remplir ces tâches, les traités ont investi la Cour de compétences relevant de deux grandes catégories. La première est celle des recours directs; elle concerne notamment les recours en manquement introduits par la Commission contre un Etat membre, ainsi que les recours en annulation et en carence qui peuvent être formés contre une institution communautaire par les Etats membres, d'autres institutions communautaires ou des personnes physiques ou morales ⁴². L'autre catégorie concerne la compétence pour statuer, à titre préjudiciel, donc à la demande d'une juridiction d'un Etat membre faite dans le cadre d'un litige pendant devant celle-ci, sur l'interprétation des traités et sur la validité ou l'interprétation des actes pris par les institutions communautaires.

Un bref rappel de quelques chiffres permettra d'évaluer le développement du nombre des saisines dans chacune des deux catégories:

Entre 1970 et 1980, le nombre total de saisines a augmenté d'environ 3 fois et demie (de 79 à 279). Le nombre de recours directs a pratiquement quadruplé (de 47 à 180); celui des demandes préjudicielles a triplé (de 32 à 99). En 1989, année de la création du Tribunal de première instance, le

⁴¹ Sur les différentes fonctions de la Cour cf. *Lenaerts*, Some reflections on the separation of Powers in the European Community, *Common Market Law Review* 1991, pp. 11 ss.

⁴² Les recours en indemnité prévus à l'art. 178 du traité CEE ainsi que les recours dans le domaine du personnel comptent également dans cette catégorie.

nombre de saisines était de 385 (dont 294 recours directs et 139 demandes préjudicielles). Depuis le début des années 1990, l'ensemble des saisines du juge communautaire (Cour et Tribunal) dépasse les 400 par an ⁴³; le nombre de demandes préjudicielles (en moyenne, un peu plus de 160 par an) aussi bien que le nombre des recours directs (en moyenne, environ 250 par an) portés devant le juge communautaire sont donc actuellement cinq fois plus élevés qu'en 1970.

Cette charge de travail ne peut que s'accroître dans l'avenir prévisible. Parmi les éléments susceptibles d'y contribuer, on peut mentionner, à titre d'exemples, les directives adoptées pour réaliser le marché intérieur, les nouvelles compétences que le traité de Maastricht a conféré à la Cour, le développement du droit communautaire à la suite de l'entrée en vigueur dudit traité, l'adhésion de nouveaux Etats membres qui est envisagée dans un avenir proche et l'adoption prévue du règlement sur la marque communautaire. Enfin, les juges et avocats dans les Etats membres acquièrent une meilleure connaissance du droit communautaire, ce qui contribue également à une augmentation des affaires portées devant la Cour.

Cet accroissement de la charge de travail a produit ses conséquences négatives notamment sur le plan de la durée des procédures. Celles-ci se sont en effet allongées, et ont dépassé, en 1992, deux ans pour les recours directs et un an et demi pour les procédures préjudicielles. Pour ces dernières cela est particulièrement néfaste, étant donné qu'elles s'insèrent dans une procédure pendante devant le juge national qui s'allonge en conséquence.

b) Développements sur le plan institutionnel

Pour ce qui est du développement de l'institution face à cet accroissement de sa charge de travail, on peut, certes, constater qu'elle s'est agrandie et en ce qui concerne le nombre de ses membres et en ce qui concerne son personnel. L'augmentation du nombre des juges et des avocats généraux, à la suite de l'adhésion successive de nouveaux Etats membres, n'a eu cependant que des effets limités sur la charge de travail ⁴⁴. Si l'augmentation du nombre des collaborateurs des membres a pu produire, à deux reprises, un allègement temporaire, une telle mesure n'est pas susceptible d'être répétée en fonction de l'augmentation du contentieux.

⁴³ Ces chiffres ne tiennent pas compte des nombreux recours en indemnité introduits dans le cadre du régime des quotas laitiers, qui ont porté à plus de 500 le nombre de saisines enregistrées dans les années 1992 et 1993.

⁴⁴ Cf. *Everling*, *Stand und Zukunftsperspektiven der Europäischen Gerichtsbarkeit*, Festschrift für Arved Deringer, 1993, pp. 40 ss., 44.

La Cour a également pris différentes mesures sur le plan de la procédure afin d'augmenter le nombre d'affaires qu'elle est en mesure de régler. A ce sujet, je me borne à renvoyer aux dernières modifications du règlement de procédure visant à simplifier et alléger les procédures ⁴⁵.

Le développement le plus important sur le plan des mesures institutionnelles visant à augmenter la «capacité de décision» de l'organe juridictionnel communautaire a été la création, en 1989, du Tribunal de première instance des Communautés européennes ⁴⁶ dont les compétences ont été élargies en été 1993 pour englober tous les recours directs formés par des personnes physiques et morales, à l'exception de ceux dirigés contre des mesures de défense commerciale ⁴⁷.

Si la création du Tribunal n'a pas, dans un premier temps, apporté un allègement plus important de la charge de travail de la Cour, cela était dû, notamment, à la définition trop restrictive de ses compétences. En raison du transfert des nouvelles compétences au Tribunal, la situation de la Cour sur le plan de la charge de travail pourrait devenir, dans un avenir proche, un peu moins dramatique que dans le passé récent. Cela dépendra évidemment du nombre de pourvois effectués contre les décisions du Tribunal dans les nouveaux domaines de compétence. En tout état de cause, ce soulagement ne nous dispense pas de nous préoccuper de l'augmentation de la charge de travail de la Cour prévisible à moyen et à long terme.

c) Perspectives d'avenir

Le traité de Maastricht permet de transférer au Tribunal la compétence pour statuer également sur d'autres catégories de recours directs, en réservant à la Cour la compétence exclusive pour connaître des questions préjudicielles. A l'avenir, le Tribunal pourra donc devenir compétent pour statuer également sur des recours introduits par les Etats membres et les institutions. Les catégories de recours susceptibles d'être ainsi transférés devront être choisies avec soin ⁴⁸.

⁴⁵ Pour les modifications plus récentes voir le règlement de procédure du 19 juin 1991, JO L 176, p. 6, et *Christianos et Picod*, Les modifications récentes du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes, Recueil Dalloz Sirey 1991, Chronique pp. 273 à 282. Pour des mesures antérieures cf. *Jung*, Änderungen der Verfahrensordnung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften, Europarecht 1980, pp. 372 ss.

⁴⁶ Décision du Conseil du 24 octobre 1988, JO L 319, p. 1.

⁴⁷ Décision du Conseil du 8 juin 1993, JO L 144, p. 21.

⁴⁸ *Everling*, op. cit., Festschrift Deringer, p. 50.

L'étendue et les effets d'un tel transfert ultérieur de compétences ne peuvent pas être évalués à présent. On peut cependant déjà constater que le poids relatif des demandes préjudicielles se fera de plus en plus sentir et constituera probablement, à l'avenir, la plus grande partie du contentieux devant la Cour.

Pour éviter que ce contentieux encombre la Cour au point de lui rendre impossible l'accomplissement de ses tâches essentielles, à savoir la sauvegarde de l'ordre juridique communautaire et l'interprétation et l'application uniforme du droit communautaire dans les Etats membres, différents modèles de solutions ont été proposés sur le plan institutionnel, telles que la création de juridictions spécialisées⁴⁹ ou une modification des traités pour permettre le transfert d'une partie des questions préjudicielles au Tribunal⁵⁰.

Une autre idée, d'une plus grande envergure sur le plan institutionnel, consiste à doter l'Union européenne d'une «nouvelle architecture judiciaire», présentée dans une étude préalable à la conférence intergouvernementale sur le traité de Maastricht⁵¹. Selon cette proposition, quatre cours communautaires régionales seraient créées pour juger notamment des questions préjudicielles posées par les juridictions inférieures des Etats membres appartenant à leur région⁵² et des recours directs des particuliers ayant un lien avec leur région. Un appel de leurs décisions à la Cour de justice serait envisagé, mais soumis à une procédure de sélection ayant pour critères l'importance de la question soulevée, l'existence d'une divergence entre la jurisprudence des Cours régionales ou une erreur manifeste de droit.

Si le dernier transfert de compétences au Tribunal a rendu ce projet obsolète pour ce qui est des recours directs, il pourrait conserver son intérêt pour ce qui est des questions préjudicielles. Une telle structure pourrait présenter deux avantages: une cour régionale serait plus familiarisée avec les conditions de vie et les systèmes juridiques des Etats membres de sa région et serait donc plus proche de la réalité des faits dans les affaires qui lui seraient soumises. En outre, les charges afférentes au multilinguisme pourraient se réduire étant donné que la langue de travail interne d'une telle Cour pourrait être plus souvent identique à la langue de procédure. Par

⁴⁹ *Koopmans*, *The Future of the Court of justice of the European Communities*, 1991 *European Law Review*, pp. 15 ss., 27.

⁵⁰ *Everling*, op. cit., *Festschrift Deringer*, p. 51; *Koopmans*, op. cit., p. 27.

⁵¹ *Jacqué et Weiler*, *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, *Revue trimestrielle de droit européen* 1990, pp. 441-456; Texte anglais dans *Common Market Law Review* 1990, pp. 185-207.

⁵² Les questions préjudicielles provenant des juridictions nationales suprêmes continueraient de relever de la compétence de la Cour.

ailleurs, on pourrait se demander si toutes les décisions d'une telle juridiction régionale devraient exister dans toutes les langues communautaires⁵³. Il ne faut cependant pas ignorer les inconvénients d'un tel modèle, parmi lesquels on dénombre notamment des délais supplémentaires, dans le cadre de la procédure préjudicielle, du fait d'une possibilité d'appel devant la Cour de justice envisagée contre les décisions de ces cours régionales⁵⁴.

Dans la perspective du prochain élargissement, certains auteurs se demandent, par ailleurs, si la Cour, après avoir été renforcée de plusieurs membres provenant des nouveaux Etats membres, peut encore maintenir une formation plénière unique ou si la création de deux «formations plénières» devient inévitable pour maintenir ces formations de jugement dans des dimensions raisonnables⁵⁵.

2. La possibilité d'introduire un mécanisme de sélection auprès de la Cour

A côté de ces réflexions sur des mesures visant à renforcer la capacité matérielle de la Cour pour faire face à sa surcharge de travail, il convient de s'interroger également sur des solutions plus juridiques, comme la possibilité de mettre en oeuvre des mécanismes de sélection pour mieux orienter l'utilisation des ressources de la Cour.

a) La distinction entre recours directs et procédures préjudicielles au regard d'un éventuel mécanisme de sélection

A cet égard, il convient de distinguer les recours directs des procédures préjudicielles. Les premiers relèvent de la compétence exclusive du juge communautaire. Il est évident que ces recours ne peuvent pas faire l'objet d'une sélection allant au-delà du contrôle de leur recevabilité aussi longtemps que la Cour sera la seule instance susceptible d'assurer une telle protection juridictionnelle. La création du Tribunal a modifié cette situation pour les recours émanant de particuliers, de sorte qu'une sélection au niveau des pourvois paraît envisageable. La possibilité de rejeter à tout moment les pourvois manifestement irrecevables ou manifestement non fondés constitue un pas dans cette direction⁵⁶. L'introduction d'une procédure d'admission proprement dite, fondée, par exemple, sur le critère de l'importance des

⁵³ Pour une traduction dans toutes les langues cependant *Jacqué et Weiler*, op. cit., p. 447.

⁵⁴ Cf. *Koopmans*, op. cit., p. 28.

⁵⁵ *Everling*, red. op. cit., Festschrift Deringer, p. 51.

⁵⁶ Article 119 du règlement de procédure.

questions juridiques soulevées par un pourvoi, nécessite une modification des traités. L'opportunité d'une telle solution devra être examinée à l'avenir. Pour évaluer l'étendue des effets qu'une telle procédure pourrait avoir sur la charge de travail de la Cour, il sera cependant nécessaire d'attendre le développement du nombre des pourvois à la suite du dernier transfert de compétences ⁵⁷.

Les demandes préjudicielles visant à l'interprétation ⁵⁸ du droit communautaire ne posent pas le problème d'un déni de justice en cas de sélection, étant donné que l'affaire au principal pourra toujours être tranchée par le juge national. Étant donné que les procédures préjudicielles constituent, après le dernier transfert de compétences au Tribunal, presque les deux tiers des affaires pendantes devant la Cour, la question de savoir si elles peuvent faire l'objet d'une sélection présente un intérêt certain.

Or, dans le système communautaire des renvois préjudiciels, une certaine fonction de sélection est déjà exercée par les juridictions nationales habilitées à poser des questions à la Cour. En effet, pour les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles de recours, la saisine de la Cour de justice est facultative, et ces juridictions peuvent apprécier l'opportunité du renvoi. De nombreuses décisions des juridictions nationales inférieures démontrent d'ailleurs le soin avec lequel ce pouvoir d'appréciation est exercé. Ainsi, il est souvent considéré comme utile d'établir les faits de l'affaire ou de trancher des points de droit national afin de déterminer si la solution du litige dépend de la question de droit communautaire susceptible d'être renvoyée. De même, le fait que le renvoi n'est pas indispensable parce qu'une instance supérieure pourrait l'effectuer est souvent mis en balance avec les avantages d'un renvoi fait assez tôt, tels que le gain de temps pour les parties et la possibilité d'éviter les frais d'appel.

Si la faculté de renvoyer des questions à la Cour devait être abolie pour ces juridictions, les conséquences en seraient, d'une part, que les juridictions suprêmes des États membres devraient être saisies d'affaires ne présentant pas de questions importantes de droit national et que les parties seraient contraintes à poursuivre leurs procès devant celles-ci, dans le seul but d'obtenir un renvoi devant la Cour. D'autre part, des questions importantes de droit communautaire ne seraient pas résolues lorsque les parties ne seraient pas en mesure de supporter les coûts additionnels pour les voir

⁵⁷ Dans le même sens *Koopmans*, op. cit., p. 30.

⁵⁸ Il en va autrement des demandes en appréciation de validité des actes des institutions, étant donné que les juridictions nationales ne peuvent pas constater elles-mêmes l'invalidité d'un tel acte, cf. l'arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, Rec. p. 4199.

clarifiées ⁵⁹. Dans le domaine de la convention de Bruxelles, où le droit de poser des questions préjudicielles est réservé aux juridictions d'appel, l'impossibilité de saisir la Cour a d'ailleurs déjà été regrettée par des juridictions de première instance ⁶⁰.

Si l'appréciation de l'opportunité du renvoi est donc appropriée pour les juridictions inférieures, l'article 177, al. 3, l'exclut pour les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. Celles-ci doivent se limiter à évaluer la pertinence de la question pour le litige en cause.

Serait-il utile de prévoir la possibilité, pour ces juridictions, de procéder à une sélection en matière de renvois préjudiciels et d'atténuer ou d'abolir leur obligation de renvoi? Les risques que présenterait une telle solution pour l'application uniforme du droit communautaire et pour la protection des droits dont il investit les particuliers sont évidents. Pour y parer, deux solutions pourraient être envisagées qui, cependant, présentent toutes les deux certains inconvénients.

D'une part, on pourrait s'inspirer par la procédure de «certiorari» américaine et imaginer un droit des particuliers de saisir la Cour pour faire valoir qu'une juridiction nationale, dont la décision est inattaquable sur le plan national, a méconnu le droit communautaire. Sur le plan des principes, il faut s'opposer à cette idée parce qu'elle méconnaît fondamentalement la nature des rapports entre la Cour de justice et les juridictions nationales. La Cour n'est pas une instance supérieure par rapport aux juridictions des Etats membres. L'article 177 a instauré une relation de coopération mutuelle entre partenaires égaux, chacun investi de responsabilités spécifiques et dont les rapports doivent être fondés sur un respect et une confiance mutuels ⁶¹. La possibilité d'un pourvoi contre la décision d'une juridiction nationale serait fondamentalement incompatible avec cette conception. Sur le plan pratique, l'ouverture d'un tel droit de recours aux particuliers risquerait par ailleurs de provoquer un nombre de saisines infiniment plus grand que celui qui pourrait être causé par les renvois préjudiciels des juridictions de dernière instance.

⁵⁹ Sur les inconvénients d'une abolition de la faculté de renvoyer des juridictions inférieures, cf. *Lenz*, *Firnis oder Rechtsgemeinschaft - Einschränkung des Vorlagerechts nach Art. 177 EWGV auf letztinstanzliche Gerichte?*, *Neue juristische Wochenschrift* 1993, pp. 2664-2665.

⁶⁰ *Landgericht Köln*, arrêt du 5 mai 1988, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1988, pp. 644 ss.

⁶¹ *Lord MacLenzie Stuart*, dans *Schenners e.a.* (éd.), *Article 177 EEC: Experiences and Problems*, 1987, p. 337.

L'autre possibilité serait celle d'introduire une procédure permettant aux autorités des Etats membres de demander une interprétation par la Cour lorsque des interprétations contradictoires d'une disposition de droit communautaire ont été données par les juridictions de différents Etats membres. Une telle procédure de «recours dans l'intérêt de la loi» est prévue dans le protocole d'interprétation de la convention de Bruxelles⁶², mais n'a encore jamais été utilisée. Or, s'il est vrai que son utilisation permettrait d'assurer l'interprétation uniforme du droit communautaire pour l'avenir en cas de conflit, sa mise en oeuvre dépend de la connaissance qu'ont les autorités rendues dans les autres Etats. Par ailleurs, elle ne permettrait ni de corriger une interprétation erronée du droit communautaire, aussi longtemps qu'il n'y a pas conflit entre juridictions ni de protéger les droits que les particuliers détiennent en vertu des traités.

Au stade actuel de l'intégration, l'attribution à toutes les juridictions nationales d'un pouvoir de sélection discrétionnaire quant aux renvois préjudiciels ne devrait donc pas être envisagée.

b) Mécanismes de sélection par la Cour

Etant donné qu'une sélection discrétionnaire, par le juge *a quo*, selon les critères d'importance et d'opportunité n'est pas appropriée dans le contexte communautaire, il convient d'examiner la possibilité d'un filtrage des renvois préjudiciels effectué par la Cour elle-même. A cet égard, deux aspects peuvent être distingués: d'une part, celui de l'examen, par la Cour, des conditions de sa propre saisine, et d'autre part, celui d'autres possibilités de sélection, comportant un élément d'appréciation plus important. La Cour s'est penchée sur ces questions et a chargé un groupe de travail de leur examen. Celui-ci a notamment proposé certaines orientations inspirées de l'idée d'un renforcement de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales.

aa) La jurisprudence récente de la Cour relative à l'examen des conditions de saisine

La Cour s'est souvent prononcée sur les conditions de sa propre saisine, notamment en réponse à des objections soulevées à l'encontre des demandes préjudicielles qui lui avaient été soumises dans les observations faites par les parties, les gouvernements des Etats membres ou la Commission, dans le cadre de la procédure préjudicielle. Cependant, les cas dans lesquels elle a

⁶² Article 4.

constaté qu'elle n'était pas valablement saisie ont été longtemps de rares exceptions.

Dans une jurisprudence récente, en revanche, la Cour a décidé à plusieurs reprises que les conditions de saisine n'étaient pas réunies, faisant apparaître ainsi une approche plus stricte. Conformément à cette jurisprudence récente, la motivation de la décision de renvoi a joué un rôle décisif pour le contrôle des conditions de saisine. A cet égard, trois aspects peuvent être distingués. En premier lieu, il s'agit du caractère suffisant des éléments contenus dans la décision de renvoi comme condition d'une saisine valable; en deuxième lieu, de la motivation comme élément du contrôle de la pertinence des questions, et en troisième lieu, de l'incidence de la motivation lorsqu'il s'agit de déterminer si une question doit être écartée comme hypothétique.

Quant au premier de ces aspects, la Cour a déjà souligné à maintes reprises, dans le passé, la nécessité que le juge national mette à sa disposition les éléments de fait ou de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions posées par lui ⁶³. Cependant, elle n'en avait pas tiré la conclusion de considérer comme irrecevables des renvois ne contenant pas ces indications. Elle avait plutôt coutume de statuer sur de tels renvois dès lors qu'il était possible de dégager les données nécessaires du dossier au principal ou des observations présentées pendant la procédure ⁶⁴. Ce n'est que rarement qu'elle a dû constater l'impossibilité de répondre à une question en raison de la formulation trop générale de celle-ci et en l'absence d'éléments concrets permettant d'identifier les éléments de droit communautaire dont le juge de renvoi avait besoin en vue de résoudre le problème juridique dont il était saisi ⁶⁵.

Or dans son arrêt *Telemarsicabruzzo* du 26 janvier 1993 ⁶⁶, la Cour a adopté une attitude moins permissive face à des ordonnances de renvoi ne contenant aucune indication quant au cadre factuel et réglementaire dans lequel s'inséraient les questions, ni même une explication des hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions étaient fondées. En rappelant la

⁶³ P. ex., l'arrêt du 1er avril 1982, *Holdijk*, 141-143/81, Rec. p. 1299, où la Cour a souligné l'importance des informations contenues dans le jugement de renvoi, non seulement pour sa propre décision, mais également pour les Etats membres et autres parties intéressées qui ont le droit de présenter des observations dans le cadre de la procédure préjudicielle.

⁶⁴ Cf., p. ex., l'arrêt du 12 juillet 1979, *Union Laitière Normande/French Dairy Farmers*, 244/78, Rec. p. 2663.

⁶⁵ Cf., p. ex., les arrêts du 3 février 1977, *Benedetti/Munari*, 52/76, Rec. p. 163, points 20-22 et du 11 juin 1987, *Pretore di Salò/X*, 14/86, Rec. p. 2545.

⁶⁶ Affaires 320/90, 321/90 et 322/90, non encore publié au Recueil.

nécessité d'une définition de ces éléments pour pouvoir aboutir à une interprétation du droit communautaire utile pour le juge national, la Cour a souligné que ceci vaut particulièrement dans le domaine du droit de la concurrence, dont relevaient les questions posées dans le cas d'espèce, ce domaine étant caractérisé par des situations de fait et de droit complexes. Enfin, elle a constaté que les informations fournies par le dossier au principal et les observations présentées au cours de la procédure étaient fragmentaires et ne lui avaient pas procuré une connaissance des faits à l'origine du litige au principal suffisante pour pouvoir interpréter les règles communautaires de concurrence au regard de la situation faisant l'objet de ce litige.

Cette approche a été poursuivie et accentuée dans deux autres affaires, dans lesquelles les questions préjudicielles visaient également, au moins partiellement, le droit de la concurrence. Dans la première de ces affaires ⁶⁷, les références du juge national à la situation de droit et de fait à la base du litige étaient trop imprécises pour permettre à la Cour de donner une interprétation utile; dans la deuxième ⁶⁸, les indications sur le fondement des questions préjudicielles faisaient complètement défaut. Dans ces conditions, la Cour a adopté des ordonnances constatant l'irrecevabilité manifeste des deux renvois.

Pour ce qui est, en deuxième lieu, de la pertinence de la question pour l'issue du litige au principal, il est de jurisprudence constante qu'il n'incombe pas, en principe, à la Cour de la vérifier, mais que son appréciation relève des pouvoirs du juge national ⁶⁹. La Cour est donc normalement tenue de statuer dès lors que les questions posées par le juge national portent sur l'interprétation d'une disposition de droit communautaire ⁷⁰, et il ne lui appartient pas de contrôler si cette disposition est applicable dans le litige au principal, sauf en cas d'erreur manifeste commise par le juge national à cet égard ⁷¹. Une pareille limitation de son obligation de statuer existe, comme la Cour l'a itérativement déclaré, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation ou l'examen de validité d'une règle de droit communautaire n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige ⁷². Jusqu'à récemment,

⁶⁷ Ordonnance du 8 mars 1993, *Banchero*, C-157/92, non encore publiée au Recueil.

⁶⁸ Ordonnance du 26 avril 1993, *Monin*, C-386/92, non encore publiée au Recueil.

⁶⁹ Cf., p. ex., l'arrêt du 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, non encore publié au Recueil.

⁷⁰ Cf., p. ex., arrêt du 8 novembre 1990, *Gmurzynska*, C-231/89, Rec. pp. I-4003, point 20.

⁷¹ P. ex. arrêts du 19 décembre 1969, 13/68, *Salgoil*, Rec. 1969, p. 661, et du 26 septembre 1985, *Thomasdünger*, 166/84, Rec. pp. 3001, 3009.

⁷² 16 juin 1981, *Salonia*, 126/80, Rec. p. 1563, point 6; 28 novembre 1991, *Durighello*, C-186/90, Rec. pp. I-5773.

elle ne s'était cependant que rarement fondée sur ce motif pour refuser de statuer sur des questions préjudicielles ⁷³.

Par ailleurs, la Cour a relevé à plusieurs occasions qu'il est indispensable que les juridictions nationales expliquent les raisons pour lesquelles elles considèrent qu'une réponse à leurs questions est nécessaire à la solution du litige lorsque ces raisons ne découlent pas sans équivoque du dossier ⁷⁴.

Or, comme la Cour l'a déclaré dans son arrêt du 16 juillet 1992, *Lourenço Dias* ⁷⁵, ce sont, en effet, ces éléments qui lui permettent de vérifier si l'interprétation du droit communautaire sollicitée présente un rapport avec la réalité du litige au principal. Dans cette affaire, le juge de renvoi avait posé une série de questions visant à lui permettre d'apprécier la compatibilité d'un régime national de taxes sur les véhicules automobiles avec le droit communautaire. Il ressortait cependant du dossier de l'affaire au principal ainsi que des observations faites devant la Cour qu'une grande partie des questions préjudicielles visaient à l'interprétation du droit communautaire au regard de dispositions du régime fiscal national régissant des situations autres que celle à la base du litige au principal. La juridiction de renvoi avait, certes, expliqué les doutes qu'elle éprouvait quant à la compatibilité du régime fiscal en cause avec le droit communautaire. Elle n'avait cependant pas exposé à la Cour en quoi ces dispositions devaient être appliquées dans le cadre du litige au principal. Dans ces conditions, la Cour a procédé à l'examen du lien entre les questions préjudicielles et le litige concret, à la suite duquel elle a constaté l'absence manifeste de pertinence d'une partie des questions préjudicielles.

Pour ce qui est du troisième aspect, à savoir du problème des questions hypothétiques, il convient d'abord de rappeler la jurisprudence selon laquelle la Cour n'a pas compétence pour statuer sur des questions préjudicielles lorsque le litige au principal revêt un caractère fictif ⁷⁶. En effet, «l'arti-

⁷³ Une demande a été rejeté par l'ordonnance du 26 février 1990, *Falciola*, C-286/88, Rec. pp. I-191. Cf. également les ordonnances du 27 juin 1979 et du 12 mars 1980, *Tribunal d'instance d'Hayange*, Rec. 1979, p. 2257 et Rec. 1980, p. 771, dans lesquelles la Cour s'est déclarée incompétente pour statuer sur des questions dont la portée ne concernait ni l'interprétation du traité, ni la validité ou l'interprétation d'un acte pris par une institution de la Communauté.

⁷⁴ Par exemple, arrêts du 16 décembre 1981, *Foglia/Novello* II, 244/80, Rec. p. 3045; et du 12 juin 1986, *Bertini*, 98, 162 et 258/85, Rec. p. 1885. Cf. également arrêt du 13 décembre 1984, *Haug-Adrion*, 251/83, Rec. p. 4277.

⁷⁵ C-343/90, Rec. p. 4673.

⁷⁶ Arrêts du 11 mars 1980, *Foglia/Novello* I, 104/79, Rec. p. 745 et du 16 décembre 1981, *Foglia/Novello* II, 244/80, Rec. p. 3045.

cle 177 donne mission à la Cour non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l'administration de la justice dans les Etats membres»⁷⁷.

Dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt du 16 juillet 1992, *Meilicke*⁷⁸, le demandeur au principal, titulaire d'une action de la société défenderesse, sollicitait que celle-ci soit condamnée à lui fournir des informations relatives à une augmentation de capital en vue de vérifier si celle-ci avait été conforme aux exigences d'une jurisprudence nationale en la matière. Le demandeur lui-même avait critiqué cette jurisprudence dans un grand nombre de publications, notamment au motif qu'elle était contraire à une directive communautaire⁷⁹. La juridiction nationale, estimant devoir rejeter la demande d'informations si cette jurisprudence était en effet contraire au droit communautaire, avait saisi la Cour d'une série de questions préjudicielles à ce sujet. Certes, il ne s'agissait pas d'un litige arrangé par les parties en vue d'amener la Cour à prendre position sur des problèmes de droit communautaire sans qu'il y ait un besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux⁸⁰, la société défenderesse soutenant en effet que la jurisprudence contestée était inapplicable en l'espèce. Ceci n'exclut cependant pas que la question préjudicielle soit de nature hypothétique. En effet, l'applicabilité aux faits de l'espèce de la jurisprudence contestée n'était pas établie et la juridiction de renvoi s'était prononcée elle-même de façon conditionnelle à cet égard. Par ailleurs, le caractère hypothétique du problème était confirmé par l'absence de précisions dans le dossier quant aux éléments de fait et de droit permettant de définir le contexte de l'augmentation de capital litigieuse. Ces éléments auraient été cependant nécessaires à la Cour en vue de résoudre les nombreux problèmes soulevés par les questions préjudicielles. La Cour a donc estimé qu'elle ne pouvait pas statuer sur un problème de nature hypothétique, en l'absence des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui avaient été posées.

La doctrine a réservé un accueil mitigé à cette jurisprudence. Des appréciations divergentes existent déjà sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, cette jurisprudence s'inscrit dans la continuité de la pratique antérieure de la Cour⁸¹ ou si elle constitue un revirement radical de la jurisprudence⁸².

⁷⁷ Arrêt *Foglin Novello*, II, précité, Rec. 1981 p. 3045, 3062 s.; cf. également arrêt du 3 février 1983, 149/82, *Robards*, Rec. pp. 171, 187.

⁷⁸ C-83/91, Rec. p. 4871.

⁷⁹ Directive 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976, JO 1977 L 26, p. 1.

⁸⁰ Cf. l'arrêt *Foglia/Novello* II, précité, Rec. 1981, pp. 3062 s., point 18.

⁸¹ En ce sens, p. ex., *Cartou*, Les petites affiches 1993, n° 12, pp. 18-19.

⁸² *Fourgoux*, Recueil Dalloz Sirey 1993, Jur. p. 466.

Quant à la nécessité d'une définition du cadre factuel et législatif du litige, les uns préconisent que la Cour s'abstienne de statuer, lorsque les informations qui lui ont été fournies sont insuffisantes, et suggèrent qu'elle suive la même approche en cas de questions trop générales⁸³. D'autres auteurs estiment que c'est à tort que la Cour cherche à connaître le contexte du litige qui donne lieu à une question préjudicielle, parce qu'ils considèrent l'interprétation comme une technique intellectuelle qui devrait se référer aux normes juridiques abstraites et non pas aux faits⁸⁴. Enfin, si une partie de la doctrine exprime la crainte que cette jurisprudence pourrait décourager la pratique du renvoi préjudiciel par les juridictions nationales⁸⁵, d'autres estiment que la coopération entre la Cour et les juridictions nationales n'implique pas que la Cour doive être prête à tout effort pour répondre à des renvois préjudiciels de mauvaise qualité⁸⁶.

Quant à l'incidence qu'une approche plus stricte sur le plan du contrôle des conditions de saisine peut avoir pour la charge de travail de la Cour, il me semble peu probable qu'elle aboutira à une réduction du nombre des renvois préjudiciels, sauf éventuellement dans quelques hypothèses exceptionnelles, dans lesquelles une réflexion plus approfondie révélera au juge national que le point de droit communautaire soulevé devant lui n'a pas d'incidence pour la solution du litige au principal. En effet, une des demandes préjudicielle rejetées comme irrecevables a déjà été posée à nouveau, assortie cette fois d'une motivation plus ample⁸⁷. Une approche plus stricte relative aux renvois qui ne contiennent pas les éléments de fait et de droit nécessaires pour que la Cour puisse répondre de façon utile aux questions posées pourrait cependant aboutir à ce que la Cour statue sur des dossiers mieux préparés. Ainsi, non seulement la Cour serait-elle mieux informée, dès le début, sur la portée des questions qui lui sont posées, mais il en irait de même des parties qui ont le droit de déposer des observations. Or, ces deux éléments contribueraient à faciliter le travail de la Cour.

bb) Autres possibilités de sélection

Comme la Cour l'a souligné dans une jurisprudence constante, la procédure préjudicielle est un instrument de coopération entre la Cour et les

⁸³ *Brouwer*, *Nederlandse staatscourant* 1993, n° 111, p. 4.

⁸⁴ En ce sens, p. ex., *Bergerès*, *La CJCE et la pertinence de la question préjudicielle*, *Recueil Dalloz Sirey* 1993, *Chronique* pp. 245 ss.

⁸⁵ *Simon*, *Journal du Droit International* 1993, pp. 402 ss., 404, *Arnulf*, *Common Market Law Review* 1993, pp. 613 ss.

⁸⁶ *Brouwer*, *loc. cit.*

⁸⁷ Ordonnance du 26 avril 1993, *Monin*, 386/92, non encore publiée; affaire C-428/93, *Monin*.

juges nationaux dont le fonctionnement doit être régi par un esprit de collaboration mutuelle⁸⁸. Dans le cadre de cette coopération, la contribution du juge national est indispensable, ce qui est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence récente décrite ci-dessus. Le groupe de travail instauré par la Cour a dès lors examiné la question de savoir si un développement de cette coopération, en investissant le juge national d'un rôle plus actif, pourrait alléger la charge de travail de la Cour.

En vue de renforcer le rôle des juridictions nationales dans le cadre de la procédure préjudicielle, le comité de travail a proposé d'encourager le juge *a quo* à inclure, dans la décision de renvoi, une proposition de réponse à la question préjudicielle qu'il pose⁸⁹.

Une telle proposition de réponse pourrait servir de base à un triage des questions préjudicielles, permettant de répondre à une partie d'entre elles dans une procédure simplifiée. Celle-ci pourrait s'appliquer notamment pour confirmer la solution proposée par le juge *a quo*. En revanche, la procédure normale serait suivie lorsque la proposition de réponse n'est pas conforme au droit communautaire, ou lorsque l'affaire le justifie pour d'autres raisons.

Pour une telle procédure simplifiée, deux modèles sont concevables. Selon le premier modèle, une formation restreinte examinerait les renvois préjudiciels accompagnés d'une proposition de réponse. Après une procédure contradictoire simplifiée, réduite à une audience orale pendant laquelle les parties au principal, les Etats membres et les institutions pourraient faire valoir leurs points de vue, l'avocat général présenterait ses conclusions quant à la nécessité pour la Cour de statuer sur les questions en objet.

La formation restreinte, qu'on peut également appeler «formation de filtrage», prendrait ensuite sa décision. Dès lors que la formation de filtrage considérerait que la réponse proposée par le juge *a quo* est correcte, elle la confirmerait, soit en se fondant sur la même motivation, soit en adoptant même une motivation différente. Dans le cas contraire, elle pourrait statuer sur la question, à condition que la réponse résulte d'une jurisprudence constante de la Cour ou lorsqu'elle est évidente. Lorsqu'il n'existe pas de jurisprudence constante, ou lorsqu'un membre de la Cour le demande, l'affaire serait transmise à la Cour et traitée dans une procédure normale.

Selon l'autre modèle, la procédure écrite se déroulerait de la manière habituelle. Dès lors que la proposition de réponse fournie par le juge *a quo*

⁸⁸ Cf., p. ex., l'arrêt du 16 juillet 1992, *Meilicke*, précité, points 22 et 25.

⁸⁹ En ce sens, déjà *Koopmans*, *The Technique of the Preliminary Question - A View from the Court of Justice*, dans: *Article 177 EEC: Experiences and Problems*, 1987, pp. 327 ss., 331. Cf. également le rapport de *Weiler*, publié dans le même ouvrage, pp. 366 ss, 375 s.

serait correcte, la Cour ou une chambre pourraient répondre à la question par une ordonnance motivée.

Pour ce qui est des questions préjudicielles qui ne seraient pas accompagnées d'une proposition de réponse, on peut envisager qu'elles ne seraient pas rejetées comme irrecevables, mais que la «formation de filtrage» entamerait un dialogue avec le juge *a quo*, invitant celui-ci à compléter la décision de renvoi ⁹⁰.

Même indépendamment de la possibilité de traiter une partie des affaires préjudicielles de façon simplifiée, l'intégration plus étroite du juge national au processus de décision de la Cour présenterait l'avantage important que la Cour ne serait plus, comme elle l'est souvent maintenant, la première juridiction à trancher des points de droit communautaire nouveaux et difficiles. Elle pourrait ainsi bénéficier de l'expérience faite par le juge *a quo*, de sorte que la base de sa propre décision s'en trouverait élargie et améliorée.

Par ailleurs, l'inclusion d'une proposition de réponse dans la demande préjudicielle correspond au principe selon lequel le juge national est le juge de droit communautaire de droit commun. En intégrant ainsi le juge national dans le processus de décision sur la question préjudicielle, une telle pratique serait en outre conforme au principe de subsidiarité.

Ces orientations développées par le comité de travail constituent, certes, un moyen moins radical pour contrôler la charge de travail de la Cour qu'un pouvoir de sélection discrétionnaire comme celui dont dispose la Cour Suprême des Etats Unis. L'introduction d'un tel pouvoir auprès de la Cour de justice pourrait cependant produire des inconvénients sérieux.

Parmi les critères qui pourraient régir une telle sélection, celui de l'importance juridique de la question posée devrait être privilégié. D'autres éléments, comme le caractère pénal du litige au principal ou l'importance financière de celui-ci pourraient également entrer en considération. Cependant, l'importance d'une question préjudicielle pour l'application correcte et uniforme du droit communautaire ou pour son développement n'est souvent pas évidente. Dans ces conditions, on risque d'écarter des affaires qui mériteraient d'être traitées.

Plus important encore est le danger qu'un rejet discrétionnaire de certaines questions préjudicielles pourrait détériorer la relation de confiance

⁹⁰ Cf. également *Koopmans*, op. cit., Article 177 EEC: Experiences and Problems, p. 333, qui soulève cependant le problème que les règles de procédure nationales ne permettent pas toujours au juge *a quo* d'entrer dans un échange d'information après avoir effectué un renvoi.

mutuelle entre la Cour et les juridictions nationales, qui est essentielle au fonctionnement de la procédure de renvoi. En effet, un refus de la Cour de statuer sur une demande bien étayée et motivée sur le plan de la pertinence, et cela en raison de l'importance insuffisante de la question soulevée, est susceptible de décourager le juge national. La fois suivante, la juridiction dont le renvoi est facultatif examinerait peut-être très rigoureusement elle-même l'importance de la question, en vue d'épargner aux parties au principal un retard dans la procédure, lequel, en cas de rejet de la demande préjudicielle, s'avérerait inutile. Ce ne serait donc pas la Cour, mais la juridiction nationale inférieure qui déciderait si une affaire mérite l'attention de la Cour. En revanche, une juridiction obligée d'effectuer le renvoi pourrait chercher à résoudre le litige de manière alternative, sans appliquer le droit communautaire, ou bien serait tentée de trouver des «actes clairs» là où, en réalité, des questions d'interprétation se posent.

Par ailleurs, les procédures de pourvoi ou de «certiorari» dans lesquelles le droit national investit les juridictions suprêmes d'un pouvoir d'appréciation se déroulent presque toutes à un stade où le litige au principal a déjà été jugé, normalement, par au moins deux instances. En revanche, dans la procédure préjudicielle, la décision du juge national doit encore intervenir. Certes, le litige sera jugé par le juge national également en l'absence d'une décision de la Cour, mais celui-ci devrait se prononcer alors sans bénéficier d'un éclaircissement sur le point de droit communautaire.

Enfin, une grande réserve à l'égard d'un mécanisme de sélection discrétionnaire me semble également de mise en raison du fait que l'ordre juridique communautaire, dont les débuts remontent à un peu plus de 40 ans, est encore à l'heure actuelle moins développé et moins solidement ancré dans la conscience de la plupart des juristes que les ordres juridiques nationaux ⁹¹. Certes, de grands progrès ont été réalisés sur ce plan et continuent à se réaliser. Néanmoins, le besoin d'une orientation venant de la Cour dans l'application du droit communautaire, également pour des affaires qui, à première vue, paraissent moins importantes, est probablement plus grand à ce stade que dans les systèmes nationaux.

Tout ceci n'exclut évidemment pas que l'accroissement de la charge de travail pourra à l'avenir rendre inévitable l'instauration d'un pouvoir de sélection discrétionnaire. En cas de nécessité, il faut espérer que les Communautés ne suivraient pas l'exemple américain, où le législateur a

⁹¹ En ce sens également *Everling*, *Justiz im Europa von morgen*, *Deutsche Richterzeitung* 1993, p. 12, et *Koopmans*, *The future of the Court of Justice of the European Communities*, *ELR* 1991, p. 30.

attendu environ cent ans après la création de la Cour Suprême, et son engorgement complet, pour lui accorder un pouvoir de sélection, à l'époque encore très limité.

CONCLUSION

Pour des juridictions ayant pour mission de sauvegarder les principes fondamentaux de l'ordre juridique auquel elles appartiennent et l'application correcte et uniforme du droit par les autres juridictions, le contrôle de la charge de travail est une condition importante à l'accomplissement utile de leur mission. Si des systèmes permettant de sélectionner les affaires les plus importantes parmi celles dont une juridiction donnée est saisie sont très efficaces, ils paraissent mieux adaptés à des situations dans lesquelles cette juridiction est saisie par de nombreux particuliers. Dans le cas de la Cour de justice, la plus grande partie des saisines ne provient au contraire pas directement des particuliers mais des juridictions nationales. Plutôt que d'écarter une partie de ces saisines par le biais d'un mécanisme de sélection, une solution pour les problèmes de charge de travail doit donc être cherchée sur le plan d'un renforcement de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales.

SUMMARY

*

RESUME

1. The question of the selection function of supreme courts is closely linked to the nature and specificity of such courts.

2. The aims pursued by such courts of course vary according to their nature, but one can say that they include (a) respecting the law in individual cases, (b) directing and developing the case-law and (c) ensuring uniformity in the interpretation of the legal provisions, thus safeguarding both legal security and equal treatment of all before the law.

3. This presupposes thorough study of the questions raised before the supreme courts, deliberations as long as necessary, and carefully worded decisions.

4. The significant increase during the last years in the number of appeals before the supreme courts, including the courts of cassation, is a constant feature of the different judicial systems within the European Union. It requires a thorough study and the implementation of different measures likely to solve, or at least take care of the problems deriving from a situation that prevents supreme courts from efficiently playing their role as organs entrusted with ascertaining where the law stands.

5. Such measures may be grouped in two major fields, namely (a) increasing the ability of the supreme courts to deal with the matters brought before them and (b) limiting or reducing the number of cases brought before them.

6. The first field may include solutions such as:

- reinforcing the human resources, either at the level of the judges, or at the level of their collaborators;
- setting up new courts (at lower level, as well as specialised);
- providing for measures aimed at simplifying and speeding up the procedures, notably by way of training judges.

7. The second field covers several situations among which the following:

7.1. Limiting the possibilities of access:

- by excluding certain categories of cases;
- by fixing higher thresholds in respect of the amounts in dispute (or equivalent amounts fixed for the purpose of the procedure);
- by refusing inadmissible, abusive, manifestly ill-founded or uninteresting appeals, as well as appeals on matters with respect to which the supreme court has repeatedly ruled;
- referring preliminary questions to supreme courts for a ruling interpretation of a legal rule.

7.2. Adopting measures aimed at safeguarding the rigorous nature of the appeal's procedure:

- by rendering representation by an advocate mandatory, eventually requiring that the advocate has a given seniority, experience or training;
- by requiring that a memorial be produced indicating the grounds and the object of the appeal, as well as the submissions;
- by requiring the previous enforcement of judgments attacked;
- by ordering dismissed parties following abusive or harassing appeals to pay compensation or civil law fines;
- by granting parties leave to refer to supreme courts for an opinion, thus preventing different appeals on the same legal issue.

7.3. Granting courts, both courts appealed against and supreme courts, the power to decide on leave to appeal to supreme courts:

- by examining the expediency of the appeal;
- by setting up screening machinery that may put aside – by way of a simplified procedure or a procedure laid down before a reduced bench cases that do not meet the requirements for referral to the supreme court.

8. Screening measures should not however lower the threshold of protection of the rights of the individuals; quite on the contrary, they should allow for continuing respect of the international undertakings of the member States of the European Union in the field of Human Rights.

1. Le problème de la fonction de sélection des juridictions suprêmes est étroitement lié à la nature et aux particularités de ces juridictions.

2. Les objectifs à atteindre par ces juridictions varient, naturellement, en conséquence de leur nature, mais on peut dire qu'ils comprennent le respect du droit dans les cas individuels, l'orientation et développement de la jurisprudence et l'uniformité de l'interprétation des normes juridiques en garantissant, d'une part, la sûreté juridique et, d'autre part, l'application égalitaire du droit aux citoyens.

3. Ceci présuppose une étude approfondie des questions soulevées devant elles, un délibéré aussi long que nécessaire et une rédaction soignée des décisions.

4. L'accroissement significatif, dans ces dernières années, du nombre de pourvois en cassation et de recours devant les Cours Suprêmes est une constante dans les différents systèmes judiciaires de l'Union Européenne et demande une étude approfondie et la mise en application de différentes mesures permettant de résoudre ou, du moins, de faire face à une telle situation, qui empêche les juridictions suprêmes d'exercer efficacement leur rôle d'organes chargés de déclarer le droit.

5. Ces mesures peuvent être groupées dans deux grands domaines: d'une part, il s'agit d'augmenter la capacité de l'organe juridictionnel de régler les affaires dont il est saisi, d'autre part, de limiter, voire réduire, le nombre d'affaires qu'il doit trancher.

6. Le premier domaine peut comprendre des solutions comme:

- le renforcement des effectifs soit au niveau des juges, soit au niveau de leurs collaborateurs;
- la création de juridictions supplémentaires (inférieures ou spécialisées);
- la prévision de mesures visant à alléger ou accélérer les procédures, notamment par le recours à des formations restreintes de magistrats s’occupant de chaque affaire.

7. Le deuxième domaine couvre plusieurs situations, parmi lesquelles l’on peut citer:

7.1. La restriction des possibilités de saisine:

- exclusion de certaines catégories de litiges;
- fixation de seuils élevés pour la valeur du litige;
- rejet de pourvois irrecevables, abusifs, ou manifestement mal fondés, manquant d’intérêt ou sur lesquels la juridiction suprême s’est déjà prononcée de manière réitérée;
- utilisation du mécanisme de renvoi préjudiciel devant les Cours Suprêmes pour trancher des questions concernant l’interprétation d’une règle de droit.

7.2. L’adoption de mesures ayant pour but de sauvegarder la rigueur de la saisine:

- représentation obligatoire par un avocat, notamment un avocat avec une certaine ancienneté, expérience ou formation;
- exigence d’un mémoire précisant les dispositions attaquées et les moyens de cassation, aussi bien que les conclusions dont l’adjudication est demandée;
- exigence de l’exécution préalable du jugement de fond frappé de pourvoi en cassation;
- condamnation d’une partie au paiement de dommages-intérêts ou d’une amende civile pour recours abusif ou vexatoire;
- instauration de la saisine pour avis dans le but de prévenir des recours sur la même question de droit.

7.3. La prévision, pour les juridictions elles-mêmes (juge *a quo* ou juge *ad quem*), de pouvoir limiter l'accès aux instances suprêmes en effectuant une sélection des affaires qui méritent d'être décidées par ces dernières:

- appréciation de l'opportunité de la saisine;
- instauration de mécanismes de filtrage permettant d'écarter, dans une procédure allégée ou confiée à une formation restreinte de magistrats, les affaires dans lesquelles les conditions de saisine de la juridiction concernée ne sont pas réunies.

8. Les mesures de filtrage des affaires dont les juridictions suprêmes sont saisies ne doivent, cependant, pas baisser le seuil de protection des droits des justiciables, bien au contraire, elles doivent permettre de continuer à assurer notamment le respect des engagements internationaux pris par les pays membres de l'Union européenne dans le domaine des droits de l'homme.

III

THE ROLE OF THE INVESTIGATION JUDGE AND THE PUBLIC PROSECUTOR IN CRIMINAL PROCEEDINGS: REFORM TRENDS IN EUROPE

*

LES FONCTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION ET DU PARQUET DANS LA PROCEDURE PENALE: TENDANCES DE REFORME EN EUROPE

BELGIUM
*
BELGIQUE

LES FONCTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION ET DU PARQUET DANS LA PROCÉDURE PÉNALE : TENDANCES DE RÉFORME EN BELGIQUE

I. Introduction

1. Les institutions respectives du juge d'instruction et du ministère public s'inscrivent au cœur de la procédure pénale belge, de sorte que leur statut et leurs fonctions sont directement concernés par toute proposition ou projet de réforme de l'ensemble de notre Code d'instruction criminelle. On ne saurait s'arrêter ici aux différentes tentatives de révision législative globale antérieures à la dernière guerre ¹, même si elles annoncent déjà les

¹ En ce qui concerne ces différentes tentatives, on se bornera à relever ce qui suit:

– La commission de réforme du 5 mars 1850 (dont Nypels était rapporteur) est à l'origine de la loi du 18 février 1852 ultérieurement remplacée par celle du 20 avril 1874 sur la détention préventive. Elle arrêta des dispositions relatives à l'instruction préparatoire qui, pour leur part, ne furent pas soumises à la législature.

Les travaux de la commission renouvelée le 30 novembre 1869 (et à laquelle participait notamment Beltjens) n'aboutirent qu'à la promulgation de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale. Le projet de loi déposé durant la session 1878-1879 et intitulé «De la procédure qui précède la comparution de l'inculpé devant le Tribunal» fut fort critiqué et resta sans lendemain. Ses auteurs avaient repoussé la publicité de l'instruction contradictoire qui, selon Nypels, ne pouvait s'introduire que progressivement dans notre législation; les articles 8 et 9 supprimaient, par ailleurs, le droit d'avertissement que le procureur général près la cour d'appel pouvait donner au juge d'instruction, tout en permettant au procureur général de dénoncer le juge d'instruction à la cour d'appel.

préoccupations actuelles du législateur, de la doctrine, des associations de magistrats et des travaux d'experts.

Dans son étude qu'il a consacrée en 1950 à «la réforme de l'instruction pénale», le professeur Buch a résumé les critiques formulées à l'époque,

– Les députés Janson et Hymans déposèrent en 1901 une proposition de loi «sur l'instruction criminelle contradictoire» qui tomba, elle aussi, dans l'oubli. Elle supprimait le droit de surveillance et d'avertissement exercé par le procureur général à l'égard du juge d'instruction mais confiait à la cour d'appel siégeant toutes chambres réunies le droit de révocation de celui-ci. Elle prévoyait notamment le droit pour l'avocat de la défense d'assister aux interrogatoires et auditions de témoins. Le juge d'instruction conservait sa double qualité: quand il exerçait les fonctions de police, il agissait seul et sans contrôle, mais la procédure devenait contradictoire dès qu'il s'agissait de procéder à un acte d'information judiciaire.

– Le 26 février 1902, le ministre Van Den Heuvel présentait à la Chambre un projet de loi concernant l'instruction préparatoire qui comprenait les titres II et III du Livre Ier du Code de procédure pénale. Ce projet conservait le principe de la dualité des fonctions du juge d'instruction. Il maintenait le système inquisitorial, tout en assurant à l'inculpé des garanties «nombreuses et importantes»; il n'autorisait cependant pas le défenseur à être présent à tous les interrogatoires.

– Le projet de 1914 (élaboré par le «Conseil de législation» dont Servais était rapporteur) distingua nettement.

L'information était confiée au parquet (substitut de l'instruction); elle était secrète et unilatérale. Tout acte d'information de nature à compromettre un droit nécessitait une décision juridictionnelle du juge d'instruction; quand l'information était ainsi poursuivie devant le juge d'instruction, l'instruction était, en revanche, contradictoire et publique. Dans les affaires graves, la juridiction de jugement ne pouvait être saisie qu'après que l'information eut été vérifiée par l'instruction; dans toutes les autres affaires, il dépendait à tout moment de l'inculpé (qui était automatiquement averti dans les cinq jours de tout acte d'information) de provoquer cette vérification. La chambre du conseil était supprimée mais, dès lors que le juge d'instruction n'appartenait plus à la police judiciaire, il était directement contrôlé par la chambre des mises en accusation. Comme le souligne M. le procureur général L. Cornil, «le juge d'instruction est débarrassé de tout ce qui est police judiciaire; il devient juge de l'instruction» (Cornil, L., «Propos sur le droit criminel», *Rev. dr. pén.* 1946, p. 31). Si ce projet échoua ce fut, semble-t-il, en raison de la méfiance manifestée à l'égard du ministère public qui se voyait confier toute la conduite de l'enquête.

– En 1938, le Centre d'Etudes pour la réforme de l'Etat (qui était un organisme privé présidé par le professeur Marcq) publiait trois ouvrages sur la réforme de la procédure, dont un était partiellement consacré à l'instruction criminelle. Celui-ci traitait notamment du ministère public près les juridictions cantonales et de la chambre du conseil, mais aussi de la défense au cours de l'instruction préparatoire; il prévoyait notamment l'assistance des avocats aux interrogatoires et vues des lieux, ainsi que le droit de requête dont disposait l'inculpé d'obtenir l'exécution de certaines mesures d'instruction.

– Voir *Novelles de procédure pénale* T. I, vol. 2, Bruxelles, 1946; exposé critique de S. Sasserath, n^{os} 35 à 39;

– HOFFLER, J., *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, U.G.A. 1956, p. 261 et s.

– BEKAERT, H., *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles 1972, p. 41 à 50.

respectivement par le barreau, les juges d'instruction et le parquet ². Sauf quelques exceptions, les griefs inventoriés restent très actuels.

Malgré l'institution d'une commission pour l'étude de la révision du droit pénal et de la procédure pénale, en 1946 ³, puis d'un commissaire Royal à la réforme de la procédure pénale, en 1962 ⁴, la Belgique n'a plus connu de projet global de révision de ladite procédure jusqu'à ce que l'actuel ministre de la Justice désigne la commission présidée par le professeur Franchimont ⁵, laquelle annonce officieusement le dépôt imminent de son rapport.

2. On examinera successivement les fonctions du juge d'instruction (II) et celles du parquet dans la procédure pénale (III) en distinguant pour les unes et pour les autres les réformes récentes, les perspectives de réforme dans un proche avenir et les perspectives de réforme à plus longue échéance.

II. Les fonctions du juge d'instruction

A. Généralités

3. La doctrine n'a cessé de rediscuter de l'instruction, sinon du juge d'instruction, et ce sous deux aspects : le caractère (inquisitoire, accusatoire, mixte) de l'instruction préparatoire, d'une part, et, par voie de conséquence, la notion de juge d'instruction par opposition à celle de juge de l'instruction, d'autre part.

a) Dans les *Novelles de procédure pénale* éditées en 1946, Messieurs Cornil et Sasserath se rallient l'un et l'autre, moyennant quelques variantes, à la réforme suggérée en 1914 par le Conseil de législation ⁶.

² BUCH, H., *La réforme de l'instruction pénale*, Bruxelles 1950.

³ Cette commission était présidée par M. le procureur général Cornil (arrêté du Régent du 9 novembre 1946).

⁴ M. H. Bekaert fut désigné comme commissaire royal par arrêté du 12 juillet 1962. Sa mission prit cours en janvier 1963. Il remit en 1964 une note sur l'état d'avancement de ses travaux (*J.T.* 1964, p. 141 à 143) et fit rapport aux Chambres le 5 novembre 1968 sur l'état de ses travaux et accorda une interview à M. Messine qui la publia dans le *J.T.* 1969, p. 633 et 634. Le projet approuvé par le Conseil des ministres du 25 juillet 1969 ne fut pas publié et n'aboutit pas.

⁵ Sur la méthode à utiliser pour une réforme: voir M. Franchimont, «Réflexion sur la réforme du droit pénal et de la procédure pénale en Belgique», in *Liber Amicorum Châtel*, p. 242 et s.

Les membres de la commission furent nommés par arrêté ministériel du 23 octobre 1991.

⁶ Voir note 1.

b) En 1956, dans son remarquable *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, J. Hoeffler suggère un projet élaboré de réforme (p. 261 et sv., particulièrement p. 271 à 277). Toutes les attributions de police judiciaire sont transférées au ministère public tandis que le juge d'instruction entendrait contradictoirement les témoins et examinerait contradictoirement les autres preuves. Seul le juge pourrait recueillir des aveux et en dresser procès-verbal et seuls de tels aveux pourraient être produits à titre de preuve. La chambre du conseil serait supprimée. La phase préparatoire resterait secrète mais elle serait contradictoire, ce qui signifie que l'inculpé devrait être obligatoirement entendu, au besoin comme suite à un mandat d'amener. Si l'inculpé restait fugitif, l'instruction serait poursuivie exceptionnellement par défaut, après que l'inculpé n'ait pas satisfait à une citation lancée par le juge.

c) Le commissaire royal H. Bekaert dit avoir axé son étude «sur la contradiction de l'instruction, les droits des parties en cause, la publicité, les recours (et) les garanties accordées à l'inculpé»⁷. Le titre III de son projet organise l'instruction judiciaire et détermine notamment les actes de police judiciaire et les actes de juridiction⁸.

d) Les 30, 31 mai et 1er juin 1985, se tient à Liège un colloque organisé par le Jeune Barreau sur le thème des «droits de la défense dans le procès pénal». Ce colloque vient à son heure, compte tenu de l'essor extraordinaire de la jurisprudence. Le *Journal des Procès* n° 65 du 14 juin 1985 publie la synthèse des travaux rédigée par P. Martens actuellement juge à la Cour d'arbitrage. Il faut en retenir notamment ce qui suit. Le barreau ne souhaite pas que l'instruction soit rendue contradictoire, mais suggère que des possibilités de contradiction soient introduites dans les moments importants de la procédure (droit de faire suivre l'expertise par un conseil technique et de consulter le dossier, présence de l'avocat de l'inculpé à tout interrogatoire, reconstitution ou visite des lieux). Deux autres droits sont aussi revendiqués par les avocats : 1° celui, pour l'inculpé, de solliciter des mesures d'instruction, le refus éventuel du juge devant faire l'objet d'une ordonnance motivée et susceptible de recours, 2° celui d'exercer un appel devant la chambre des mises en accusation contre l'ordonnance de renvoi.

e) Le 10 mars 1990, l'Association Syndicale des Magistrats consacre son 6ème Congrès aux «désarrois du juge d'instruction». Les actes, publiés dans le numéro de la *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* des mois

⁷ «La réforme de la procédure pénale», *J.T.* 1964, p. 142.

⁸ MESSINE, J., *J.T.*, 1969, p. 633 et 634.

d'août-septembre-octobre 1990 qui leur est exclusivement réservé ⁹, stimulent la doctrine qui s'en fera largement l'écho et interpellent le pouvoir politique si l'on en veut pour preuve les travaux de la commission d'enquête sur le banditisme, mais aussi les travaux préparatoires de la loi sur la détention préventive.

f) Au terme des travaux de la commission d'enquête précitée, le député Laurent conclut, le 22 mai 1990, de la manière suivante : «Nous avons souhaité que soient clarifiés une fois pour toutes le rôle et la fonction du magistrat instructeur», proposant «de ne voir en lui que le juge d'instruction, ne relevant plus de son statut hybride qui le paralyse parfois et peut même lui être préjudiciable : celui de magistrat et d'officier de police judiciaire» (...).

Nous voulons supprimer cette ambiguïté et faire du magistrat instructeur un magistrat à part entière, ne dépendant plus du pouvoir disciplinaire et hiérarchique du procureur général, mais bien du premier président de la cour d'appel de son ressort ¹⁰. En conclusion du «plan de Pentecôte 1990», le premier ministre W. Martens déclare, de son côté : «Le gouvernement estime que le constat de la Chambre appelle une réflexion approfondie dans le cadre d'une réforme profonde du Code d'instruction criminelle allant dans le sens d'une plus grande autonomie du juge d'instruction par rapport au ministère public et d'une garantie plus stricte des droits de la défense» ¹¹.

g) La commission présidée par le professeur Franchimont et établie en octobre 1991 met au point un avant-projet de loi relatif à «l'administration de la justice pénale au stade de l'information et de l'instruction».

B. Les réformes récentes

4. Les réformes récentes relatives aux fonctions du juge d'instruction ¹² visent surtout à renforcer la protection de droits fondamentaux des

⁹ p. 911 à 932.

¹⁰ *Ann. parl. Ch.* 1990, p. 2470.

¹¹ *Ann. parl. Ch.* 1990, p. 2594.

¹² En ce qui concerne le statut du juge d'instruction, il y a lieu de noter que la loi du 18 juillet 1991 a modifié les articles 79 et 80 du Code judiciaire relatifs à la désignation des juges d'instruction. Cette désignation est actuellement régie pour les règles suivantes :

- dans chaque arrondissement judiciaire, le ou les juges d'instruction sont désignés par le Roi parmi les juges du tribunal de première instance selon les nécessités du service, pour un terme d'un an, renouvelable une première fois pour une durée de deux ans et ensuite chaque fois pour une durée de cinq ans. (C. jud., art. 79, al. 1 et 2);
- cette désignation ne peut s'opérer que parmi les juges ayant exercé pendant trois ans au moins les fonctions de magistrat du ministère public ou celles de juge au tribunal de première instance; en outre, les juges d'instruction ne peuvent être désignés que parmi

personnes: le droit du justiciable à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal impartial, le droit à la liberté et à la sûreté et le droit au respect de la vie privée.

Elles se sont réalisées tantôt par la voie jurisprudentielle, tantôt par la voie législative, tantôt à la fois par la voie jurisprudentielle et par la voie législative, et portent sur trois points :

- les fonctions du juge d'instruction devant la juridiction de jugement;
- les fonctions du juge d'instruction en matière de détention préventive;
- les fonctions du juge d'instruction en matière de repérage des communications téléphoniques.

1° Les fonctions du juge d'instruction devant la juridiction de jugement

5. Depuis octobre 1984, le juge d'instruction ne peut plus tant en première instance qu'en degré d'appel faire partie du siège de la juridiction de jugement appelée à statuer dans la cause qu'il a instruite.

Dans l'affaire De Cubber, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 octobre 1984 ¹³ a décidé que la Belgique avait méconnu le droit du justiciable à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, garanti par l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme du fait que l'un des trois magistrats du tribunal correctionnel qui avait condamné le requérant avait rempli antérieurement en la cause les fonctions de juge d'instruction et que, dès lors, l'impartialité du tribunal pouvait sembler au tribunal sujette à caution.

Dès le 23 janvier 1985, la Cour de cassation non seulement se rallia à cette interprétation de l'article 6 de la Convention mais l'appliqua au cas où un juge qui avait présidé le tribunal correctionnel s'était borné, en qualité de juge d'instruction, à faire rapport en la même cause devant la chambre du conseil ¹⁴.

les juges nommés à ces fonctions depuis au moins une année entière (C. jud., art. 79, al. 3); - les juges d'instruction peuvent continuer à siéger à leur rang pour le jugement des affaires soumises au tribunal de première instance (C. jud., art. 79, al. 4);

- en cas d'empêchement d'un juge d'instruction, le président du tribunal désigne un juge effectif pour le remplacer (C. jud., art. 80, al. 1er);
- en outre, si les besoins du service le justifient, le président du tribunal peut, à titre exceptionnel, désigner un juge effectif pour remplir les fonctions de juge d'instruction pour un terme de six mois: ce terme ne peut pas être renouvelé; l'ordonnance du président doit être motivée et faire état des circonstances particulières qui justifient cette désignation (C. jud., art. 80, al. 2).

¹³ *Série A*, n.° 86.

¹⁴ Cass, 23 janvier 1985, RG 4035 (*Bull. et Pas.* 1985, I, n.° 302).

2º *Les fonctions du juge d'instruction en matière de détention préventive*

6. Les réformes intervenues en ce domaine se sont réalisées en deux temps.

Une première réforme a été d'ordre jurisprudentiel.

Dans l'affaire Lamy, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 mars 1985¹⁵ a décidé qu'il y avait eu de la part de la Belgique, violation de l'article 5, § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant à la personne privée de liberté le droit d'introduire un recours en légalité devant un tribunal, du fait que lors de la première comparution du requérant en chambre du conseil, laquelle était appelée à statuer sur la confirmation du mandat d'arrêt décerné à sa charge par le juge d'instruction, son avocat n'avait pu obtenir la communication du dossier.

Avant même que la législation sur la détention préventive fût modifiée, la jurisprudence belge s'aligna sur cet arrêt. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 mai 1989 reconnaît même de manière explicite l'«autorité de la chose interprétée» par la Cour européenne¹⁶.

7. Cette réforme de caractère jurisprudentiel a été suivie d'une réforme législative qui fait l'objet de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

Suivant la nouvelle loi¹⁷, le juge d'instruction ne peut délivrer un mandat d'arrêt qu'en cas d'absolue nécessité pour la sécurité publique seulement, et si le fait est de nature à entraîner pour l'inculpé un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus grave. Cette mesure ne peut être prise dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte. Si le maximum de la peine applicable ne dépasse pas quinze ans de travaux forcés, le mandat d'arrêt ne peut être décerné que s'il existe de sérieuses raisons de craindre que

¹⁵ *Série A*, n° 151.

¹⁶ Cass., 10 mai 1989, RG 7423 (*Bull. et Pas.* 1989, I, n° 514) et les concl. de M. l'avocat général Piret.

¹⁷ La loi du 20 juillet 1990 conserve les grands principes de la loi du 20 avril 1874 relative à la détention préventive dont presque toutes les dispositions se trouvent cependant abrogées.

Ainsi sont maintenus:

- l'intervention du juge d'instruction dans les vingt-quatre heures de la privation de liberté, conformément aux exigences de l'article 7 de la Constitution;
- l'intervention d'une juridiction d'instruction dans les cinq jours;
- le contrôle systématique de la détention préventive par une juridiction d'instruction de mois en mois.

l'inculpé, s'il était laissé en liberté, commette de nouveaux crimes ou délits, se soustraie à l'action de la justice, tente de faire disparaître des preuves ou entre en collusion avec des tiers (art. 16, § 1er).

Le mandat d'arrêt délivré par le juge d'instruction est valable pour une durée maximale de cinq jours à compter de son exécution. Avant l'expiration de ce délai, la chambre du conseil (chambre du tribunal de première instance), sur le rapport du juge d'instruction, le procureur du Roi, l'inculpé et son conseil entendus, doit décider s'il y a lieu de maintenir la détention préventive (art. 21, § 1er).

Tant qu'il n'est pas mis fin à la détention préventive et que l'instruction n'est pas close, la chambre du conseil est appelée à statuer de mois en mois sur le maintien de la détention (art. 22, al. 1er).

Le juge d'instruction peut donner mainlevée du mandat d'arrêt par une ordonnance motivée qu'il communique immédiatement au procureur du Roi (art. 25).

La loi règle en outre l'incidence du règlement de la procédure sur les mesures privatives de liberté (art. 26 à 29), l'appel (art. 30), le pourvoi en cassation (art. 31), la prolongation des délais (art. 32), la mise en liberté (art. 33, §1er), l'arrestation immédiate (art. 33, §2), le mandat d'arrêt par défaut (art. 34), ainsi que la liberté et la mise en liberté sous conditions (art. 35 à 38).

La loi du 20 juillet 1990 s'articule autour de trois objectifs : accentuer le caractère exceptionnel de la détention préventive, renforcer les droits de la défense, et instituer des mesures alternatives à cette détention préventive.

Parmi les innovations qu'elle comporte, les principales sont:

- la réduction du champ d'application de la détention préventive qui n'est plus possible que si le fait peut entraîner un emprisonnement d'un an au moins, alors qu'anciennement le critère était de trois mois;
- la clarification des règles régissant la privation de liberté avant la comparution devant le juge d'instruction (délai de garde à vue; intervention préalable d'un magistrat, sauf flagrant délit; contrôle des modalités des interrogatoires; période couverte par un mandat d'amener);
- le renforcement de l'autonomie du juge d'instruction (suppression du mandat d'arrêt de droit; modification des règles relatives à la mise en liberté provisoire de l'inculpé par le juge d'instruction);
- l'introduction de certains éléments de procédure contradictoire (interrogatoire spécifique préalable à la mise sous mandat d'arrêt;

possibilité d'un débat contradictoire dans les cinq jours qui précèdent la première comparution en chambre du conseil; instauration d'interrogatoires récapitulatifs par le juge d'instruction);

- l'accroissement des exigences quant à la motivation (suppression de la distinction entre inculpés ayant ou non une résidence en Belgique; indication d'absolue nécessité pour la sécurité publique; dans le cas où le maximum de la peine ne dépasse pas 15 ans de travaux forcés, indication des raisons de craindre que l'inculpé commette de nouveaux faits, se soustraie à l'action de la justice, fasse disparaître des preuves ou entre en collusion avec des tiers);
- l'amélioration de l'information de la défense sur l'état de la procédure et le contenu du dossier (remise de copie des procès-verbaux d'audition de l'inculpé; contacts entre l'inculpé et son avocat);
- l'extension du droit pour la défense d'avoir accès au dossier de l'instruction;
- l'institution d'une procédure particulière en cas de détention préventive anormalement longue;
- le renforcement des exigences pour le renvoi de l'inculpé, sous les liens du mandat d'arrêt, devant le tribunal correctionnel, ainsi que pour l'arrestation immédiate après condamnation;
- l'amélioration des procédures de recours (appel et pourvoi en cassation);
- l'institution de mesures alternatives à la détention préventive (liberté sous condition, maintien de la liberté sous caution).

3° Les fonctions du juge d'instruction en matière de repérage des communications téléphoniques

8. S'alignant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un arrêt rendu par la Cour de cassation du 2 mai 1990 avait considéré que le repérage et le comptage de communications téléphoniques par des autorités de police était contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant notamment le droit au respect de la vie privée (et avait, dès lors, cassé une décision qui affirmait la compatibilité de tels procédés avec cet article) en raison de l'inexistence d'une loi interne autorisant de telles ingérences dans la vie privée ¹⁸.

¹⁸ Cass., 2 mai 1990, RG 8168 (*Bull. et Pas.* 1990, I, n° 516) et les concl. de M. l'avocat général Janssens de Bisthoven; voir Cour eur. des dr. de l'h., arrêt Malone du 2 août 1984 (*série A n° 82*).

A la suite de cet arrêt, la loi du 11 janvier 1991 a introduit dans le Code d'instruction criminelle un article 88bis relatif au repérage des communications téléphoniques.

En vertu de cette disposition, lorsque le juge d'instruction estime qu'il existe des circonstances qui rendent le repérage des communications téléphoniques nécessaire à la manifestation de la vérité, il peut, dans certaines conditions ¹⁹, faire procéder, en requérant au besoin le concours technique de la Régie des télégraphes et des téléphones : - au repérage des numéros de postes téléphoniques à partir desquels des communications sont adressées ou ont été adressées à un poste téléphonique déterminé, - ou au repérage de postes téléphoniques qui sont formés ou ont été formés au départ d'un poste téléphonique déterminé.

C. Les perspectives de réforme dans un proche avenir

9. Il est évidemment hasardeux d'augurer, à partir des mouvements d'idée qui se manifestent, quelles sont les réformes touchant aux fonctions du juge d'instruction qui interviendront dans les mois ou les années à venir. Tout est ici affaire de conjectures. Apparemment, une des réformes qui pourraient être adoptées dans un avenir relativement proche porte *sur les pouvoirs du juge d'instruction en matière d'écoutes téléphoniques*. Dans l'état actuel des textes, si le juge d'instruction peut conformément à l'article 88bis nouveau du Code d'instruction criminelle, ordonner le repérage de communications téléphoniques, il lui est interdit de procéder ou de faire procéder à des écoutes téléphoniques.

Eu égard aux exigences accrues de la lutte contre les diverses formes de criminalité grave, le projet de loi relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, déposé au Sénat en septembre 1993 ²⁰, tend notamment à insérer dans le Code d'instruction criminelle des dispositions nouvelles conférant au juge d'instruction le droit d'écouter, de prendre connaissance ou d'enregistrer des communications ou

¹⁹ Pour chaque poste téléphonique dont le numéro est repéré, ne peuvent être indiqués que le jour, l'heure et la durée de la communication. Le juge d'instruction doit indiquer les circonstances de fait de la cause qui justifient la mesure, dans une ordonnance motivée qu'il communique au procureur du Roi. Il doit en outre préciser la durée durant laquelle elle peut s'appliquer et qui ne peut excéder deux mois à dater de l'ordonnance, laquelle peut toutefois être renouvelée.

²⁰ *Doc. parl. Sén.* s. 1992-1993, n° 843-1.

télécommunications privées pour autant que soient réunies un certain nombre de conditions ²¹.

Si le projet de loi, considéré dans son ensemble, va dans le sens d'un renforcement de la protection du droit au respect de la vie privée, les dispositions susdites, en revanche, autoriseront des ingérences dans l'exercice de ce droit qui sont actuellement prohibées en droit interne.

D. Les perspectives de réforme à plus longue échéance

1º *Une option portant sur trois types de solutions*

10. La plupart des discussions sur les réformes qui pourraient intervenir à plus longue échéance sont axées sur une option fondamentale portant sur trois types de solutions: y aurait-il lieu soit de supprimer purement et simplement le juge d'instruction, soit de le remplacer par un juge dit «de l'instruction» à compétences limitées, soit de le maintenir, tout en précisant mieux les tâches, en garantissant davantage son indépendance, en revalorisant sa fonction et en étendant les droits de la défense ?

a) L'opinion selon laquelle il y aurait lieu d'adopter un système purement accusatoire qui ne comporterait ni juge d'instruction ni juge «de l'instruction» à compétences limitées, n'a recueilli que peu d'échos favorables.

b) En revanche, s'est affirmée une tendance plus marquée en faveur de l'adoption d'un système dans lequel le juge d'instruction serait remplacé par un juge dit «de l'instruction», «juge de l'information», «juge de l'enquête préliminaire», «juge des libertés».

La notion d'un juge de l'instruction n'est pas neuve, puisqu'on la retrouvait déjà dans le projet du Conseil de législation de 1914 ²² et qu'elle fut notamment reprise par Messieurs Cornil et Sasserath ²³.

²¹ Les principales conditions sont :

- que cette mesure n'est possible que dans le cadre d'une instruction judiciaire;
- que les faits punissables pour lesquels cette mesure d'instruction est possible et limitée à des formes de criminalité graves précisées par le texte du projet et correspondant à ce que l'on appelle le terrorisme, le grand banditisme ou le crime organisé;
- que la mesure doit être nécessaire, en raison de circonstances précises et exceptionnelles afin de permettre la manifestation de la vérité;
- que l'ordonnance du juge d'instruction doit à peine de nullité, spécifier un certain nombre d'éléments;

La durée de la validité de la mesure ne peut, en principe, excéder deux jours.

²² voir note 1.

²³ *Novelles de procédure pénale*, T. I, vol. 2, p. 857 et s.

Des controverses existent entre les partisans de ce système quant aux fonctions de ce juge de l'instruction.

Donner des autorisations au procureur du Roi?

Autoriser celui-ci à procéder à une perquisition, à une saisie de documents, à une visite corporelle, au repérage, au comptage ou à l'écoute de communications téléphoniques ?

Intervenir comme arbitre entre le procureur du Roi et la défense ? Statuer sur les requêtes de la défense tendant à obtenir de celui-ci qu'il procède à certains devoirs d'information ?

Prendre des décisions en matière de détention préventive ? Décerner mandat d'arrêt, après quoi ce serait à la juridiction d'instruction qu'il appartiendrait de statuer périodiquement sur le maintien de la détention? Ou non seulement décerner mandat d'arrêt, mais aussi statuer périodiquement sur le maintien de la détention ?

Contrôler l'information ? En procédant à des auditions de témoins et à des confrontations à la demande du procureur du Roi ou de la défense, ainsi qu'à des auditions récapitulatives, périodiquement ou de toute manière à la fin de l'information ? En actant personnellement les aveux ? En prenant toutes autres initiatives utiles en vue de contrôler l'information ?

c) L'opinion qui tend à prévaloir est favorable au maintien du juge d'instruction avec divers aménagements tendant à mieux préciser ses tâches, à garantir davantage son indépendance, à revaloriser sa fonction et à étendre les droits de la défense.

2° Une redéfinition des tâches du juge d'instruction

11. Les tâches du juge d'instruction sont actuellement mal définies dans les textes.

A cet égard, la commission Franchimont proposerait d'insérer dans le Code d'instruction criminelle des dispositions nouvelles précisant en quoi consiste l'instruction et quelles sont les fonctions du juge d'instruction.

L'instruction serait définie comme consistant en un ensemble d'actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs des infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause.

Il serait précisé qu'elle s'exerce sous la direction du juge d'instruction.

Le Code d'instruction criminelle détaillerait les diverses fonctions du juge d'instruction. Celui-ci aurait pour tâches :

- d'assumer la responsabilité de l'instruction qui est menée à charge et à décharge dans le respect de la Constitution, de la loi, des principes

généraux du droit, des droits de l'homme et des conventions internationales.

- de veiller à la légalité et à la loyauté des moyens de preuve et de diriger l'action des services de police.
- de poser lui-même les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information ou de l'instruction.
- de décerner les mandats lorsqu'il est nécessaire d'utiliser la contrainte ou de porter atteinte à la liberté et aux autres droits du citoyen.
- lorsqu'au cours d'une instruction il découvre des faits susceptibles de constituer un crime ou un délit dont il n'est pas saisi, d'en dresser procès-verbal et de le communiquer immédiatement au procureur du Roi.

3° *Un renforcement de l'indépendance du juge d'instruction*

12. Dans l'état actuel des textes, le juge d'instruction a une double qualité²⁴: celle de juge et celle d'officier de police judiciaire. En tant qu'officier de police judiciaire, il est sous l'autorité de la cour d'appel (C.I. cr., art. 9) et sous la surveillance du procureur général près cette cour (art. 402 C.I. cr., art. 274 et 280). Rares sont ceux qui se satisfont de cette dualité de fonctions²⁵. Celle-ci est, au contraire, critiquée et depuis fort longtemps, parce qu'elle place précisément le juge d'instruction en état de dépendance à l'égard du parquet²⁶ et que la distinction entre l'acte de police judiciaire et l'acte juridictionnel s'avère particulièrement malaisée²⁷.

²⁴ Selon Franchimont, Jacobs et Masset, une triple qualité: juge-magistrat instructeur-officier de police judiciaire. *Manuel de procédure pénale*, Liège 1989, p. 286 - 287.

²⁵ Voir l'avis de M. le procureur général Demanet lors de son audition devant la commission d'enquête parlementaire, 59/10 - 1988, p. 529; dans le cas des travaux préparatoires relatifs à la loi sur la formation et le recrutement des magistrats, *doc. parl. Sén.* s. 1990-1991, 974-2 (1989-1990), p. 32.

²⁶ CORNIL, L., «Propos sur le droit criminel», *Rev dr pén* 1946, p. 30 et s.; FRANCHIMONT, M., «Note sur l'autorité disciplinaire dont relève le juge d'instruction», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1960, p. 287 à 314.

²⁷ SASSERATH, S., *Novelles de procédure pénale*, T. I, vol. 2, n° 45bis, p. 852 et n° 86, 862; HOFFLER, J., *op. cit.*, p. 101 à 110; BEKAERT, H., «Les actes de police judiciaire et les actes de juridiction du juge d'instruction» in «*Hommage au Professeur Baugniets*», p. 43 et s., particulièrement p. 54 à 59; le projet du commissaire royal Bekaert distingue notamment les actes de police judiciaire et les actes du juge d'instruction, en son titre 3 consacré à l'instruction judiciaire (cf. MESSINE, J., *J.T.* 1969, p. 633 et 634); FRANCHIMONT, M., *ibidem*, p. 288 à 294 et 298 à 302.

En 1986, M. le procureur général Krings déclare qu' «il s'agit d'une disposition ancienne et qui devrait être supprimée»²⁸; des associations de magistrats revendiquent dans le même sens²⁹; les travaux parlementaires relatifs à la commission d'enquête sur le terrorisme³⁰ et relatifs à la formation et au recrutement des magistrats³¹ concluent de même à la nécessité de limiter les attributions du juge d'instruction à la seule fonction de juge.

Pour le professeur Franchimont³², la qualité d'officier de police judiciaire ne paraît pas indispensable au juge d'instruction : «il suffit de (l') autoriser à faire en qualité de juge tous les actes de police judiciaire même à propos des faits dont il n'est pas saisi et dont il a eu connaissance à l'occasion de son instruction. Dans ce cas, il dresse procès-verbal, le transmet au procureur du Roi qui peut le saisir à nouveau de ces nouveaux faits pour respecter le principe de la saisine *in rem*. Il convient évidemment de préciser que le juge d'instruction a autorité sur tous les officiers de police judiciaire à l'exclusion du procureur du Roi».

La commission Franchimont proposerait que le juge d'instruction perde sa qualité d'officier de police judiciaire. N'étant plus officier de police judiciaire, le juge d'instruction ne serait plus soumis à la surveillance du procureur général.

Mais la chambre des mises en accusation pourrait déléguer un de ses membres pour contrôler le cours des instructions, demander des rapports sur l'état des affaires et prendre connaissance des dossiers.

4° *La revalorisation de la fonction du juge d'instruction*

13. Y a-t-il lieu de revaloriser la fonction du juge d'instruction en instaurant, par exemple, la carrière plane du magistrat instructeur avec un

²⁸ Concl. avant Cass. 24 septembre 1986, RG 5372 (*Bull.* et *Pas.* 1987, I, n° 48).

²⁹ Cf. MAROTTE, J. P., «Indépendance du juge d'instruction», communication faite au second congrès de l'A.S.M. intitulé «des magistrats indépendants : comment ?» (Charleroi, 24 octobre 1981); VIème congrès de l'A.S.M. consacré aux «désarrois du juge d'instruction», *Rev. dr. pén.* 1990.

³⁰ 59/8-1988, p. 156 à 159; 59/10-1988, p. 516 (audition de M. Châtel), 523 (audition de M. Giet), 606 et 607; *Ann. Ch.* 22 mai 1990, p. 2470.

³¹ *Doc. parl. Sén.*, 1990-1991, n° 974-2 (1989-1990), p. 46 et 47; voir aussi *Doc. parl. Ch.*, s. 1990-1991, n° 1565/10- 1990-1991, p. 5 et 6.

³² FRANCHIMONT, M., «Le statut personnel et institutionnel du juge d'instruction», contribution au VIème congrès de l'A.S.M. consacré aux «désarrois» du juge d'instruction», *Rev. dr. pén.* 1990, p. 849 à 856.

traitement équivalent à celui de conseiller à la cour d'appel ?

Cette question sera vraisemblablement réglée dans un contexte plus vaste: celui du problème des traitements des magistrats de l'ordre judiciaire.

5° *L'extension des droits de la défense*

14. La commission Franchimont envisagerait de proposer une extension des droits de défense³³ à tout le moins :

a) *Quant à l'obtention de copies des déclarations*

L'instruction resterait en principe secrète mais, sans préjudice des dispositions des lois spéciales, le juge d'instruction, le service de police ou toute autre autorité judiciaire qui aurait interrogé une personne contre qui existent des indices sérieux de culpabilité ou qui est lésée par une infraction, devrait remettre ou adresser à cette personne, sur sa demande, copie de la déclaration qu'elle a faite.

b) *Quant à l'utilisation de documents lors des interrogatoires*

La personne interrogée aurait le droit d'utiliser les documents en sa possession et pourrait lors de l'interrogatoire ou ultérieurement, exiger que ces documents soient joints au procès-verbal d'audition.

c) *Quant à la consultation du dossier répressif*

Sans préjudice des dispositions existant en matière de détention préventive, la personne contre laquelle existent des indices sérieux de culpabilité et qui n'est pas détenue pour cette cause, ainsi que la partie civile, pourraient demander de consulter le dossier répressif au plus tôt un mois après la mise à l'instruction.

Le juge d'instruction aurait à statuer par ordonnance motivée et ne pourrait rejeter la demande que si les nécessités de l'instruction le requièrent. En cas de rejet, un appel pourrait être formé devant la chambre des mises en

³³ Sur l'extension des droits de défense au cours de l'instruction, voir notamment : POLLET, P., «Vers l'instruction contradictoire» *J. T.* 1949, p. 452 et 453; MARQUISSET, J., «Le secret de l'instruction préparatoire», *Rev. dr. pén.* 1949, p. 18; BEKAERT, H., «Le secret de l'instruction», *J. T.* 1950, p. 505; MASSON, J. P., «Le secret de l'instruction» *Rev. dr. pén.* 1981, p. 393 à 399; BOSLY, H. D., «D'une procédure unilatérale vers une procédure contradictoire», in *Mélange Legros* 1985, p. 15 et s.; TULKENS, F., «Les limites du secret de l'instruction», communication au IV congrès de l'A.S.M. intitulé «Justice et presse», in *Journal des procès*, n°s 67 et 68 des 6 et 20 septembre 1985.

accusation. Une nouvelle requête ne pourrait être déposée avant l'expiration d'un délai d'un mois à compter du dernier jour de mise à disposition du dossier ou de l'ordonnance de refus du juge d'instruction.

d) *Quant à la cessation ou l'accomplissement de certains actes d'instruction*

La personne gravement et injustement lésée par un acte d'instruction relatif à ses biens pourrait en demander au juge d'instruction la cessation. Quant à la personne contre laquelle existent des indices sérieux de culpabilité, et quant à la partie civile, elles pourraient demander au juge d'instruction l'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire.

Le juge d'instruction aurait à statuer par ordonnance motivée. Un appel serait possible devant la chambre des mises en accusation. Une nouvelle requête ne pourrait être formulée avant l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la dernière décision.

e) *Quant aux contestations relatives à la régularité de la procédure d'instruction*

La personne gravement et injustement lésée par un acte d'instruction, pourrait saisir la chambre des mises en accusation pour trancher toute contestation relative à la régularité de la procédure.

En outre, lors du règlement de la procédure, la chambre des mises en accusation pourrait examiner d'office, après avoir averti le ministère public et les parties, la régularité des procédures qui lui sont soumises.

Les irrégularités, omissions ou nullités affectant un acte d'instruction ou la décision de renvoi soulevées devant la chambre des mises en accusation ne pourraient plus l'être devant le juge du fond, à l'exception des irrégularités touchant à la preuve.

III. Les fonctions du parquet dans la procédure pénale

A. Généralités

15. Le statut complexe du ministère public fait l'objet d'études et de mercuriales désormais célèbres³⁴ et l'enseignement universitaire le plus récent y consacre les développements les plus complets³⁵.

³⁴ HAYOIT DE TERMICOURT, R., «Propos sur le Ministère public», *Rev. dr. pén.* 1936, 961 et s.; DUMON, F., «Le pouvoir judiciaire, Cet inconnu et ce méconnu», *J.T.* 1981, p. 457 à 474 et 481 à 489; CHARLES, R., «Du ministère public», *J.T.* 1982, p. 553 et s.; MATTHIJS, J., «Openbaar ministerie» *A.P.R.* 1983; MEEUS, A., «L'institution du ministère public en Belgique», *Annales de droit*, 1988, p. 171 et s.

S'agissant du rôle du ministère public en matière pénale, il convient de distinguer entre le ministère public près la Cour de cassation et le ministère public près les juridictions de fond.

En principe, l'intérêt que protège le ministère public près la Cour de cassation est celui qui s'attache au respect de la légalité par les juges et non à la constatation de la culpabilité ou de l'innocence des accusés et prévenus: par les conclusions qu'il donne, il aide la Cour à contrôler la légalité des décisions attaquées et à assurer l'unité de la jurisprudence. Le procureur général près la Cour de cassation n'exerce pas l'action publique, sauf lorsqu'il intente une action dont le jugement est attribué à la Cour de cassation (C. jud., art. 144).

En matière pénale, le rôle du ministère public auprès des juridictions de fond comprend, outre sa mission générale de surveillance de la régularité du service des cours et tribunaux (C. jud., art. 140 et 148), trois grands secteurs: 1° les attributions de police judiciaire (C. I. cr., art. 9 et 22), 2° l'exercice de l'action publique (L. 17.4.1878, art. 1er), 3° l'exécution des jugements et arrêts (Const. art. 30, C. jud., art. 139, C. I. cr., art. 165, 197 et 376).

Le Code judiciaire considère le représentant du ministère public comme un organe judiciaire en ses articles 137 et suivants constituant le Titre II du Livre 1er de la partie du code consacrée à l'organisation judiciaire. Il est donc magistrat judiciaire et connaît ainsi les mêmes conditions générales de nomination, les mêmes incompatibilités, la même prise à partie, la même obligation de résidence et les mêmes conditions de mise à la retraite que les juges et conseillers³⁶. En revanche, le statut du magistrat du ministère public diffère à de nombreux égards de celui du magistrat du siège³⁷.

³⁵ FRANCHIMONT, M., JACOBS, A. et MASSET, A., *op. cit.*, p. 40 et s., DE LEVAL, G., *Institutions judiciaires*, Liège 1992, p. 293 et s.

³⁶ Les «Magistrats européens pour la démocratie et les libertés» ont adopté à Palerme, le 16 janvier 1993, une déclaration relative au «Statut européen de la magistrature». Aux termes de sa dernière disposition, les magistrats qui exercent les fonctions du ministère public bénéficient des mêmes libertés et jouissent de garanties équivalentes à celles définies au dit statut.

³⁷ Le magistrat du ministère public n'est pas inamovible. Son régime disciplinaire est distinct. Conformément à l'article 832 du Code judiciaire, les causes de récusation des juges ne lui sont pas applicables lorsqu'il agit en matière répressive. Vu l'unité et l'indivisibilité du ministère public, ses magistrats peuvent se remplacer indifféremment à l'audience dans le cadre de l'examen d'une même affaire, tandis que les juges et conseillers sont tenus de respecter l'article 779 du Code judiciaire. N'étant pas juge, le magistrat du ministère public ne se voit pas appliquer l'article 292, al. 2 du Code judiciaire relatif aux incompatibilités et il peut donc intervenir par voie d'avis tant en première instance qu'en degré d'appel, sans violer ni cette disposition, ni l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni le principe général du droit imposant le respect des droits de la défense.

La question de savoir si le ministère public fait ou non partie du pouvoir judiciaire est controversée³⁸. Il y a néanmoins, comme le souligne le professeur De Leval, «unanimité sur le principe: quel que soit le pouvoir dont il est l'organe, le magistrat du ministère public appartient à l'ordre judiciaire (celui-ci étant composé de l'ensemble des magistrats, voir l'article 102 de la Constitution) au sein duquel il a un statut particulier d'indépendance ou d'autonomie renforcée»³⁹.

Si le ministre de la Justice peut, conformément à l'article 274 du Code d'instruction criminelle, ordonner des poursuites dans un cas particulier, on lui refuse généralement⁴⁰ le droit d'injonction négative, qu'elle soit spéciale ou même générale. De manière pragmatique, on constate fort heureusement que, nonobstant la querelle doctrinale, la pratique ministérielle ne varie pas⁴¹.

³⁸ MM. les procureurs généraux émérites Ganshof van der Meersch, Delange, Dumon et Charles répondent par l'affirmative dans la chronique judiciaire «A propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire», *J.T.* 1990, p. 424 in fine et 425 initio. Tout en s'exprimant de manière très nuancée, Franchimont, Jacobs et Masset considèrent que les magistrats du ministère public sont membres du pouvoir exécutif (*op. cit.*, p. 42). D'autres enfin affirment formellement cette dernière solution dont le professeur Perin se fait le champion (*Annales Sénat* 24 octobre 1979, p. 72 et 73; «*Germes et bois mort dans la société politique contemporaine*» Bruxelles, 1981, p. 132-133; intervention à la conférence débat organisée le 18 mai 1982 par la C.U.P. de Liège sur le thème des injonctions dites négatives, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1983, p. 42 et s. «Du Ministère public», in *Les pouvoirs du judiciaire*, *op. cit.*, p. 87 et s.. La commission chargée de l'élaboration d'un rapport concernant la création d'un service de politique criminelle est du même avis (rapport du 25 février 1992, p. 28).

³⁹ DE LEVAL, G., *op. cit.*, p. 295.

⁴⁰ Un colloque organisé à Liège, le 18 mai 1992 a fait apparaître sur ce point l'existence de certaines hésitations (cf. l'exposé introductif de Troisfontaines, «Le ministre de la Justice peut-il adresser aux magistrats des parquets des injonctions négatives à caractère général ? » et les interventions de Perin, van Compernelle, Fettweis, François, Franchimont et Draps, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1983, n° 1-2). Quelques mois plus tard, la mercuriale de M. le procureur général Charles confirmait le point de vue traditionnel. De même, le rapport fait au nom de la commission d'enquête parlementaire sur le banditisme et le terrorisme a conclu que l'injonction négative devait rester interdite dans le chef du ministre de la justice (59/8 - 1988, p. 377). Le 25 février 1992, la commission chargée du rapport concernant la création d'un service de politique criminelle a conclu également à l'impossibilité des injonctions négatives (p. 30).

⁴¹ Voir cependant l'avis de M. Gol, *Annales parl.* du 22 mai 1990, p. 2510. Dans la déclaration gouvernementale subséquente du 5 juin 1990, le premier ministre M. Martens rappelle heureusement «qu'en dehors du cas exceptionnel de l'injonction positive et des demandes d'explications sur des procédures judiciaires anormalement longues, du contrôle de la régularité des procédures, le ministre de la Justice n'a pas à intervenir sur le plan des poursuites individuelles». Il faisait ainsi écho à l'exposé que M. le ministre de la Justice Wathelet avait fait dans le même sens (doc parl 59/10 - 1988, p. 604).

17. Malgré certaines critiques attribuées davantage aux erreurs individuelles de certains magistrats⁴², l'action du ministère public échappa longtemps à la contestation.

L'enquête parlementaire consécutive à la retentissante affaire dite «des tuteurs du Brabant Wallon»⁴³ allait à cet égard entraîner un changement des mentalités.

D'importantes déclarations furent faites, dans le cadre de cette enquête, au sujet du ministère public⁴⁴.

Le 5 juin 1990, le premier ministre M. Martens donna lecture à la Chambre d'une communication gouvernementale que les milieux politiques et journalistiques ont aussitôt qualifiée de «plan de la Pentecôte». Il exposait que «libertés démocratiques, transparence, efficacité et responsabilités sont les quatre principes à la lumière desquels devaient se comprendre toutes les mesures annoncées»⁴⁵. Celles-ci étaient de cinq sortes: des réformes concernant les autorités compétentes en matière de police, des réformes touchant à l'organisation de la police et des services de renseignements, contrôle de la police et des services de renseignements, réorganisation de la police judiciaire et, enfin, des réformes concernant l'efficacité de la jurisprudence relative aux droits de l'homme et aux libertés démocratiques⁴⁶. Il énonçait, en outre, nombre de considérations sur la politique criminelle⁴⁷.

⁴² LECLERCQ, J., «Renouveau ou déclin du pouvoir judiciaire», *J.T.* 1971, p. 624, n° 49.

⁴³ Voir la synthèse de M. l'avocat général J. du Jardin, «L'évolution des lois pénales : de 1980 à l'an 2000. bilan et perspective», in *Revue régionale de droit* n° 63 - ou 1992, p. 103 à 105.

⁴⁴ *Doc. parl. Ch.*, session 1989-1990, n° 59/8-1988, p. 163 et s; concl.: p. 377.

⁴⁵ *Annales de la Chambre* du 5 juin 1990, p. 2587.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 2588.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 2589.

La majorité des mesures annoncées par le gouvernement ont d'ores et déjà été réalisées :

- 23 mai 1990, loi sur le transfèrement inter-étatique des personnes condamnées;
- lois des 17 juillet 1990, 11 janvier 1993 en ce qu'elles concernent le blanchiment;
- loi du 20 juillet 1990 sur la détention préventive;
- les lois du 28 décembre 1990 portant augmentation des cadres;
- la loi du 30 janvier 1991 sur les armes et munitions;
- le 18 juillet 1991: suppression des officiers du ministère public auprès des tribunaux de police; formation et recrutement des magistrats; restructuration de leur carrière, harmonisation des statuts et des compétences des officiers de police judiciaire; contrôle des services de police et de renseignements;
- A. R. du 2 septembre 1991 sur le commissariat général de la police judiciaire;

B. Réformes récentes

1° *Le parquet de la Cour de cassation*

18. Une réforme récente, de caractère jurisprudentiel, qui concerne le rôle du parquet de cassation en matière pénale vise à renforcer le droit du justiciable à un procès équitable devant un tribunal impartial, tel que ce droit est conçu par la Cour européenne des droits de l'homme.

Au pénal comme au civil, le ministère public près la Cour de cassation n'est pas, sauf cas exceptionnels, partie à l'instance devant elle. Son rôle se limite à donner à la Cour un avis impartial et indépendant sur les questions juridiques soulevées et, en matière pénale, à lui signaler même d'office tout point de droit sur lequel la décision attaquée devrait se voir censurée.

Dans son arrêt *Borgers* du 30 octobre 1991⁴⁸, la Cour européenne des droits de l'homme, sans mettre en doute l'objectivité avec laquelle le parquet de cassation s'acquitte de sa mission, a considéré que l'opinion de celui-ci ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation de sorte que lorsqu'il recommande l'admission ou le rejet du pourvoi d'un prévenu, le magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif et que, dans la seconde hypothèse, l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme impose le respect des droits de la défense et du principe de l'égalité des armes. Opérant un revirement de la jurisprudence qu'elle avait adoptée dans son arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970⁴⁹, elle a, dès lors, décidé que la Belgique avait violé l'article 6, § 1er, de la Convention, parce que devant la Cour de cassation, le requérant,

– loi du 15 juillet 1992 : démilitarisation de la gendarmerie;

– loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire (aboutissement du projet dit MEEUS);

– loi du 5 août 1992 sur la fonction de police;

– loi du 8 décembre 1992 sur la vie privée.

Outre ces réformes opérées par la loi ou par arrêté royal, on peut également mentionner des circulaires ministérielles, soit l'une relative à l'utilisation des fonds mis à la disposition des services de police par le ministre de la Justice (6 avril 1990) et l'autre relative aux techniques particulières de recherche pour combattre la criminalité grave et organisée (24 avril 1990); il faut aussi mentionner la «directive générale du Collège des procureurs généraux réunis sous la présidence du ministre de la Justice et relative à la politique criminelle commune en matière de toxicomanie» (mai 1993). Quant à l'administration de l'information criminelle (dénommée improprement BIC au lieu de AIC), créée par l'arrêté royal du 2 juin 1991, modifié par A.R. du 18 janvier 1977, souvent critiquée, elle fut également supprimée par l'actuel ministre de la Justice.

⁴⁸ *Série A*, n° 214-A.

⁴⁹ *Série A*, n° 11.

prévenu, n'avait pu répondre aux conclusions de l'avocat général qui lui étaient défavorables et que ce dernier avait participé, avec voix consultative, au délibéré de la Cour.

Dès après la prononciation de cet arrêt, encore que la législation en la matière n'ait pas encore été modifiée, la Cour de cassation a spontanément adapté sa procédure en conséquence. La règle des articles 1109 du Code judiciaire et 420 ter du Code d'instruction criminelle en vertu de laquelle le ministère public peut, en principe, assister à la délibération de la Cour, n'est plus appliquée en matière pénale; en outre, le prévenu a le droit de répondre aux conclusions du ministère public.

Il est vraisemblable que le gouvernement ne déposera pas de projet de loi modifiant la législation en vigueur tant que la Cour européenne ne se sera pas prononcée dans une affaire Vermeulen qui met en cause le rôle joué par le ministère public près la Cour de cassation de Belgique en matière civile.

2º Les parquets près les juridictions de fond

19. Parmi les diverses réformes récentes qui concernent les fonctions des parquets des juridictions de fond, il convient de mentionner:

- la création de la fonction de magistrat national membre du ministère public; - la redéfinition des pouvoirs d'arrestation du procureur du Roi; - l'extension des pouvoirs des magistrats de parquet de prendre des mesures équipollentes à des sanctions; - l'interdiction pour l'auditeur militaire de cumuler dans une même cause les fonctions d'instruction et de poursuite en matière de détention préventive; - des réformes touchant principalement à l'organisation judiciaire.

a) La création de la fonction de magistrat national membre du ministère public

20. La création d'un juge d'instruction national, préconisée par certains⁵⁰, aurait posé davantage de problèmes et c'est pourquoi la solution d'un magistrat national - membre du ministère public -⁵¹ s'est facilement imposée au cours des débats relatifs à la commission d'enquête parlementaire sur le banditisme

⁵⁰ Déposition de M. Lacroix, *Doc. parl. Ch. s.* 1989-1990 n° 59/10-1988, p. 392.

⁵¹ Voir la lettre ministérielle du 25 avril 1990 désignant un magistrat national fixant sa mission et sa compétence avec effet au 1er mai 1990.

et le terrorisme⁵². L'article 5 de l'arrêté royal du 2 septembre 1991 prévoit en son premier alinéa que «le commissaire général (de la police judiciaire près les parquets) est placé sous l'autorité des procureurs généraux qui désignent un magistrat du parquet général chargé d'exercer cette autorité pendant une durée de trois ans renouvelable». Le premier magistrat national a ainsi été désigné, le 14 octobre 1991: sa désignation était faite, de surcroît, en application de l'article 15, alinéa 1er, du même arrêté, lequel prescrit que, sur la proposition des procureurs généraux, le ministre de la Justice confie la direction de la brigade spéciale chargée de la répression de la grande criminalité à un magistrat du ministère public.

Il y a lieu d'observer que l'arrêté précité du 2 septembre 1991 reconnaît indirectement l'existence de fait du Collège des procureurs généraux.

b) *La redéfinition des pouvoirs d'arrestation du procureur du Roi*

21. Répondant au vœu de la doctrine, la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, définit en son chapitre 1er les règles applicables à toute privation de liberté, alors que précédemment cette matière n'était réglée que par les seuls art. 39 et 106 du Code d'instruction criminelle. Les articles 1er et 2 de la loi soulignent le rôle capital du procureur du Roi ou de ses substituts qui trouvent évidemment dans ce pouvoir d'arrestation le plus puissant des pouvoirs de contrainte.

c) *L'extension des pouvoirs des magistrats de parquet de prendre des mesures équipollentes à des sanctions*

22. Différentes dispositions postérieures au Code d'instruction criminelle et généralement récentes confèrent au procureur du Roi et parfois à d'autres magistrats du ministère public le droit de recourir à des mesures équipollentes à des véritables sanctions.

i) La procédure dite de transaction en matière pénale⁵³ est depuis la loi du 28 juin 1984 régie par l'article 216bis du Code d'instruction criminelle.

⁵² *Doc. parl. Ch. s.* 1989-1990 n° 59/8, p. 314 et s., 381 et 382; déposition de M. Duinslaeger (59/10, p. 494 et 495); déclaration de M. le ministre de la Justice Wathelet, 59/10, p. 615 et s.; co-rapporteur Laurent, *Annales Ch.* 22 mai 1990, p. 2470.

⁵³ CLOSE, F., «La transaction en matière pénale» *Rev. dr. pén.* 1986, p. 47 à 77 et références citées; BEKAERT, H., «Le règlement de la poursuite hors procès», in *La manifestation ...*, *op. cit.*, p. 95 à 100.
Pour la politique criminelle: *Rev. dr. pén.* 1986, p. 69 à 72; JANSSENS, Ch., et VERVAELE, J., *op. cit.*, p. 26 à 45; «Over de toepassing van de minnelijke schikking in de praktijk» *Panopticon* 1991, p. 168 à 173 (MORRENS), p. 180 et 181 (rapport) et p. 458 à 460 (CUYPERS).

Lorsque le dommage éventuel causé à autrui a été entièrement réparé, le procureur du Roi peut, pour une infraction punissable, soit d'une amende, soit d'une peine d'emprisonnement dont le maximum ne dépasse pas cinq ans, soit de l'une ou de l'autre de ces peines, s'il estime ne devoir requérir qu'une amende ou une amende et la confiscation, inviter l'auteur de l'infraction à verser une somme déterminée à l'administration.

Les paiements, abandon et remise effectués dans le délai indiqué éteignent l'action publique.

Cette faculté reconnue au procureur du Roi ne peut être exercée lorsque le tribunal est déjà saisi du fait ou lorsque le juge d'instruction est requis d'instruire. Elle appartient aux officiers du ministère public près les juridictions militaires et pour les personnes à qui est reconnu un privilège de juridiction, au procureur général près la cour d'appel.

Un des inconvénients de la procédure dite de «transaction» est qu'elle est susceptible de donner à la partie poursuivante des moyens de pression incontestables.

L'arrêt Deweer de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 1980⁵⁴ a condamné la Belgique pour violation de l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, parce que la renonciation du requérant à un procès équitable découlant de ce qu'il avait accepté conformément à l'article 11 de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique des prix, une proposition de «transaction» du procureur du Roi, était entachée de contrainte, dès lors que la proposition prévoyait que la fermeture provisoire de l'établissement du requérant serait levée dès l'exécution de la «transaction».

A la suite de cet arrêt, une loi du 6 juillet 1983 a modifié les dispositions de la loi du 22 janvier 1945 relatives à la procédure «transactionnelle» en matière de réglementation des prix, de manière à la rendre compatible avec les exigences du droit du justiciable à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal, garanti par l'article 6, § 1er, de la Convention.

ii) Pour certaines infractions de droit économique et en matière de droit social, le choix est possible entre l'amende administrative et les poursuites pénales⁵⁵.

iii) Le retrait immédiat du permis de conduire est prévu par les articles 55 à 58 des lois coordonnées par l'arrêt royal du 16 mars 1968, tels qu'ils

⁵⁴ Série A, n° 35.

⁵⁵ DE NAUW, A., «L'évolution législative vers un système punitif administratif, *Rev. dr. pén.* p. 337 à 387, en particulier p. 342 à 362.

ont été modifiés à diverses reprises, notamment par la loi du 18 juillet 1990. Conformément à l'article 57, alinéa 2, des mêmes lois, la durée de retrait de permis est imputée sur la durée de la peine de déchéance du droit de conduire qui serait ultérieurement prononcée. Son application dépend de la conscience du magistrat du ministère public.

d) *L'interdiction pour l'auditeur militaire de cumuler, dans une même cause, les fonctions d'instruction et de poursuite en matière de détention préventive*

23. La réforme intervenue sur ce point a une origine jurisprudentielle.

Aux termes de l'article 5, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne arrêtée ou détenue dans les conditions prévues au paragraphe 1er, c, de cet article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires.

La principale difficulté qu'a soulevée cette disposition en droit belge est venue du sens qu'assignait la jurisprudence de la Cour européenne aux termes «magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires». Suivant cette jurisprudence, le magistrat visé par l'article 5, § 3, doit remplir un certain nombre de conditions dont notamment celle de l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties. Cette exigence d'indépendance n'est pas remplie lorsque le magistrat exerce, dans une même cause, des fonctions d'instruction et de poursuite.

L'arrêt Pauwels rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 mai 1988⁵⁶ a pu considérer qu'en tant qu'elle avait été appliquée au requérant qui était officier de carrière, la législation belge permettant à l'auditeur militaire d'exercer, dans la même cause, des fonctions d'instruction et de poursuite, constituait une violation de l'article 5, § 3, de la Convention.

Des directives ont été données dès avant la prononciation de cet arrêt pour que ce cumul de fonctions dans une même cause ne puisse plus avoir lieu à l'avenir.

e) *Les réformes touchant principalement à l'organisation judiciaire*

24. On ne signalera que pour mémoire, sans s'y arrêter, diverses autres réformes touchant principalement à l'organisation judiciaire, encore qu'elles puissent affecter à des titres divers les fonctions des magistrats du ministère public des parquets.

⁵⁶ *Série A*, n° 135.

Il s'agit notamment de réformes relatives:

- à l'instauration des substituts spécialisés en matière fiscale⁵⁷ - à la formation des magistrats⁵⁸ - aux fonctions du procureur du Roi près les tribunaux de police⁵⁹ - à l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux magistrats de l'auditorat du travail⁶⁰ - à la délégation de magistrats du ministère public au ministère de la Justice⁶¹.

⁵⁷ L'article 112 de la loi du 4 août 1986 modifiant l'art. 151 du Code judiciaire a instauré des substituts spécialisés en matière fiscale en vue d'assurer une meilleure répression de la fraude fiscale au voeu de la «charte du contribuable», (*doc. parl. Ch.*, s. 1989-1990, n° 59/8 - 1988, p. 354).

⁵⁸ La loi du 8 avril 1971 avait instauré le stage judiciaire qui, malgré ses relatives imperfections, constituait une première étape vers la formation des magistrats et, en tout cas, des magistrats de parquet. Il fut jugé insuffisant. La loi du 18 juillet 1991 organise un stage fondamentalement différent.

⁵⁹ En vertu de l'article 150 du Code judiciaire, le procureur du Roi exerce les fonctions du ministère public notamment près les tribunaux de police de l'arrondissement. Avant le Code judiciaire, le juge de paix siégeant au tribunal de Police était assisté d'un «officier du ministère public», à savoir, selon l'article 153, al. 1er de la loi du 18 juin 1869, le commissaire de police ou, à défaut, le bourgmestre.

Aux termes de l'article 156 du Code judiciaire, le procureur du Roi et ses substituts pouvaient être assistés dans l'exercice de leurs fonctions près le tribunal de police par un ou plusieurs commissaires de police désignés par le Roi par ceux de l'arrondissement. L'article 10 de la loi du 15 juillet 1970 compléta cette disposition, ajoutant que le procureur du Roi pouvait aussi être assisté «par des officiers ou agents judiciaires près les parquets». La réforme apportée par le Code judiciaire était voulue depuis longtemps: faute de soustraire totalement l'exercice d'une fonction du parquet à un agent administratif, ce système permettait tout au moins d'exercer sur ce dernier un contrôle sérieux et effectif. Ainsi continuait à subsister une confusion entre la fonction du ministère public et la fonction de police. Après l'échec de plusieurs propositions antérieures, l'article 1er de la loi du 18 juillet 1991 abroge l'article 156 précité, suite à une proposition du député Bourgeois. Cette modification législative visait à «une meilleure homogénéité de la politique en matière de réquisitions» et un parlementaire a souligné qu'elle rétablissait «de manière plus claire et plus normale l'unité, l'indivisibilité et la qualification du ministère public».

⁶⁰ Le Code judiciaire a créé le ministère public auprès des juridictions du travail qu'il instaurait. D'où l'article 138, al. 3 et, en matière pénale, l'art. 155 tel que modifié par l'art. 4/2° de la loi du 3 août 1992. Jusqu'à cette loi de 1992, les magistrats de l'auditorat du travail n'étaient pas officiers de police judiciaire.

⁶¹ L'article 60 de la loi du 6 août 1993 portant des dispositions sociales et diverses autorise la délégation de magistrats de parquet au ministère de la Justice, aux fins d'y assumer une mission spécifique, ce qui favorisera vraisemblablement la collaboration de la magistrature avec le pouvoir exécutif et, par son intermédiaire, avec le pouvoir législatif fédéral.

C. Les perspectives de réforme dans un proche avenir

25. Le gouvernement entend mener à bien quatre projets de réformes législatives de nature à affecter directement les fonctions des magistrats de parquet: l'extension du champ d'application de la procédure dite de transaction, la légalisation de la procédure de médiation pénale, l'instauration de la procédure de comparution sur convocation par procès-verbal, et l'instauration de la procédure de comparution immédiate.

Les deux premières visent surtout à pallier l'encombrement et la surcharge des tribunaux correctionnels et de simple police; les deux dernières, à accélérer la procédure de poursuites devant le tribunal correctionnel.

On ne saurait ne pas mentionner en outre une réforme qui interviendra probablement dans les prochains mois et qui ne manquera pas d'avoir, à divers égards, des incidences sur les fonctions des magistrats de parquet : la création d'un service de politique criminelle.

1° L'extension du champ d'application de la procédure dite de transaction

26. Suivant le projet de loi organisant une procédure de médiation pénale adopté par le Sénat en juillet 1993 ⁶², l'article 216bis du Code d'instruction criminelle serait modifié pour que, dorénavant, la transaction puisse être proposée par le procureur du Roi non seulement lorsque le dommage éventuellement causé à autrui a été entièrement réparé mais aussi lorsque l'auteur a reconnu par écrit sa responsabilité civile pour le fait générateur du dommage et produit la preuve de l'indemnisation de la fraction non contestée du dommage et des modalités de règlement de celui-ci.

2° La légalisation de la procédure de médiation pénale

27. Inspiré d'une expérience en ce sens entreprise depuis octobre 1991 dans le ressort de la cour d'appel de Gand, le projet de loi précité ⁶³, adopté par le Sénat en juillet 1993, tend surtout à légaliser la procédure de médiation pénale.

Seraient insérées dans le Code d'instruction criminelle des dispositions nouvelles relatives à l'extinction de l'action publique pour certaines infractions, moyennant la réalisation de conditions déterminées par la loi.

⁶² *Doc parl. Sén.* 1992-1993, n° 652-1 et 652-2. *Ann parl sén.* 14 juillet 1993, p. 3737-3748, p. 3737-3788, p. 1452-1455.

⁶³ *Doc parl. Sén.* 1992-1993, n° 652-1 et 652-2. *Ann parl sén.* 14 juillet 1993, p. 3737-3748, p. 3737-3788, p. 1452-1455.

En vertu de ces dispositions, le procureur du Roi pourrait, sans préjudice des pouvoirs que la loi lui attribue dans la matière dite des transactions, convoquer l'auteur d'une infraction, et pour autant que le fait ne semble pas de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, l'inviter à indemniser ou à réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoquerait également la victime et organiserait une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités.

Lorsque l'auteur de l'infraction invoquerait comme cause de l'infraction la circonstance d'une maladie ou d'une assuétude à l'alcool ou aux stupéfiants, le procureur du Roi pourrait l'inviter à suivre un traitement médical ou toute autre thérapie adéquate et à en fournir la preuve durant un délai qui ne pourrait excéder six mois.

Il pourrait également, après avoir fait procéder à une enquête sociale, inviter l'auteur de l'infraction à exécuter un travail d'intérêt général ou à suivre une formation déterminée d'une durée de 120 heures au plus.

Lorsque l'auteur de l'infraction aurait satisfait à toutes les conditions acceptées par lui, l'action publique serait éteinte.

3º La procédure de comparution sur convocation par procès-verbal et la procédure de comparution immédiate

28. Le projet de loi portant certaines dispositions relatives à l'accélération et à la modernisation de la justice pénale déposé au Sénat en juillet 1993⁶⁴ tend à instaurer deux formes de procédure accélérées : une procédure de comparution sur convocation par procès-verbal et une procédure de comparution immédiate.

a) La procédure de comparution sur convocation par procès-verbal

29. La procédure de comparution sur convocation par procès-verbal est conçue comme une nouvelle modalité d'introduction de l'action publique devant le tribunal de police et le tribunal correctionnel. Elle pourrait trouver à s'appliquer chaque fois qu'une affaire simple serait en état d'être jugée à bref délai alors qu'il ne s'impose pas de priver l'auteur des faits de sa liberté avant son jugement.

Suivant cette procédure, le procureur du Roi pourrait convoquer une personne qui est arrêtée en application des articles 1er et 2 de la loi du 20 juillet 1990 sur la détention préventive ou qui se présente devant lui, à

⁶⁴ *Doc. parl. Sén.* s. 1992-1993, n° 819-1.

comparaître devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel dans un délai compris entre dix jours et deux mois. Il lui notifierait les faits retenus à sa charge ainsi que les lieu, jour et heure de l'audience et l'informerait du fait qu'elle a le droit de choisir un avocat.

La notification vaudrait citation à comparaître.

b) *La procédure de comparution immédiate*

30. La procédure de comparution immédiate comporte des règles de procédure permettant un jugement du fond à très bref délai et des règles relatives à la privation de liberté du prévenu pendant le déroulement de la procédure quant au fond.

Elle ne serait applicable que si le fait est de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel principal de six mois ou une peine plus grave.

En pareil cas, le procureur du Roi pourrait, s'il estime que les éléments de la cause justifient une comparution immédiate sous détention, déférer sur le champ une personne arrêtée en application des articles 1er et 2 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, devant le président du tribunal ou le juge délégué par lui.

Il n'y aurait pas lieu à instruction. La privation de liberté dans les jours qui précèdent le jugement serait couverte par un mandat de comparution décerné par le président du tribunal ou le juge délégué par lui.

Il s'agirait donc d'une forme de détention préventive hors instruction, les missions du juge d'instruction et de la chambre du conseil en ce qu'elles concernent la privation de liberté étant prises en charge par le président du tribunal ou le juge délégué.

Le prévenu placé sous mandat de comparution devrait comparaître devant le juge du fond dans les cinq jours.

Toutefois, dans certaines conditions que le projet précise, le jugement pourrait être retardé au-delà du cinquième jour. En tout état de cause, le jugement devrait être rendu dans les deux semaines qui suivent l'expiration du premier délai de cinq jours.

4° *La création d'un service de politique criminelle*

31. Selon la définition souvent citée de M. Ancel, la politique criminelle⁶⁵ est «l'organisation cohérente et rationnelle de la réaction sociale

⁶⁵ du JARDIN, J., «La politique criminelle du ministère public», in *Liber Amicorum Dumon*, Anvers 1983, p. 437 à 456; LEGROS, R., «Politique criminelle et droit pénal», *Rev. dr. pén.* 1980, p. 287 à 302; DE WILDE, L., «Het sepotbeleid»; VERHEGGE, G., «Beschouwingen bij het beleid van het openbaar ministerie».

contre la délinquance». A ce titre, elle doit pouvoir se développer au niveau des trois pouvoirs de l'Etat national: le législatif, l'exécutif et le judiciaire⁶⁶. C'est évidemment au sein de cette politique criminelle judiciaire que se développe l'action du parquet. Le ministère public exerce toutefois en Belgique une influence, non seulement sur le procès pénal, mais sur l'action pénale en général⁶⁷.

Aux termes du «plan de Pentecôte», le gouvernement entendait créer «un service spécialisé de politique criminelle ayant une approche scientifique et juridique des phénomènes criminels»⁶⁸.

Par arrêté ministériel du 9 janvier 1992, une commission présidée par le premier avocat général De Wilde fut chargée de l'élaboration d'un rapport concernant la création dudit service. Elle déposa le 25 février 1992 un volumineux rapport, en conclusion duquel elle rédigeait un avant-projet de loi créant un «commissariat général à la politique criminelle». Le rapport de la commission est particulièrement documenté. La politique criminelle y a été envisagée dans son acception la plus large englobant notamment le contrôle préventif (pages 11 et 13) et la politique pénitentiaire (page 15), mais aussi, bien entendu, une politique de recherche, une politique de poursuite et une politique de répression. En mai 1992, les procureurs généraux près les cours d'appel réunis en collège avec le ministre de la Justice n'ont formulé aucune objection au niveau des principes retenus. La commission déposa ainsi son rapport final en date du 18 juin 1992. Il est à peine besoin de souligner que les implications budgétaires sont en l'occurrence très lourdes.

D. Les perspectives de réforme à plus longue échéance

32. On peut présumer que les réformes à intervenir à plus longue échéance porteront notamment sur une redéfinition des tâches de l'information préparatoire du ministère public, une extension des droits de défense à garantir pendant cette information, une extension de la compétence territoriale du procureur du Roi, le régime de l'exécution des peines, la légalisation des communications faites à la presse et peut être aussi l'institutionnalisation du collège des procureurs généraux.

⁶⁶ du JARDIN, J., *ibid.*, p. 439.

⁶⁷ SCREVEN, R., et van BEIRS, L., «Le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal», *R.I.D.P.* 1963, n° 3, p. 36 à 40, n° 23 à 27.

⁶⁸ *Ann. parl. Ch.* 1990, p. 2590.

1° Une redéfinition des tâches de l'information préparatoire du ministère public

33. Le Code d'instruction criminelle ne prévoyait nullement l'information préparatoire. La Cour de cassation en a néanmoins reconnu la licéité dans un arrêt du 20 mars 1916⁶⁹. Ultérieurement, plusieurs lois ont expressément reconnu ce droit d'informer qui semble bien avoir été consacré pour la première fois dans l'arrêté royal n° 59 du 10 janvier 1935 introduisant dans le Code d'instruction criminelle un nouvel article 138⁷⁰. Il n'empêche que, *de lege lata*, l'information du parquet n'est régie par aucune loi, ainsi que le remarquait déjà en 1931 une célèbre mercuriale de M. le procureur général Cornil. Le 2ème Titre du Livre II du projet de code rédigé par le commissaire Royal, Monsieur Bekaert, était consacré à l'«information du Procureur du Roi»; celle-ci était ainsi légalisée.

La doctrine et notamment le professeur Franchimont insistent à nouveau pour que soient données à l'information prétorienne des bases légales qui garantiraient davantage le prévenu⁷¹. Une amélioration souvent souhaitée consisterait à ériger en condition de régularité de la procédure l'audition de l'inculpé au cours de l'information (et *a fortiori* de l'instruction) préparatoire, audition qui serait effectuée, selon le cas, par le magistrat de parquet (par le juge d'instruction) ou par un officier de police judiciaire dûment délégué⁷². D'autres suggestions ont encore été faites : la validité d'une perquisition consentie serait subordonnée à la condition que le consentement résulte d'un écrit établi entièrement de la main de la personne concernée; de manière audacieuse, le projet de M. Bekaert proposait que l'expertise devienne un acte de police judiciaire qui, à ce titre, pourrait être requis par le ministère public etc....

La commission d'enquête sur le terrorisme s'est, elle aussi, étonnée du «vide juridique» laissé par le Code d'instruction criminelle⁷³. La commission Franchimont s'emploie à le combler.

⁶⁹ Cass., 20 mars 1916, Bull et Pas., 1915-1916, I, 310; voir aussi Cass. 24 septembre 1951 *ibid.* 1952, I, 17 (l'argument est tiré de l'article 22 du Code d'instruction criminelle).

⁷⁰ LECLERCQ, J., «Le Procureur général près la cour d'appel - quelques aspects de sa fonction», *Rev. dr. pén.* 1984, p. 178.

⁷¹ FRANCHIMONT, M., «Les dérives de la procédure - réflexions sur le procès pénal», in «Punir mon beau souci», *Revue de l'U.L.B.* 1984/1-3, p. 253; FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., et MASSET, A., *op. cit.*, p. 201 et 259 à 261.

⁷² BOSLY, H. D., «D'une procédure unilatérale vers une procédure contradictoire» in *Mélange Legros*, p. 17 et 18.

⁷³ *Doc. parl. Ch.*, s. 1989-1990, n° 59/8-1988, p. 305.

Elle proposerait d'insérer dans le Code d'instruction criminelle des dispositions nouvelles précisant en quoi consiste l'information et quelles sont à cet égard les fonctions du procureur du Roi.

Suivant ces dispositions, l'information serait définie comme consistant en un ensemble d'actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments nécessaires en vue de l'exercice de l'action publique.

Il serait précisé que :

- l'information s'exerce sous la direction du procureur du Roi ou, dans les matières qui relèvent de sa compétence, de l'auditeur du travail;
- le procureur du Roi et les officiers de police judiciaire qui sont ses auxiliaires ont un devoir et un pouvoir général d'information dans le respect de la Constitution, de la loi, des principes généraux du droit, des droits de l'homme et des conventions internationales;
- sauf les exceptions prévues par la loi, les actes d'information ne peuvent comporter aucun acte de contrainte ni porter atteinte à la liberté et aux autres droits de l'individu; que toutefois ces actes peuvent comprendre la saisie des choses citées à l'article 35 du Code d'instruction criminelle;
- le ministère public juge de l'opportunité des poursuites;
- il exerce l'action publique suivant les modalités prévues par la loi;
- le pouvoir d'information du procureur du Roi subsiste après l'intentement de l'action publique. Ce pouvoir cesse toutefois en ce qui concerne les faits dont le juge d'instruction est saisi, lorsque l'information porterait atteinte à la compétence de celui-ci.

2º L'extension des droits de la défense

34. Parmi les propositions de la commission Franchimont, certaines porteraient sur l'extension des droits de la défense durant l'information, notamment :

a) Quant à l'obtention de copies des déclarations

L'information resterait secrète mais, sans préjudice des dispositions des lois spéciales, toute autorité judiciaire ou tout service de police qui a interrogé une personne contre qui existent des indices sérieux de culpabilité ou qui est lésée par une infraction, devrait remettre ou adresser à cette personne, sur sa demande, copie de la déclaration qu'elle a faite.

b) *Quant à l'utilisation de documents lors des interrogatoires*

La personne interrogée pourrait utiliser les documents en sa possession et lors de l'interrogatoire ou ultérieurement, exiger que ces documents soient joints au procès-verbal d'audition.

c) *Quant à la cessation de certains actes d'information*

Sans préjudice des dispositions des lois spéciales, la personne gravement et injustement lésée par un acte d'information relatif à ses biens pourrait en demander au procureur du Roi la cessation.

Le procureur du Roi aurait à statuer par décision motivée. Appel de la décision pourrait être interjeté auprès de la chambre des mises en accusation. Le requérant ne pourrait formuler de nouvelle requête avant l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la dernière décision.

3° *L'extension de la compétence territoriale des procureurs du Roi*

35. Les procureurs du Roi sont chargés notamment de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux correctionnels ou aux cours d'assises (C.I. cr., art. 22).

Dans l'état actuel des textes, sont également compétents le procureur du Roi du lieu du crime ou du délit, celui de la résidence de l'inculpé et celui du lieu où l'inculpé peut être trouvé (C.I. cr., art. 23, al. 1er). Mais le procureur du Roi saisi d'une infraction dans les limites de cette compétence, peut procéder ou faire procéder hors de son arrondissement à tous actes d'information ou d'instruction relevant de ses attributions s'il estime que des circonstances graves et urgentes le requièrent (C.I. cr., art. 23, al. 2).

La commission Franchimont envisagerait d'étendre la compétence territoriale des procureurs du Roi en ce sens que le procureur du Roi, saisi d'une infraction dans les limites de sa compétence, pourrait procéder ou faire procéder hors de son arrondissement à tous actes d'information ou d'instruction relevant de ses attributions : il aurait cependant à en aviser immédiatement le procureur du Roi de l'arrondissement dans lequel l'acte doit être accompli.

4° *La réforme du régime de l'exécution des peines*

36. *De lege data*, et sous réserve de la possibilité d'accorder le sursis, le magistrat du siège reste sans compétence au niveau de l'exécution des

peines qu'il prononce; celle-ci relève du ministère public et du pouvoir exécutif⁷⁴.

De lege ferenda, on peut envisager la création : soit d'un tribunal de l'application des peines⁷⁵ - soit d'une commission pénitentiaire⁷⁶. La première solution rencontre généralement les faveurs de la doctrine mais se heurte à des obstacles budgétaires.

En attendant, c'est le ministre de la Justice qui garde la haute main sur la politique pénitentiaire. La surpopulation dans les prisons le contraint régulièrement à suggérer à S. M. le Roi des arrêtés de grâce collective. De même des décisions de libération provisoire doivent être souvent prises d'urgence, sans même que les parquets soient préalablement consultés⁷⁷. Les ministres de la Justice successifs ont même dû prendre des circulaires recommandant la non-exécution des courtes peines privatives de liberté⁷⁸. Il s'avère, par ailleurs, que les avis du ministère public ne peuvent plus guère influencer la décision ministérielle en matière de libération conditionnelle⁷⁹,

⁷⁴ Cass., 30 avril 1906. Bull. et Pas., I, 205; voir CONSTANT, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège 1965, t. II, n° 936.

⁷⁵ Comme le suggère par exemple l'avant projet de Code pénal du commissaire royal, M. le premier président Legros.

⁷⁶ Comme le suggérait notamment le Conseil supérieur de la politique pénitentiaire au cours des travaux accomplis de 1978 à 1982 (*Rev. dr. pén.* 1986, p. 693 et s.).

⁷⁷ Sur la question controversée de savoir si le ministre prend semblables décisions en sa qualité de chef des parquets ou en sa qualité de chef de l'administration pénitentiaire, voir *R.P.D.B.* V° Libération et condamnation conditionnelle, n° 103 et s.

⁷⁸ Aux assises pénitentiaires tenues à Namur le 6 novembre 1982, l'A.S.M. a suggéré quelques «recettes» concrètes : *Rev. dr. pén.* 1983, p. 357 à 359. «L'essentiel des transformations de l'action pénitentiaire se fait par voie prétorienne, par des circulaires ministérielles prises sur la base de dispositions très générales du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois complémentaires souvent très largement interprétées» (DUPREEL, J., «Evolution législative et réglementaire du traitement pénitentiaire», *Rev. dr. pén.* 1967-1968, p. 203 et s.).

Voir aussi ELIAERTS, C., «La révision de la loi sur la libération conditionnelle : vers un droit de l'exécution des peines ?», *Rev. dr. pén.* 1980, p. 915 et s.

⁷⁹ La loi Lejeune du 31 mai 1888 reste inchangée; quant à la procédure, il faut cependant noter la modification apportée à l'article 116 de l'arrêté royal du 21 mai 1965 par l'arrêté royal du 4 avril 1991.

Comme le soulignait récemment encore M. l'avocat général du Jardin, «l'évolution de la libération conditionnelle fait apparaître la marge qui s'est formée entre l'économie d'une loi datant du 31 mai 1888 et la manière dont elle est appliquée. Le critère d'octroi de la libération anticipée est fondé sur l'idée d'amendement, alors que l'évolution des conceptions en matière de traitement des condamnés détenus devrait conduire à privilégier l'élaboration d'un plan concret de réinsertion sociale» (du JARDIN, J., «L'évolution des lois pénales ...», *op. cit.*, p. 108).

tant celle-ci est tributaire, pour une grande part, de la surpopulation pénitentiaire.

5° *La législation des communications faites à la presse*

37. Ce n'est pas le juge d'instruction mais bien le procureur général près la cour d'appel ou le cas échéant l'auditeur général près la cour militaire (et par délégation éventuelle un magistrat d'un parquet ou d'un audiorat) qui peut lever le secret de l'instruction ou *a fortiori* de l'information préparatoire; c'est eux qui peuvent donner l'autorisation de prendre connaissance et/ou copie des pièces d'un dossier répressif en application notamment des articles 125 du Tarif Criminel, 305 du Code d'instruction criminelle, 235, § 1er, al. 2, du Code des impôts sur les revenu⁸⁰. Il est donc logique assurément que ce soit le parquet qui se voie confier le soin d'informer la presse, dans le souci de concilier le secret du dossier répressif et le «droit à l'information» (Conv. E.D.H., art. 10). Afin de mieux respecter la présomption d'innocence, plusieurs suggestions ont été faites tendant à interdire la divulgation dans la presse des identités des suspects, inculpés et prévenus. De même, la divulgation prématurée à la presse d'un acte d'accusation apparaîtrait fautive dans le chef du magistrat du ministère public et pourrait donner lieu à sanction disciplinaire⁸¹. Mais il reste que, *de lege data*, les relations pratiquement quotidiennes du parquet avec les journalistes ne sont pas réglées par la loi, mais bien par simples circulaires ministérielles⁸²; au demeurant, il semblerait que ces dernières ne soient pas également respectées partout.

Tout en pouvant assurément constituer en certains cas une faute déontologique susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire, le fait de rapporter à un journaliste des faits ou propos d'audience ne paraît pas pouvoir constituer, dans le chef de ce magistrat, une violation de l'article 458 du Code pénal, dès lors qu'ainsi tombés dans le domaine public (art. 96 Const.), ces faits ou propos n'apparaissent évidemment plus devoir être considérés comme secrets⁸³.

⁸⁰ De le COURT, E., «La communication des dossiers répressifs par le Procureur général», *Rev. dr. pén.* 1963-1964.

⁸¹ *Pandectes*, V° Acte d'accusation, n° 97.

⁸² Circ. du bus de Warnaffe du 24 juillet 1953, Vermeylen du 9 avril 1965 et Gol du 15 juin 1984; voir aussi Cass. 14 mai 1987 et conclusions du ministère public, *J.T.* 1988, p. 1958 et *R.C.J.B.* 1988, p. 528 à 567 avec note Verhoeven; les directives du 1er mars 1993, rédigées par la Conférence des chefs de corps réunis à la Cour de cassation s'adressent quant à elles, tant aux magistrats du siège qu'à ceux du parquet.

⁸³ Contra : LAMBERT, P., *Le secret professionnel*, Bruxelles 1985, p. 235

La commission chargée du rapport concernant la création d'un service de politique criminelle suggère en son rapport du 25 février 1992 que ce service «étudie la possibilité d'un recyclage de magistrats en matière de journalisme ou, mieux encore, la création d'un service d'information indépendant ou autonome qui interviendrait tant pour le ministère de la Justice que pour les autorités judiciaires».

La commission Franchimont envisagerait de proposer que soient insérées dans le Code d'instruction criminelle des dispositions réglant la matière.

Ces dispositions confirmeraient que toute personne qui concourt professionnellement à l'information ou à l'instruction est tenue au secret de l'instruction et que toute violation du secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal.

Elle préciserait en outre que toutefois :

- d'une part, le ministère public peut donner à la presse des éléments d'information sur le déroulement d'une procédure, en respectant les droits de la défense et la vie privée et s'il s'agit d'une instruction, avec l'accord du juge d'instruction,
- d'autre part, les avocats peuvent, en respectant la vie privée et la déontologie professionnelle, donner des éléments d'information à la presse dans l'intérêt de leurs clients.

6° *L'institutionnalisation du collège des procureurs généraux près les cours d'appel*

38. Les cinq procureurs généraux près les cours d'appel ont pris l'habitude de se réunir. Leur collège ne constitue cependant pas un organe distinct de ses membres : chacun d'eux garde l'intégralité de ses pouvoirs dans son ressort⁸⁴. Le ministre de la Justice a songé à institutionnaliser ce collège⁸⁵, malgré les critiques dont celui-ci à tort ou à raison a fait l'objet⁸⁶. Au vu d'un questionnaire qu'elle a transmis aux magistrats, la commission du professeur Franchimont semble étudier la question. Pour sa part, la commission chargée du rapport concernant la création d'un service

⁸⁴ MATTHIJS, J., «Het Belgisch openbaar ministerie in zijn beleid, getoetst aan de nieuwe wetten», *Jaarboek 1969-1970*, p. 92 et s. particulièrement p. 129.

⁸⁵ Déclaration de M. le ministre Wathelet, *Doc. parl. Ch.*, s. 1989-1990, doc. 59/10-1988, p. 605.

⁸⁶ Déposition de M. le premier président Châtel, *ibid.*, p. 516 et s.

de politique criminelle est arrivée à la conclusion que l'institutionnalisation du collège ne pouvait être conseillée.

IV. Conclusions

37. Les tendances de réforme ayant trait aux fonctions du juge d'instruction et à celles du parquet dans la procédure pénale belge ne semblent donc pas aller dans le sens de modifications fondamentales du droit positif.

Les tâches de l'information et de l'instruction seront sans doute redéfinies, ce qui permettra de mieux les préciser, mais très vraisemblablement, les thèses favorables à l'adoption d'un système qui ne comporterait pas de juge d'instruction ou d'un système dans lequel le juge d'instruction serait remplacé par le juge de l'instruction resteront, sur le plan normatif, sans écho.

38. Diverses réformes récentes en la matière ont été axées essentiellement sur la préoccupation de renforcer la protection de certains droits fondamentaux des individus.

- Le droit, tout d'abord, à la liberté et à la sûreté.

La législation de 1990 relative à la détention préventive entend, par divers moyens, garantir ce droit de manière plus effective : en réduisant le champ d'application de cette détention, en clarifiant les règles régissant la privation de liberté avant la comparution devant le juge d'instruction, notamment celles ayant trait aux pouvoirs d'arrestation du procureur du Roi, en renforçant en matière de détention préventive l'autonomie du juge d'instruction, en introduisant en cette matière certains éléments de procédure contradictoire, en accroissant les exigences quant à la motivation des décisions ayant trait à la matière, en améliorant l'information de la défense, en étendant le droit pour la défense d'avoir en la matière accès au dossier de l'instruction, en instituant une procédure particulière en cas de détention préventive anormalement longue, en renforçant les exigences pour le renvoi de l'inculpé sous les liens du mandat d'arrêt devant la juridiction du jugement ainsi que l'arrestation immédiate après condamnation, en améliorant en la matière les procédures de recours et en instituant des mesures alternatives à la détention préventive ...

C'est aussi ce droit que le juge entend mieux protéger, en supprimant en matière de détention préventive des militaires, la possibilité qu'avait

auparavant l'auditeur militaire d'exercer dans la même cause des fonctions d'instruction et de poursuite.

- Le droit aussi du prévenu à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal impartial.

C'est pour rencontrer les exigences de ce droit telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence européenne que la jurisprudence belge, depuis peu, interdit au juge d'instruction de faire partie du siège de la juridiction de jugement appelée à statuer dans la cause qu'il a instruite, ou encore reconnaît le droit pour un prévenu demandeur devant la Cour de cassation de répondre aux conclusions de l'avocat général et considère que ce magistrat du ministère public ne peut participer au délibéré de la Cour.

- Le droit également au respect de la vie privée.

C'est pour se conformer aux exigences de ce droit telles qu'elles sont conçues tant par la jurisprudence européenne que par la jurisprudence belge, que le législateur est intervenu récemment afin de légaliser le pouvoir du juge d'instruction d'ordonner le repérage de communications téléphoniques. Dans les dispositions du Code d'instruction criminelle qui sous peu vraisemblablement préciseront les tâches du procureur du Roi, sera sans doute soulignée son obligation de ne donner à la presse, des éléments d'information sur le déroulement des procédures qu'en respectant les droits de la défense et de la vie privée.

39. On peut penser que le souci d'assurer à l'inculpé ou au prévenu un procès pénal aussi équitable que possible se concrétisera de diverses manières dans un certain nombre de réformes à venir : - par l'extension des droits de défense au stade de l'information ou de l'instruction préparatoires notamment en ce qui concerne l'obtention de copies de déclarations, l'utilisation de documents lors des interrogatoires, la consultation du dossier répressif, la cessation de certains actes d'information ou d'instruction ou l'accomplissement de certains actes d'instruction; - par l'amélioration du système des recours notamment en cas de contestations relatives à la régularité de la procédure d'instruction; - par la revalorisation des fonctions du juge d'instruction et par le renforcement de son indépendance, ce magistrat perdant sa qualité d'officier de police judiciaire et ne se trouvant plus, dès lors, soumis à la surveillance du procureur général près la cour d'appel.

40. On ne saurait assurer de manière satisfaisante le droit des inculpés ou des prévenus de voir leur cause entendue dans un délai raisonnable qu'en

désengorgeant les juridictions répressives de jugement, en particulier, par l'instauration de nouvelles mesures alternatives aux poursuites ainsi que par l'extension du champ d'application de celles de ces mesures qui sont déjà prévues par le droit positif.

On peut, dans cette perspective, s'attendre à des réformes impliquant un accroissement des pouvoirs décisionnels du ministère public notamment en matière de transaction ou de médiation pénale, dans le même temps, où en matière d'exécution des peines comme au demeurant, en matière civile, son rôle tend à s'amenuiser.

41. Probablement, interviendront aussi, encore qu'elles soient controversées, des réformes visant à faire juger certaines causes pénales non pas tant dans un délai raisonnable que dans un bref délai : elles permettront au ministère public d'intenter des poursuites en ayant recours à des procédures accélérées, procédure de comparution sur convocation par procès-verbal ou procédure de comparution immédiate.

42. De ce que d'une manière générale, la réaction sociale contre l'infraction et contre le délinquant s'engage ainsi dans la voie d'une prise en compte toujours plus rigoureuse des droits fondamentaux et des droits de la défense, on ne saurait déduire que toutes les réformes en perspective impliqueront un renforcement de la protection de ces droits.

Les nécessités de la lutte contre la grande délinquance organisée amèneront sans doute des réformes apportant de nouvelles limitations à certains de ces droits. Ainsi, s'il est adopté, le projet de loi tendant notamment à permettre aux juges d'instruction de procéder ou de faire procéder dans certaines conditions à des écoutes téléphoniques autorisera des ingérences dans le droit au respect de la vie privée, qui dans l'état actuel du droit interne sont prohibées.

43. Ce sont ces mêmes nécessités qui sous-tendent quelques autres réformes à caractère plus structurel déjà réalisées ou en voie de réalisation. Deux tendances à cet égard sont perceptibles : - d'une part, une tendance à l'extension de la compétence territoriale des parquets; d'autre part, une tendance à l'accentuation de certains éléments de centralisation de ceux-ci: il y a peu, la création de la fonction de magistrat national, membre du ministère public; demain, très vraisemblablement, la création d'une entité administrative nouvelle : le service de politique criminelle; plus tard, peut-être l'institutionnalisation du collège des procureurs généraux.

44. Toute projection vers le futur comporte une part d'irrationnel.

Seul l'avenir permettra de vérifier les conjectures émises ici au sujet des réformes en perspective et, pour autant que ces réformes se réalisent, de dire si celles-ci pourront mettre un terme aux prétendus désarrois du juge d'instruction comme à la prétendue crise du ministère public.

Jacques VELU*

Procureur général près la Cour de Cassation

* Rapport présenté par Monsieur Jules D'HAENENS, Président de la Cour de Cassation.

DENMARK

*

DANEMARK

1. Investigation judges

The Danish administration of justice system does not comprise investigation judges.

The Danish administration of justice system is based upon the principle of equality before the law and the prosecutory principle, i.e. the fact that, basically, prosecutor and defendant are equal parties before the court and the fact that responsibility for the institution of criminal proceedings rests with the prosecution and not with the judge. The courts will begin functioning solely on the request of a prosecutor (accusatorial procedure).

2. The Public Prosecution Service

Formally, the head of the Prosecution Service is the Minister for Justice. According to custom however, the Minister does not interfere with the conduct of prosecutions. The Director of Public Prosecutions (Rigsadvokaten) is the highest prosecution authority for the entire country, and he is the organisational head of the Prosecution Service. The Director is a civil servant appointed by the Crown.

Under the Director of Public Prosecutions there is a service of public prosecutors. It comprises six regional public prosecutors (statsadvokaten). In addition, there is a special prosecutor who is responsible for investigating serious fraud.

In major criminal cases the decision to institute criminal proceedings is taken by the public prosecutor. He also appears for the prosecution in cases tried before a jury in the High Courts and in all cases on appeal before those courts.

The public prosecutors oversee the activities of the local prosecutors and of the police.

Under the public prosecutors there are 53 police districts headed by chiefs of police (politimestre) and a separately organised Metropolitan Police for the City of Copenhagen. The chiefs of police and their deputies, all of them members of the legal profession, appear for the prosecution in the courts of first instance.

The chiefs of police (local prosecutors) are responsible for initiating prosecution in all cases except major ones and represent the prosecution in court in such cases. They also appear in trials on indictment before the courts of first instance, even though the indictment may have originated from the public prosecutor. In these capacities the chiefs of police and their legal staff are part of the public prosecution service.

The chiefs of police also head the police forces in the local districts. They are responsible for the investigation of crime in their respective districts. The chiefs of police and their legal staff supervise the police in their conduct of investigations.

The six public prosecutors refer cases which require special attention to the Director of Public Prosecutions. Likewise, complaints against decisions taken by the public prosecutors, for instance to discharge a suspect or not to prosecute because of insufficient evidence can be brought before him. He can direct that particular cases be submitted to him for review and he can even direct that certain types of case be so referred. He issues general directions to the public prosecutors and the local chiefs of police and he circulates specific information and instruction on matters of criminal law and procedure. He acts as adviser to the Minister for Justice on matters of a general nature.

In addition, he and his two deputies appear before the Supreme Court in criminal cases.

Decisions taken by either of the two High Courts as first instance may be appealed to the Supreme Court, whereas decisions by these Courts on appeal from the district courts may only be brought before the Supreme Court with leave from the Ministry of Justice. In criminal cases the Supreme Court cannot consider evidence, but only matters of law or procedure and the sentence imposed.

The Director of Public Prosecutions has the essential duty of ensuring that the interpretation of criminal law and sentencing are consistent throughout the country. This is done by circulating instructions to the public prosecutors as to what sentences to seek from the High Court and by selecting cases which can be brought before the Supreme Court so that it may establish case law.

3. It follows from Danish procedural law that the courts do not begin functioning on their own accord, but solely if the prosecution, or for exceptional offences private persons, institute proceedings.

The courts will also review whether conditions for the application by the police of various forcible investigative measures such as arrest, detention on remand, searches and seizures have been fulfilled. The prosecution shall bring such investigative measures before the court for approval. Moreover, the suspect or others who are subjected to investigative measures can require that the prosecution bring complaints against such measures before the court for review of the question whether conditions laid down in the Administration of Justice Act on the application of such measures have been complied with.

In Denmark the general rule applies that offences are prosecuted by the local prosecutor (chief of police) or at a higher level by the Prosecution Service. Prosecution shall be initiated irrespective of the wishes of the victim. Exceptions to the latter rule are libel and slander for instance, where legal action must be taken by civil procedure by the injured party. Cases concerning violation of the privacy of others cannot be prosecuted by public prosecutors unless so required by the injured party. With the exception of a few offences, of which an example has just been given, a private citizen is not entitled to institute criminal proceedings.

Pursuant to the key provision laid down in Section 96 of the Administration of Justice Act the public prosecutors shall, in cooperation with the police, prosecute crimes in accordance with the provisions of the Act.

By virtue of the provision the public prosecutors shall process any case with the expedition required by the nature of the case, and in doing so they shall ensure not only that anybody liable to punishment is held accountable but also that innocent persons are not prosecuted.

Under the Danish Administration of Justice Act the prosecutor is at liberty to refrain from bringing a prosecution in cases involving minor offences usually punishable by a fine only, typically traffic violations. The public prosecutor may waive prosecution whenever he considers that special mitigating circumstances warrant such a decision and that prosecution can be waived without damage to public interest.

Offenders under the age of eighteen can be dealt with under the child welfare law. This is done by waiver of prosecution provided that, in case he has not been remanded in custody the suspect consents to pay a small fine, the amount of which will be suggested by the prosecutor and decided by the judge.

In the light of the increasing number of criminal cases the Administration of Justice Act has in recent years established an authority to discontinue investigations or institute proceedings if it is considered that the conduct of investigations or proceedings will entail difficulties, costs or a time span which will not reasonably correspond to the importance of the case and the sentence which is expected to be imposed.

Thus, it rests with the prosecution to ensure that persons and companies that have committed an offence, are prosecuted and sentenced as expeditiously as possible and to ensure that those who are innocent are not prosecuted. Moreover, the prosecution shall ensure that police inquiries are conducted speedily and efficiently in strict compliance with the detailed provisions of the Administration of Justice Act established to protect defendants and suspects.

The prosecution shall procure evidence that the defendant is guilty, and in this connection the prosecution is required to be objective and is required also to present every fact which speaks in favour of the defendant. The requirement of objectivity is essential for the activities of the prosecution, as is also emphasised in the 1991 United Nations Guidelines on the Role of Prosecutor.

4. It is a distinguishing feature of the Danish administration of justice system that the local chief of police performs two functions. The chief of police, who is a graduate in law and who has generally received his professional training within the prosecution service, heads the investigating police. In addition, he heads the local prosecution service and in this capacity he is assisted by a number of police legal staff.

This entails that on a comparatively informal basis the police can consult the legal staff of the prosecution service on ways in which investigations should be organised and on what juridical investigative measures should be taken.

In this way it is ensured that unnecessary inquiries may be avoided, and that investigations may be discontinued as soon as the prosecution service finds that sufficient evidence cannot be procured or that the acts committed do not amount to an offence.

This informal co-operation will save much time, typically to the advantage of the suspect.

Police legal staff are also afforded the opportunity to verify at close quarters that when conducting their inquiries the police act in compliance with the provisions of the Administration of Justice Act.

From considerations of principle the fact that the same person, i.e. the chief of police, is responsible for investigations as well as prosecutions may

give rise to reflections whether the prosecution is able to exercise the necessary and independent controls of the investigative methods applied by the police and if the chief of police, being the local prosecutor, is able to assess quite objectively whether proceedings should be instituted.

In Denmark these doubts are countervailed by the fact that the public prosecutors intensively monitor the activities of the chiefs of police. All procedural decisions and, additionally, decisions on investigative measures which have been taken by the chief of police or by the police acting on the responsibility of the chief of police may be complained against to the public prosecutor, just as a suspect may request that any decision be brought before the court for review. This, incidentally, happens on very rare occasions only.

The public prosecutor frequently inspects police districts and examines cases under investigation. In addition, the chief of police will forward all acquittal judgements to the public prosecutor, who will assess whether or not proceedings should have been instituted. The total time of processing the case will also be subjected to review.

5. Reform and trends

Prior to the fundamental reform of procedural law of 1919, the inquisitorial procedure was in force in Denmark, i.e. the system under which the case is investigated by a judge, who examines defendants and witnesses, decides what forcible investigative measures be applied and, often, brings a prosecution. In earlier times, incidentally, it was also the investigation judge who pronounced judgement at the trial.

In 1919 the accusatorial procedure system was introduced under which it is the prosecuting authority, organisationally separated from the judiciary, which decides on forcible investigative actions to be taken, frequently with prior or subsequent approval by the courts, and which brings the prosecution.

This procedural system has been upheld since 1919, and later amendments to the Administration of Justice Act have in all essentials aimed at enhancing the suspect's legal position as a party to the proceedings before the court, i.e. safeguarding the principles of a fair trial, including that of equality of arms.

The development appears to have been largely supported by case law established in recent years by the European Court of Human Rights, which in its interpretation of especially Article 6 seems to attach importance to the guarantees of security of life and property that are traditionally found in Anglo-Saxon legal systems, under which the accusatorial procedure applies.

Especially the requirement laid down in Article 6, paragraph 1, on the right to a public hearing and the right under paragraph 3 d, to examine or have examined witnesses before the adjudicating court, as well as the fact that the other rights of the suspect provided by Article 6 also according to case law are extended to apply during pre-trial proceedings, reduce or practically nullify the advantages concerning efficient, targeted and expeditious investigations which characterise the inquisitorial procedure.

Moreover, the Court of Human Rights has read into the requirement of a fair trial provided by Article 6 the principle that equality of arms must apply to the prosecution and the accused wherever possible. This appears to have raised problems for States in which there exists the tradition that the prosecution as an objective authority has a special affiliation to the judiciary, for instance in connection with bringing cases before appellate courts.

Therefore, there are grounds to believe that in the years to come those European countries which still use the Continental procedural system will feel obliged to move further towards the system of accusatorial procedure, which, all things considered, is more resource consuming than is the inquisitorial system. Delays of proceedings in the judicial sector may arise unless substantial additional resources are provided. The time consumed by the entire process of criminal proceedings is a problem which obviously afflicts all EU Member States.

The Attorney General
Asbjørn JENSEN

FRANCE

LES FONCTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION ET DU PARQUET DANS LA PROCÉDURE PÉNALE: TENDANCES DE RÉFORME EN EUROPE

Rappel de la législation française traditionnelle

– Le juge d'instruction, juge du siège, et le magistrat du parquet appartiennent à un corps unique soumis aux mêmes règles déontologiques. On peut passer d'une fonction à l'autre au cours d'une carrière. Toutefois le juge d'instruction bénéficie de l'inamovibilité tandis que le parquet peut recevoir des instructions écrites de poursuite du ministre de la justice mais garde à l'audience sa liberté de parole.

– Les poursuites sont engagées par le parquet (ou une victime qui se constitue partie civile en cas d'inaction). Le juge ne peut pas se saisir d'office; s'il découvre une infraction il doit communiquer les éléments en sa possession au procureur qui appréciera la suite à donner.

– L'ouverture d'une information est obligatoire en matière criminelle. Mais en matière délictuelle, le parquet a le choix du mode de poursuite qui tient compte notamment de la difficulté de l'affaire et de la personnalité des personnes en cause. Le dossier peut être déféré directement au Tribunal à l'issue de l'enquête préliminaire ou de flagrant délit (citation directe par huissier, convocation par un greffier, un huissier ou le chef de l'établissement pénitentiaire sur instruction du procureur, convocation par procès verbal du

procureur lorsque la personne mise en cause lui est présentée avec, le cas échéant, présentation à un juge du siège pour obtenir une mesure de contrôle judiciaire, comparution immédiate devant le tribunal si la peine encourue est d'au moins deux années d'emprisonnement ou un an en flagrant délit). La saisine des juges d'instruction par rapport au nombre des affaires poursuivies est passé de 20% environ à moins de 10% entre 1960 et 1988 tandis que la durée moyenne des informations entre 1810 et 1980 passait de un à neuf mois. Des délits comparables peuvent donc en France être déférés devant le tribunal correctionnel selon des modes différents faisant ou non intervenir un juge.

La nature des fonctions du juge d'instruction

Le magistrat instructeur est juge et enquêteur.

Lors de la mise en place en 1808 du code d'instruction criminelle, le juge d'instruction, qui instruisait dans le secret hors la présence de tout avocat, et dont le rôle était prévu dans le livre I intitulé «de la police», avait la qualité d'officier de police judiciaire, était choisi et noté par le parquet. C'était surtout un enquêteur.

A partir de l'intervention en 1897 dans son cabinet de l'avocat ses fonctions juridictionnelles se sont amplifiées. Mais il faudra attendre le code de procédure pénale de 1958 pour que lien avec le parquet soit rompu. Actuellement, un signe marquant de cette évolution est apparu avec une loi de 1984 qui a institué un véritable débat judiciaire à l'occasion du placement en détention avec un demandeur (le procureur), un défendeur (l'avocat) et un juge (le juge d'instruction). Une loi de 1989 prévoit même, qu'en cas d'appel, le débat devant la chambre d'accusation peut être public.

Les critiques

Cette juxtaposition de deux fonctions différentes est l'objet en France de critiques et cela principalement à l'occasion du contentieux de la détention car il s'agit là de la protection d'une liberté qui est fondamentalement de la compétence du juge dans la décision duquel la part de l'enquête ne peut intervenir que dans les limites étroites fixées par la loi (conserver les preuves, empêcher pressions et concertations). Le fait que ce soit le même juge qui soit responsable du déroulement de cette enquête et du placement en détention est susceptible de créer une confusion des rôles.

La discussion, en France, a été largement ouverte grâce aux travaux de la «commission justice pénale et droit de l'homme» présidée par Mme le

Professeur Delmas Marty, qui, dans un rapport final de juin 1990, a préconisé une séparation des deux fonctions en confiant au parquet les pouvoirs d'enquête et à un juge les pouvoirs juridictionnels au sens large: en matière de protection des libertés individuelles (détention, contrôle judiciaire, perquisitions, écoutes téléphoniques ...), de gestion du temps de l'enquête, de recours contre les actions et inactions du parquet, de contrôle de la régularité de la procédure. Il s'agissait pour la commission de parachever l'évolution historique en retirant au juge la fonction d'enquêteur qui était presque sa seule fonction initiale pour privilégier celle de juge de l'instruction de toutes les affaires, et non plus de minorité, afin que, dans un délai raisonnable, le respect des droits des autres comme des victimes soit assuré sans désarmer l'Etat.

Les vives discussions qui ont accompagné les phases de ce rapport et sa rédaction finale ont montré de larges résistances à l'intérieur de la magistrature.

L'évolution législative récente

Bien que la mise en place de cette commission soit due à une initiative ministérielle, ses travaux n'ont pas été repris sur le fond. Seules ont été retenues des dispositions, fort utiles d'ailleurs, pour assurer plus de contradiction dans la poursuite de l'information, augmentant par la même les possibilités de contentieux.

Sur le point essentiel qui est de rechercher dans quelle direction doit évoluer le juge d'instruction français, le problème se pose chaque fois à propos du contentieux de la détention et plus particulièrement pour le placement sous mandat de dépôt.

Les réformes ont foisonné en France en vingt années:

17/7/1970: La mise en détention délictuelle doit être faite par une ordonnance motivée et non plus par simple délivrance d'un mandat ce qui affirme le caractère juridictionnel.

6/8/1975: Assistance d'un avocat lors de la mise en détention

9/7/1984: Débat contradictoire préalable à la décision de mise en détention

10/12/1985 et 30/12/1987: Deux lois successives, qui furent abrogées avant d'être appliquées, prévoyaient une collégialité de trois magistrats (avec puis sans le juge d'instruction) pour mettre en détention.

6/7/1989: L'ordonnance de mise en détention criminelle doit aussi être motivée.

4/1/1993: Le président du tribunal ou un juge délégué par lui place en détention. Il était prévu qu'à compter du 1.er janvier 1994 il serait assisté de deux échevins.

24/8/1993: Abrogation de la loi du 4 janvier 1993 à compter du 1.er septembre 1993 et restitution au juge d'instruction du pouvoir de décider d'une détention sous réserve, en cas d'appel, de la possibilité d'en référer au Président de la Chambre d'accusation qui, dans le délai de 3 jours, peut suspendre les effets du mandat de dépôt.

On est à nouveau dans un système de recours et non de séparation des fonctions.

Il faut d'ailleurs constater que ces tentatives de 1985, 1987 et janvier 1993 avaient comme objectif non d'enlever au juge d'instruction un pouvoir d'enquête mais de limiter ses pouvoirs juridictionnels ce qui ne va pas dans le sens d'évolution.

Est-ce à dire que la situation française est figée? Il serait hasardeux de l'affirmer. L'évolution dépendra de deux facteurs.

Le premier est le statut du parquet français qui souffre, non dans la réalité, mais dans les textes du fait que le ministre de la justice peut lui enjoindre d'exercer des poursuites ce qui, dans l'opinion, accrédite l'idée d'une dépendance de la justice à l'égard de la politique rendant inopportun de lui confier la maîtrise de l'enquête. Les évolutions sont lentes mais déjà sensibles, par exemple, avec la loi du 24 août 1993 imposant de verser au dossier les instructions écrites du ministre de la justice.

Le second est dû à l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme qui insensiblement amène à des modifications législatives et de comportement. Il ne s'agit pas d'uniformiser le droit mais de se rattacher aux mêmes principes. A chacun son génie propre né de ses traditions qui permet des procédures variées. Mais l'attention est portée de plus en plus vers un patrimoine commun annonciateur à terme de nouvelles évolutions.

Pierre TRUCHE
Procureur général
près la Cour de Cassation
Paris

GERMANY

*

ALLEMAGNE

Traduction inofficielle

LES DEVOIRS DU JUGE D'INSTRUCTION / DU JUGE D'ENQUÊTE ET DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE DANS LE CODE DE LA PROCÉDURE PÉNALE ALLEMAND

Tendances d'une réforme européenne

I. Les devoirs du procureur de la République

Depuis la deuxième moitié du XIX siècle, il y a en Allemagne un ministère public. Son origine est l'exemple français et ses racines sont la Révolution Française. Avec le ministère public, l'ancienne procédure d'inquisition, qui rassemblait dans une seule main, - celle du magistrat de siège - l'instruction et aussi le jugement, fut abolie par le modèle du ministère public.

Il règne le principe de l'accusation: Le tribunal ne peut agir qu'après un acte d'accusation par le ministère public (art. 151 Code de procédure pénale allemand). Le ministère public a le monopole de l'accusation: lui seul peut accuser. Seulement dans des domaines marginaux (p.e. injure, dommage corporel), la victime a le droit d'accusation devant un tribunal correctionnel ("Privatklage": action pénale poursuivie uniquement par constitution de partie civile).

L'instruction préparatoire précède la décision, si l'acte de l'accusation sera établi.

1. Les devoirs du procureur de la République dans l'instruction préparatoire

a) Le ministère public "domine" l'instruction préparatoire. C'est-à-dire qu'il est seul responsable pour la poursuite adéquate et légale de toutes les mesures d'instruction. Il entreprend les instructions lui-même; mais la plus grande partie des mesures d'instruction (au moins selon le nombre) est entreprise par la police. La police forme une propre hiérarchie dans le ministère de l'Intérieur; le procureur de la République cependant est subordonné au ministère de la Justice. Le procureur de la République a le droit de donner - dans le cadre de l'instruction - des ordres à la police. Dans des constellations pointues (cependant très rares), cette division en deux d'une instruction préparatoire homogène cause parfois des complications. Mais pour des raisons surtout pragmatiques, cette division s'est avérée bonne. A tout moment, le procureur de la République peut reprendre personnellement l'instruction. Dans des cas difficiles, il se charge lui-même de l'instruction, p.e. très souvent concernant des crimes capitaux ou des crimes économiques.

Le ministère public est subordonné au ministère de la Justice. Cette subordination est d'ailleurs limitée par la loi, parce que le ministère public est lié au principe de la légalité (voir ci après c) et au principe de l'interdiction de la poursuite d'innocents.

b) Différemment à la procédure anglo-américaine, où l'accusateur a la fonction unilatérale de poursuite de l'accusé, le ministère public est selon le Code de procédure pénale allemand une administration objective d'instruction. Le procureur de la République doit investiguer toutes les circonstances de culpabilité et de non-culpabilité.

c) Généralement règne le principe de légalité: le procureur de la République doit commencer avec des investigations au moment où il y a un élément d'information d'une infraction. Il doit poursuivre la mise en accusation s'il y a à la fin de l'instruction une présomption d'imputabilité d'une infraction suffisante, c'est-à-dire si une condamnation est vraisemblable.

Cependant, on peut constater des exceptions de ce principe de légalité, où règne le principe de l'opportunité. Les exceptions quasiment les plus importantes sont:

- des infractions minimales (art. 153 Code de procédure pénale allemand),

- si - en cas de criminalité minimale ou moyenne - l'intérêt du procureur de la République à la poursuite peut être satisfait par autres moyens qu'une sanction par le tribunal (art. 153a Code de procédure pénale allemand); cet article est utilisé le plus souvent pour des inculpés qui sont prêts à payer une somme d'argent (laquelle n'est pas une amende pénale au sens de la loi) à une institution caritative, p.e. la Croix Rouge,
- si l'inculpé est condamné ou sera condamné pour une autre infraction et une condamnation supplémentaire à cause de l'infraction en question n'a pas une grande valeur, relative à l'autre condamnation (art. 154, 154a Code de procédure pénale allemand).

Pour la clôture de l'instruction en raison du principe d'opportunité, il faut avoir en général (sauf exceptions) le consentement du procureur de la République et du tribunal.

Les années précédentes, le champ d'application du principe d'opportunité fut élargi pour soulager la justice; partiellement, la jurisprudence a fait le premier pas avec une interprétation extensive et la législative a suivi cette voie.

- d) En cas d'une présomption d'imputabilité d'une infraction insuffisante, le procureur de la République prononce un non-lieu; la police ou une autre administration n'ont pas le droit de le faire (différemment au modèle en Angleterre). Sous conditions spéciales, cette décision peut être soumise à un contrôle judiciaire par la victime ("Klageerzwingungsverfahren" - plainte émanant de la victime avec constitution de partie civile, art. 172 Code de procédure pénale allemand).
- e) En cas d'une présomption d'imputabilité d'une infraction suffisante, le procureur de la République décide le renvoi de l'affaire devant le tribunal. Pour des infractions minimales, il peut demander au tribunal une ordonnance pénale sans audience principale.

2. L'action du procureur de la République pendant la procédure judiciaire

Après avoir reçu l'acte d'accusation ou le propos d'une ordonnance pénale, le tribunal examine l'affaire; il décide d'accepter le renvoi de l'accusation si lui aussi est d'avis que la présomption d'imputabilité d'une infraction est suffisante.

La procédure de jugement commence avec l'acceptation de l'accusation. L'audience principale y joue le rôle éminent. A l'audience principale, le

tribunal doit régulièrement écouter et voir en personne et directement toutes les preuves.

Le procureur de la République participe à toute audience principale. Aussi pendant l'audience, le procureur de la République doit mettre en considération toutes les circonstances de culpabilité et de non-culpabilité de l'accusé et doit surveiller le respect de la procédure pénale par le tribunal. Le procureur de la République ne demande une punition qu'au moment où il est persuadé après le résultat de l'audience que l'accusé est coupable. Sinon, il demande son acquittement. Le procureur de la République peut aussi présenter un recours en faveur de l'accusé, si - à son avis - l'accusé est condamné injustement ou si la sanction est trop élevée.

3. Les autres fonctions

Le ministère public surveille l'exécution de la peine (art. 451 al. 1 Code de procédure pénale allemand).

Dans de certains cas, le procureur de la République peut demander la réouverture de la procédure dans l'intérêt ou au préjudice de l'accusé (art. 359, 362 Code de procédure pénale allemand).

II. Le juge d'instruction / le juge d'enquête

1. Le juge d'instruction

a) Une instruction par un magistrat de siège était connue dans la procédure pénale allemande. Elle fut dirigée par le juge d'instruction. L'instruction par un magistrat de siège était une procédure intercalée entre le renvoi de l'accusation par le ministère public et l'ouverture de l'audience principale (v. plus haut I. 2.).

Le juge d'instruction devait examiner indépendamment toute l'affaire, en premier lieu interroger l'inculpé, les témoins et les experts. A la fin de cette préexamination, il renvoyait le dossier sans un propre rapport au procureur de la République, qui renvoyait l'accusation au tribunal pour l'ouverture de la procédure du jugement ou - si le soupçon d'une infraction n'était pas fondé - demandait la mise hors de poursuite judiciaire.

b) Cette procédure intercalée - préexamination par le juge d'instruction - n'existe plus en Allemagne. Elle fut abolie par la "Première loi relative à la réforme de la procédure pénale - Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG)" qui est en vigueur depuis le 1er janvier 1975. Déjà les années précédentes, l'importance

pratique de la préexamination diminuait continuellement. Le législateur a limité le champ d'application progressivement. Les causes pour la suppression de la préexamination étaient:

- une importance pratique diminuée
- une non-existence de méfiance contre la fonction de procureur de la République
- l'allègement du magistrat des devoirs d'instruction correspond à l'image du magistrat, comme il est décrit dans la constitution allemande
- une protection de l'inculpé restait assurée suffisamment par un changement simultané d'autres règlements dans la procédure pénale.

2. Le juge d'enquête

L'enquête se trouve - comme décrit plus haut au chapitre I. 1. - entre les mains du procureur de la République. La loi prescrit pour de certaines mesures de contrainte très grave l'ordonnance par un magistrat. Ces mesures sont notamment: la détention provisoire, la prise de sang, la réquisition de biens, la perquisition des maisons, le contrôle des télécommunications, le retrait du permis de conduire.

En plus, le procureur de la République peut demander l'interrogatoire de l'inculpé et des témoins par le juge d'enquête, le procès-verbal d'un interrogatoire par le juge a - le cas échéant - une qualité particulière.

Le juge d'enquête commence son travail après une réquisition par le procureur de la République. Il examine seulement la légalité et ne pas l'utilité d'une mesure demandée par le procureur de la République.

En cas de danger imminent, si alors une mesure est urgente pour ne pas mettre en danger le succès de l'enquête, quelques-unes des mesures peuvent être ordonnées par le procureur de la République ou la police criminelle; parfois, l'approuvement du juge d'enquête doit être demandé sans délai (p.e. pour un contrôle des télécommunications). L'ordonnance d'une détention provisoire est réservée strictement au juge d'enquête.

Concernant la mesure importante de la détention provisoire, voilà quelques détails: Un inculpé mis en garde doit être présenté au juge d'enquête sans délai, au plus tard jusqu'au soir du jour qui suit au jour de l'arrestation, si le procureur de la République demande le mandat de dépôt (art. 104 al. 2 Code de procédure pénale allemand). Celui-ci décide la détention provisoire. Un mandat de dépôt ne peut être ordonné que si la présomption d'imputabilité d'une infraction de l'inculpé est grande et s'il y a une raison pour le mandat en dépôt (p.e. danger de fuite ou de disparition des indices - art. 112 Code de

procédure pénale allemand). Six mois après, une chambre de la cour de cassation ou de la Cour Fédérale de Justice doit examiner si une difficulté particulière ou l'étendue des instructions ou une autre raison importante ne permettent pas encore de juger l'affaire et justifient un prolongement du mandat de dépôt (art. 121 al. 1 Code de procédure pénale allemand).

Kay NEHM
Procureur général

DIE AUFGABEN DES ERMITTLUNGSRICHTERS UND DES STAATSANWALTS IN DER STRAFPROZESSORDNUNG

Tendenzen einer europäischen Reform

Einleitung:

Die im Jahre 1879 in Kraft getretene Strafprozessordnung hat bis heute vielfache Änderungen erfahren; als fester Bestandteil des Strafverfahrensrechts gelten dabei aber von Anfang an die der Staatsanwaltschaft und dem Ermittlungsrichter zugewiesenen Aufgaben, die im Kernbereich unverändert geblieben sind.

I. Aufgaben des Staatsanwalts:

Die Staatsanwaltschaft, die auf das französische Recht zurückgeht und ihre Wurzel in der Großen Französischen Revolution des endenden 18. Jahrhunderts hat, war das entscheidende Mittel zur Abschaffung des alten Inquisitionsprozesses, der Verfolgungs- und Urteilstätigkeit in einer Hand, nämlich der des Richters, vereint hatte. Mit der Einrichtung einer besonderen staatlichen Anklagebehörde, der Staatsanwaltschaft, gilt nach der Strafprozessordnung uneingeschränkt der Anklagegrundsatz (Akkusationsprinzip): danach setzt ein gerichtliches Strafverfahren eine von der Staatsanwaltschaft erhobene Anklage voraus (§ 151 StPO). Der Entscheidung, ob Anklage erhoben wird oder nicht, muß aber ein Ermittlungsverfahren vorausgehen, dessen Durchführung neben der Mitwirkung im

späteren gerichtlichen Verfahren zu den Hauptaufgaben des Staatsanwalts zählt.

1. Aufgaben des Staatsanwalts im Ermittlungsverfahren:

Die Staatsanwaltschaft ist "Herrin des Ermittlungsverfahrens", das heißt von der Entgegennahme von Strafanzeigen und Strafanträgen führt und leitet sie das Ermittlungsverfahren bis zu der Entscheidung darüber, ob aufgrund des Ermittlungsergebnisses Anklage zu erheben ist. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe bedient sich der Staatsanwalt weitgehend der Hilfe der gegenüber ihm weisungsgebundenen Polizei, insbesondere der Kriminalpolizei. Die Notwendigkeit, die eigentlichen Ermittlungen (z.B. Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen, Durchführung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen) zu einem großen Teil der Polizei zu überlassen, ergibt sich angesichts der Vielzahl von Verfahren, die ohne diese Mithilfe vom Staatsanwalt nicht bearbeitet werden könnten. Zudem verfügen die Kriminalbeamten aufgrund ihrer Ausbildung auch über besondere kriminalistische Fähigkeiten und Sachkunde. In schwieriger gelagerten Fällen, insbesondere bei Kapitalverbrechen, wird der Staatsanwalt aber auch selbst Ermittlungen vornehmen. Er bleibt jedoch in allen Fällen für die sachgerechte und gesetzesmäßige Durchführung des Ermittlungsverfahrens zuständig. Seine Befugnis umfaßt auch in Eilfällen ("Gefahr im Verzug") die Anordnung von bestimmten Zwangsmaßnahmen (z.B. Durchsuchungen, Beschlagnahmen, Entnahme von Blutproben) mit Ausnahme der Anordnung der Untersuchungshaft.

Entgegen dem Ankläger im anglo-amerikanischen Strafprozeß, dem eine einseitige Verfolgungsfunktion übertragen ist, ist die Staatsanwaltschaft nach der Strafprozeßordnung eine objektive Untersuchungsbehörde, das heißt der Staatsanwalt muß sowohl alle belastenden wie auch alle entlastenden Umstände bezüglich des Beschuldigten ermitteln. Dabei gilt grundsätzlich das Legalitätsprinzip, das einerseits besagt, daß der Staatsanwalt Ermittlungen aufnehmen muß, wenn ein Tatverdacht vorhanden ist, und andererseits, daß er verpflichtet ist, Anklage zu erheben, wenn ein hinreichender Tatverdacht nach den Ermittlungen bestehen bleibt. Allerdings ist die Verpflichtung zur Anklageerhebung, insbesondere im Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität, eingeschränkt. Der Staatsanwalt kann - teilweise mit Zustimmung des Gerichts - das Verfahren trotz eines bestehenden Tatverdachts einstellen,

- a) wenn der Tatvorwurf geringfügig ist und kein Strafverfolgungsinteresse besteht (§ 153, 153 b, 154 StPO),

- b) wenn das Strafverfolgungsinteresse auf andere Weise, zum Beispiel durch Geldzahlung, befriedigt werden kann (§ 153 a StPO),
- c) wenn dem Strafverfahren vorrangige staatliche Interessen entgegenstehen (§§ 153 d, 153 e StPO) oder
- d) wenn der Verletzte selbst die Strafverfolgung betreiben kann (Privatklagedelikte).

Diese Vorschriften, denen das sogenannte Opportunitätsprinzip zugrundeliegt, wurden in den letzten Jahren zur Entlastung der Rechtspflege ausgedehnt, wobei teilweise der Gesetzgeber der extensiven Auslegung in der Praxis gefolgt ist.

Kommt eine Einstellung aus den oben genannten Gründen nicht in Betracht, muß der Staatsanwalt bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts die öffentliche Klage zum Gericht erheben. Die Erhebung der öffentlichen Klage erfolgt durch Einreichung einer Anklageschrift oder - in bestimmten Fällen - durch Antrag auf Erlass eines Strafbefehls (schriftliches Verfahren). Wird der Strafbefehl erlassen, steht er, wenn der Beschuldigte dagegen keinen Einspruch erhebt, einem rechtskräftigen Urteil gleich.

Bei Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts stellt der Staatsanwalt das Verfahren ein; die Polizei oder eine andere Behörde ist hierzu nicht befugt (anders z. B. in England). Diese Entscheidung kann der Verletzte einer Straftat unter bestimmten Voraussetzungen gerichtlich überprüfen lassen (Klageerzwingungsverfahren; § 172 StPO).

2. Mitwirkung des Staatsanwalts am gerichtlichen Verfahren:

Bejaht das Gericht einen hinreichenden Tatverdacht, kommt es - ebenso nach Einspruch des Beschuldigten gegen einen Strafbefehl - zur Hauptverhandlung, an der zu jedem Zeitpunkt ein Staatsanwalt teilnehmen muß. Auch hier hat dieser alle für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände objektiv zu berücksichtigen und muß jeden Verfahrensverstoß durch das Gericht sofort rügen. Der Staatsanwalt beantragt entsprechend seiner Verpflichtung, zur richtigen Rechtsanwendung durch das Gericht beizutragen, die Verurteilung nur dann, wenn er von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist. Andernfalls wird er den Antrag stellen, den Angeklagten freizusprechen. Der Staatsanwalt kann auch zugunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel einlegen, wenn dieser nach seiner Meinung zu Unrecht verurteilt worden oder die Strafe zu hoch ausgefallen ist.

3. Sonstige Aufgaben:

Der Staatsanwaltschaft obliegt weiterhin die Vollstreckung der verhängten Strafen (§ 451 Abs. 1 StPO). Schließlich kann der Staatsanwalt in bestimmten Fällen sowohl zu Gunsten wie auch zu Ungunsten des Angeklagten die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen (§ 359, § 362 StPO).

II. Aufgaben des Ermittlungsrichters:

Zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs hat der Staatsanwalt alle notwendigen Maßnahmen zu treffen. Soweit es sich dabei um Zwangsmaßnahmen handelt, sind diese durchweg mit einem Eingriff in Grundrechte verbunden (z. B.: Untersuchungshaft, Entnahme von Blutproben, Beschlagnahme von Gegenständen, Durchsuchung von Räumen, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis). Die Befugnis, im Rahmen des Ermittlungsverfahrens einen solchen Eingriff vorzunehmen, steht grundsätzlich nur einem Richter zu, dem sogenannten Ermittlungsrichter. Er wird - auch bei Beschuldigten - und Zeugenvernehmungen - auf Antrag des Staatsanwalts tätig und hat allein die Rechtmäßigkeit und nicht die Zweckmäßigkeit der beantragten Handlung zu prüfen (§ 162 StPO).

Wird ein Beschuldigter von der Polizei vor Anklageerhebung vorläufig festgenommen, muß er, wenn der Staatsanwalt Antrag auf Erlaß eines Haftbefehls stellt, unverzüglich - spätestens bis zum Ende des auf die Festnahme folgenden Tages - dem Ermittlungsrichter vorgeführt werden (Art. 104 Abs. 2 GG). Dieser entscheidet dann darüber, ob der Beschuldigte in Untersuchungshaft zu nehmen ist. Ein Haftbefehl darf unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur erlassen werden, wenn der Beschuldigte einer Straftat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund (z.B. Fluchtgefahr oder Verdunkelungsgefahr) vorliegt (§ 112 StPO). Nach sechs Monaten muß ein Strafsenat des Oberlandesgerichts bzw. des Bundesgerichtshofs prüfen, ob die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund ein Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Untersuchungshaft rechtfertigen (§ 121 Abs. 1 StPO).

IRELAND

IRLANDE

1. The administration of the criminal law in Ireland is based, in principle, on a rigid distinction between the respective roles of the police, the prosecutor and the judiciary.
2. Another fundamental distinction is that between offences which are indictable, that is to say, which, by reason of their seriousness, must or may (see below) be tried by *judge and jury*, and offences which must or may be tried summarily by a *judge sitting without a jury*. This distinction has a constitutional basis in Ireland because it is provided by the Constitution of Ireland that all offences other than *minor offences* must be tried by judge and jury. The determination as to which offences are or are not indictable is a matter partly of common law and partly of statute, in conformity with principles contained in rulings of the courts as to the factors which determine whether, for the purposes of the constitutional provision regarding trial by jury, a particular offence is a minor offence or not. The concepts of “indictable offence” and “minor offence” are not, however, mutually exclusive; while some indictable offences may only be tried by judge and jury, in other cases, statute allows the prosecutor, the defence and the court to agree that on a charge for an indictable offence, the facts of the case constitute a minor offence which should be tried summarily, and in the case of certain offences created by statute, the prosecutor is given an opinion as to whether to proceed summarily or on indictment. In cases of the latter type, however, where the prosecutor has proceeded summarily, the court may decline summary jurisdiction and in effect compel the prosecutor to proceed on indictment. (There is a constitutional excep-

tion to the rule that offences which are not minor offences must be tried by judge and jury in cases where the legislature has determined that the ordinary courts are not adequate to secure the effective administration of justice and the preservation of public peace and order: in such cases, criminal proceedings for non-minor offences may be brought before a special court staffed by judges alone without a jury. This power has been exercised in recent years in the context of offences of a terrorist nature. However, such cases do not give rise to any special considerations for the purposes of the subject under discussion and are not considered further in this intervention.)

3. The role of the police (whose official title in Ireland is the Garda Síochána) is to investigate suspected crimes; where appropriate, to make arrests and bring the suspect before the courts and seek the directions of the public prosecutor (the Director of Public Prosecutions); and to carry out relevant orders of the courts in respect of the criminal proceedings. The Garda Síochána is a single national police force and there is no equivalent in Ireland of the judicial police which exists in at least some of the civil law countries. It is the police, essentially, who are in charge of the investigation. The investigation may involve their applying to the courts, for example, for search warrants. They will, where appropriate, act on the directions of the Director of Public Prosecutions with regard to the obtaining of evidence for the bringing of charges or of such further evidence, after criminal proceedings have been commenced, as may be necessary for the criminal trial.
4. Subject only to specific exceptions, the public prosecutor is the Director of Public Prosecutions, an officer who in the exercise of his functions is independent of the executive and therefore of the police. The office of Director of Public Prosecutions was established by statute in 1974; prior to this, the general public prosecutor was the Attorney General. Although the Director's actions, like the actions of all public authorities, are subject to judicial control, his functions are quite separate from the functions of the courts. It is the function of the Director of Public Prosecutions to decide, on an independent basis, whether criminal prosecutions should or should not be brought; to direct the presentation of the prosecution's case including the obtaining (normally by the police) of such evidence as may be necessary, and to see to the conduct of the prosecution in court.

5. The courts in Ireland do not undertake the role of the investigation of criminal offences. Although they may be called upon to make orders (such as search warrants) which are part of such an investigation on the application of the police or prosecuting authorities, they do not in general make such orders of their own motion. The courts are concerned with the due discharge of trials (and pre-trial procedures) in respect of alleged criminal offences rather than with their investigation. This is a reflection of the difference between the common law system which exists in Ireland (and in the United Kingdom) and the civil law system which exists in other Member States of the European Union. Under the common law system the court does not act as inquisitor into the facts; it is left to the parties to call the evidence, and the role of the judge is solely to adjudicate on that evidence if he is sitting without a jury; if there is a jury his role will be restricted to ensuring that the trial is properly conducted and to instructing the jury whose duty it will be to find the facts. Although the accusatorial system is applicable to both civil and criminal proceedings, it exists in its purest form in the criminal sphere. Thus, although, in a criminal case, the judge will be active in ensuring that justice is done (and in particular in ensuring that injustice is not done to the accused) his role as regards the investigation of the case and as regards the presentation of evidence is essentially passive.

6. In respect of offences which are to be tried on indictment (by judge and jury), this distinction between the investigative role of the judge in the civil law system and in the passive role of the judge in the common law system is especially evident. In such cases in Ireland, there is a preliminary procedure before a judge of the District Court in which, normally on the basis of written statements of evidence of witnesses, the judge decides whether the case for the prosecution, as disclosed by the statements, is sufficiently strong to constitute a *prima facie* case that the accused is guilty of the charges brought against him, if it is, the accused will be returned for trial by judge and jury in respect of those charges; if it is not, informations will be refused and the case will in effect be dismissed. Here, the judge is limited to the assessment of the sufficiency of the case as it appears from the statements of evidence and he has no investigative function. The judge, especially in cases of more serious crime, also has another important role: an accused person who has been arrested and charged with a serious offence has to be brought before a judge of the District

Court as soon as possible; in such a case, the judge will have the function of remanding the accused (i.e. adjourning the case) at the request of the authorities, subject to strict rules as to the period of any such remand, to enable the statements of evidence upon which the question of the sufficiency or otherwise of the prosecution's case will be assessed to be prepared, and of deciding whether the accused should be remanded in custody or on bail. This is not, however, an investigative role but is rather part of the pre-trial procedures involving the more restricted judicial role already described.

7. The Director of Public Prosecutions, in the discharge of his functions already described, is, of course, subject to certain rules, both of law and of practice, with regard to the manner in which he discharges those functions. *First*, although he is *appointed by the Government*, he may only be dismissed by means of a clearly defined statutory procedure which is designed to secure his independence; *second*, the making of representations to the Director as to whether or not a prosecution should be brought in any particular case is rigidly controlled by statute, and, in particular, is confined to specified categories of persons who do not include the administration or persons with political interests; *third*, as might be expected in a system based on due process and the rule of law, the bringing of a criminal charge against a person is not directed by the Director of Public Prosecutions unless in his opinion there is credible evidence to support a conviction of that person on that charge. *Fourth*, there are legal safeguards laid down, not only by statute (in the case of prosecutions on indictment), but also by court decisions in other cases and by established official and professional practice concerning the conduct of prosecutions, where justice and fair procedures so require, to protect the interests of the accused by informing him in advance of trial of the relevant evidence.
8. It will be understood from the foregoing that the system of criminal law as it applies in Ireland, and in particular, the rigid distinctions between the roles of the prosecutor and of the courts, and the absence of any *investigative* role on the part of the judge, place a country such as Ireland, particularly in the sphere of criminal law, in a position apart from those Member States which are part of the civil law system. The 1974 Act which established the office and functions of Director of Public Prosecutions is the major development in the law

regarding the public prosecutor in Ireland in the last 20 years. Reforms of the roles of the prosecutor and of the judge which are peculiar to the civil law system may not easily fit in to the prosecution and trial of offences under the common law system. Nonetheless, the Irish authorities are interested in being informed of developments in this sphere in the civil law jurisdictions so that, where appropriate, they may be drawn upon in the domestic sphere.

Intervention of the Attorney General,
Mr. **Harold A. WHELEHAN**, Senior Counsel

ITALY
*
ITALIE

LES FONCTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION ET DU MINISTÈRE PUBLIC DANS LA PROCÉDURE PÉNALE

TENDANCES DE RÉFORME EN EUROPE

Un des aspects fondamentaux du procès pénal dans tous les systèmes - surtout dans les systèmes continentaux, axés sur une législation caractérisée par les codes - concerne le rapport entre la phase des débats publics et celle qui les précède. L'intensité plus ou moins marquée d'un tel rapport, notamment l'importance plus ou moins considérable que le matériel rassemblé avant les débats peut avoir au cours de ces derniers, souvent trace aussi la ligne de démarcation entre un système s'inspirant du modèle inquisitoire et un système inspiré par les principes du modèle accusatoire. Etant donné, cependant, que dans les systèmes positifs les deux modèles sont souvent mélangés, dans la plupart des cas il est question simplement d'établir si ce sont les éléments distinctifs de l'un qui prévalent sur ceux de l'autre, ou viceversa; ce qui dépend à son tour de facteurs contingents de nature historique et sociale, et de l'alternance qui caractérise depuis toujours le rapport entre autorité et liberté.

Le code de procédure pénale de 1930, en vigueur en Italie jusqu'en 1989, quoique fort appréciable du point de vue technique, se ressentait toutefois du climat politique régnant à l'époque de sa promulgation, où une nette priorité était donnée à l'idéologie autoritaire.

Le système prévu par ce code se caractérisait par une phase d'instruction (sauf dans des cas exceptionnels les débats publics n'avaient lieu

qu'après une phase d'instruction préliminaire) dominée par la présence d'un organe juridictionnel inspiré du modèle français: le juge d'instruction.

La tâche de cet organe était de rassembler les preuves en secret, ce qui sauvegardait assez peu le principe du contradictoire et le droit de la défense. Dans une phase successive, ces preuves devaient être soumises au contrôle d'un autre organe juridictionnel au moment des débats, qui avaient un caractère oral et public. Il s'agissait cependant d'un caractère oral *sui generis*, puisque les preuves avaient déjà été rassemblées dans la phase précédente; dans la plupart des cas, au cours des débats on se limitait, après contrôle, à en donner lecture, et ce n'était qu'exceptionnellement qu'on réitérait la preuve. Même dans cette hypothèse, cependant, la preuve acquise pendant l'instruction, de toute façon, ne perdait pas sa valeur.

Le juge d'instruction était le *dominus* et l'organe propulseur de l'instruction. Il s'agissait d'un magistrat qui, tout en ayant des pouvoirs et des fonctions juridictionnels, n'avait pas néanmoins une des caractéristiques propres des organes juridictionnels: la «terzietà» (position de tiers par rapport aux autres parties du procès). Ce juge, en effet, non seulement «décidait» (sur l'adoption de mesures limitant la liberté personnelle, sur le renvoi en justice, etc.), mais il instruisait aussi le procès, et ses pouvoirs d'enquête et de recherche ainsi que de rassemblement des preuves en faisaient un organe hybride et «à tout faire», comme il a été défini par la doctrine.

Il en était de même (quant à la nature des fonctions du magistrat conduisant l'instruction) lorsque, dans certains cas l'instruction était conduite par le Ministère Public. Ce deuxième type d'instruction - appelée «sommaire» - qui selon l'intention du législateur devait représenter l'exception et n'entrer en jeu que pour des hypothèses moins complexes, avait fini néanmoins par devenir, au point de vue statistique, le plus fréquent.

Lors du changement du climat politique à la suite des changements entraînés par la deuxième guerre mondiale, d'une part le Parlement approuva des réformes tendant à assurer une sauvegarde plus appropriée du droit de défense dans la phase de l'instruction, et d'autre part les théoriciens du procès pénal, mais aussi l'opinion publique et la classe politique, firent valoir leur conviction que le pays devait se doter d'un système complètement nouveau. Ce système aurait dû s'inspirer des principes du procès accusatoire, qui d'après l'opinion prédominante garantit, mieux que les autres modèles, la recherche de la vérité, tout en assurant la protection des droits fondamentaux de l'homme.

Il fut aussitôt évident, toutefois, qu'un tel résultat ne pouvait être obtenu que par une nette séparation entre la phase des débats publics et celle qui la précède, en réservant en principe à la seule phase des débats la tâche du

rassemblement des preuves, au cours d'un contradictoire oral, public et immédiat, et à l'autre phase le choix et l'identification des moyens de preuve ainsi que l'acquisition des éléments nécessaires pour évaluer l'existence des conditions requises pour l'exercice de l'action pénale et pour passer à la phase des débats publics.

Dans cette perspective de réforme radicale il n'y avait pas de place pour la «confirmation» ou la «création» d'organes qui auraient concentré en eux-mêmes des pouvoirs hétérogènes, voire des pouvoirs typiques de fonctions diverses et incompatibles. Cela est vrai surtout pour le juge, dont l'objectivité et la «terzietà» (position de tiers) serait compromise ou de toute façon mise en question par l'exercice simultané d'activités d'enquête et de recherche de la preuve, qui pourraient en limiter la nécessaire sérénité de jugement.

Pour cette raison aucun des projets du nouveau code de procédure pénale préparés jusqu'à celui qui est devenu le code actuellement en vigueur n'a envisagé des organes dont les pouvoirs auraient été assimilables à ceux que le code de 1930 attribuait au juge d'instruction. De plus, l'expression «juge d'instruction» a été supprimée du lexique du nouveau code, afin d'éviter l'évocation d'une fonction qui a disparu.

Selon le nouveau code le rassemblement des preuves a lieu (à l'exclusion de cas particuliers de preuves qui ne peuvent pas être fournies une deuxième fois, ou ne peuvent pas être renvoyées dans le temps) au cours des débats publics, précédés (sauf des cas exceptionnels, tels que le «jugement immédiat», et le «jugement direct») par la phase des enquêtes préliminaires, qui remplace l'instruction.

Le titulaire exclusif de cette phase et son dominus est le Ministère Public (il ne manque pas, cependant, certaines interventions «typisées» du juge) qui jouit d'une très grande autonomie quant au choix des stratégies d'enquête - même si le code l'oblige à faire aussi «des vérifications des faits et circonstances en faveur de l'enquêté»: art. 358) - qu'il dirige d'une manière effective, en utilisant directement la police judiciaire.

Bien qu'il ait été privé des pouvoirs de décision et de limitation de la liberté personnelle, le rôle du Ministère Public apparaît dans son ensemble considérablement renforcé par rapport à celui qui était prévu par le code de 1930, d'après lequel, en cas d'instruction conduite par le juge («instruction formelle») le M.P. ne pouvait faire que des «requêtes» au juge d'instruction, le véritable centre propulseur de cette phase.

Dans le nouveau code le M.P., sa fonction étant en effet celle d'organe d'action et d'enquête, a une position plus marquante de «partie» au procès, tandis qu'auparavant elle était polluée par l'attribution du pouvoir de rassembler les preuves, d'évaluer l'activité déployée, et de décider, pouvoirs

qui renient au juge. Ceci a permis l'assignation des enquêtes préliminaires exclusivement au M.P., et en plus la construction d'un système caractérisé par des enquêtes plus réservées, avec tous les avantages dérivant de la possibilité de travailler «à l'abri» dans la recherche des moyens de preuve et le repérage leurs sources. En effet il est maintenant bien possible que l'enquêté ne soit pas informé des investigations préliminaires qui le concernent, lorsqu'elles se terminent par une demande de classement, ou qu'il en apprend l'existence seulement au moment de la demande de renvoi en justice, s'il n'y a pas lieu à accomplir d'actes auxquels le défenseur ait le droit d'assister (et ils sont peu nombreux).

A ce qui précède il faut ajouter que des récentes interventions du législateur et de la Cour Constitutionnelle, sans dénaturer pour autant le système de l'enquête préliminaire, ont permis néanmoins, dans certaines situations, d'attribuer la valeur de preuve même à des preuves acquises par le M.P., et qui ne rentraient pas dans le nombre de celles qui ne pouvaient pas être renvoyées dans le temps, ou acquises une deuxième fois.

Si d'une part le M.P. a repris dans le nouveau code son rôle naturel de partie, d'autre part une nouvelle figure de juge y fait son apparition, pour la phase qui précède les débats: le juge des enquêtes préliminaires, qui intervient de temps en temps au cours de ces enquêtes, sans en être le titulaire. Si on le compare avec l'ancien juge d'instruction, on peut dire que ce nouveau type de juge a des fonctions juridictionnelles, mais jamais d'enquête.

Ses pouvoirs rentrent dans deux catégories fondamentales: fonctions de garantie, et fonctions de contrôle.

La première comprend les pouvoirs que la loi lui confie aussi bien en ce qui concerne les mesures qui privent l'enquêté de sa liberté personnelle ou la limitent (même dans les cas exceptionnels où elles sont du ressort du M.P. - garde à vue - et de la police judiciaire - arrestation en cas de crime ou délit flagrant -), les saisies, les interceptions téléphoniques, qu'en ce qui concerne le rassemblement de preuves qui ne peuvent pas être renvoyées à la phase des débats (p.e., l'audition d'un témoin très malade), preuves à ne pas confondre avec celles, mentionnées plus haut, qui ne peuvent pas être rassemblées une deuxième fois.

Appartiennent à la deuxième catégorie les pouvoirs qui lui sont reconnus en ce qui concerne la durée des enquêtes - pour lesquelles des délais très strictes ont été établis - et les modalités de l'action pénale.

Il intervient, en outre, dans un rôle assez significatif, afin de décider la suite à donner aux réquisitoires et demandes avancées à l'issue de l'enquête préliminaire. C'est devant lui que se déroule l'«audience préliminaire», qui dans le modèle ordinaire du nouveau procès représente une sorte d'audience-

filtre, en vue du passage aux débats publics. En plus, il a des fonctions de contrôle sur l'admission de la forme de procès appelée «jugement immédiat», et enfin des fonctions de décision à l'intérieur des procédures spéciales visant à la conclusion anticipée du procès, sans passer par les débats: le «jugement abrégé», l'application «négociée» de la peine, la «procédure par décret», la «procédure pour le payement immédiat d'une amende».

Une loi de janvier 1992, afin de rendre plus efficace la lutte à la criminalité organisée, a concentré les enquêtes qui la concernent - tout en maintenant la compétence ordinaire pour la phase des débats - en un nombre limité de parquets, c. à d. ceux qui ont leur siège dans le chef-lieu du district de la Cour d'appel. A l'intérieur de ces parquets les enquêtes sont attribuées à un nombre très restreint de magistrats, qui constituent ce qu'on appelle la «Direction 'antimafia' du district». On a voulu éviter ainsi que la fragmentation des enquêtes puisse en compromettre la réussite.

En plus, pour assurer la coordination de ces enquêtes à un niveau national, il a été décidé de créer au sein du Parquet du Procureur Général près la Cour de Cassation la «Direction nationale 'antimafia'». Il s'agit d'un bureau autonome, pour ce qui est de ses fonctions et de sa structure, vis-à-vis du bureau du Procureur Général, et qui est dirigé par un magistrat nommé ad hoc par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Les compétences de ladite Direction Nationale, un organe tout à fait nouveau dans le système italien, sont complètement différentes de celles du Parquet Général de la Cour, qui ne concernent que le procès de cassation.

Au sujet du Ministère Public une controverse animée, de nature politico-institutionnelle, partage les avis dans ces dernières années en Italie.

Le M.P., titulaire exclusif de l'action pénale (action qui, par effet d'une disposition de la Constitution italienne, est obligatoire) fait partie intégrante de l'ordre judiciaire, jouit des mêmes garanties d'autonomie et d'indépendance reconnues au juge, et ne diffère de ce dernier que par les fonctions qu'il exerce; le concours d'accès est un seul, la carrière est une seule, et leurs rôles sont interchangeables, dans le sens que le magistrat qui exerce les fonctions de M.P. peut avoir exercé celles de juge, ou pourra les exercer dans l'avenir, et viceversa.

Certains partis politiques, ainsi qu'un courant d'opinion, et la classe des avocats, estiment qu'une telle situation entraîne forcément de la confusion et de dangereux échanges de rôles; ils souhaitent, par conséquent, une séparation nette des fonctions et des carrières, ainsi qu'une sorte de lien entre le M.P. et d'autres organes de l'Etat, notamment avec le pouvoir exécutif, à son tour responsable devant le Parlement, expression de la souveraineté populaire.

Il faut passer cette proposition, qui a d'ailleurs récemment perdu quelques partisans, au crible d'un examen très attentif. Il y a là le danger d'une réduction de l'autonomie et de l'indépendance du M.P. Une telle réduction, peut-être cohérente avec les systèmes où l'action pénale est facultative et qui présupposent un mécanisme de contrôle «politique» des critères qui inspirent l'utilisation du pouvoir discrétionnaire, est incompatible avec le système actuellement en vigueur en Italie, qui importe que le M.P. n'ait aucun conditionnement, si ce n'est ceux qui découlent de l'observance rigide et de l'application rigoureuse de la loi.

Cela ne veut pas dire que certaines réformes ne soient pas opportunes. Parmi celles-ci la principale devrait entraîner - tout en maintenant l'appartenance du M.P. à la magistrature, et un système unique de garanties de l'indépendance et de l'autonomie de l'ordre judiciaire - une spécialisation plus marquée de l'organe, encore plus nécessaire après l'entrée en vigueur du nouveau code, ainsi qu'une réduction correspondante du caractère interchangeable des rôles dans la carrière des juges et des M.P., c. à d. de la possibilité qu'un magistrat passe des fonctions de la magistrature assise à celles de la magistrature debout, et vice versa.

Communication de M. **Vittorio SGROI**,
Procureur général près la Cour de Cassation

LUXEMBURG
*
LUXEMBOURG

LES FONCTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION ET DU PARQUET DANS LA PROCÉDURE PÉNALE: TENDANCES DE RÉFORME

Les fonctions du juge d'instruction et du ministère public ont été redéfinies en dernier lieu au Grand-Duché de Luxembourg par une loi du 16 juin 1989 qui a abrogé et remplacé le livre premier, intitulé «de l'exercice de l'action publique et de l'instruction» du Code d'instruction criminelle.

Ces nouvelles dispositions légales ont formellement consacré le secret de la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction, ont redéfini les relations du juge d'instruction et du ministère public avec la police judiciaire, ont accentué le caractère contradictoire de l'instruction, ont mieux garanti les droits des parties impliquées dans l'instruction préliminaire et ont étendu les recours accordés aux inculpés, à la partie civile et aux tiers impliqués dans l'instruction d'une affaire pénale.

Les membres des parquets font, dans une large mesure, partie du pouvoir judiciaire et sont à considérer comme magistrats de l'ordre judiciaire même s'ils ne sont pas inamovibles comme les magistrats du siège. Le statut spécifique des membres des parquets est caractérisé, d'un côté, par le fait qu'ils se trouvent dans une situation de subordination hiérarchique et, de l'autre côté, qu'ils jouissent néanmoins d'une indépendance considérable. En effet les membres des parquets sont seuls investis du pouvoir d'exercer l'action publique en vue de la poursuite des infractions à la loi pénale. Ils peuvent poursuivre sans ordre et même contre l'ordre du

Ministre de la Justice et du supérieur hiérarchique et nul ne peut agir à leur place.

Si les magistrats sont tenus à prendre les réquisitions conformes aux instructions qui leur sont données dans les conditions prévues par le Code d'instruction criminelle, ils peuvent cependant développer librement les observations orales qu'ils croient convenables au bien de la Justice.

Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi.

Exceptionnellement l'action publique peut être exercée par certaines autres administrations mais seulement dans des cas spécialement prévus par la loi. En outre l'action publique peut être mise en mouvement par une victime qui porte plainte et se constitue partie civile entre les mains du juge d'instruction.

Le procureur d'Etat procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. A cette fin il dirige l'activité des officiers et agents de police judiciaire et a lui-même, tous les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire.

Le procureur d'Etat, sous la surveillance du Procureur général d'Etat, est donc le véritable chef de la police judiciaire, alors que le juge d'instruction, lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de procéder lui-même à tous les actes d'instruction, est seulement habilité à donner commission aux officiers de police judiciaire afin de leur faire exécuter tous les actes d'informations nécessaires.

Par un réquisitoire introductif, et à toute époque de l'information par réquisitoire supplétif, le procureur d'Etat peut requérir du juge d'instruction tous actes que lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité. Cependant si l'instruction préparatoire est facultative en matière de délit ou le procureur d'Etat peut également saisir le tribunal par voie de citation directe à la suite d'une enquête préliminaire, elle est obligatoire en matière de crime.

Le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur d'Etat, même s'il a déjà procédé à certains devoirs d'instruction en cas de crime et délit flagrant.

Le juge d'instruction a le pouvoir d'inculper toute personne ayant pris part comme auteur ou complice, aux faits qui lui sont déférés. Lorsque des faits, non visés au réquisitoire sont portés à sa connaissance, il doit communiquer immédiatement au procureur d'Etat les plaintes, rapports ou procès-verbaux qui les constatent. Néanmoins le juge d'instruction, compétent pour informer sur une information déterminée, est compétent également pour informer sur les infractions présentant avec celle-ci un lien de connexité.

Le juge d'instruction est un magistrat de l'ordre judiciaire inamovible, qui depuis la loi du 16 juin 1989 n'a plus la qualité d'officier de police judiciaire et qui partant, jouit d'une grande indépendance à l'égard du Parquet. Il est donc à la fois juge et enquêteur et en cette dernière qualité il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires dont il a connu en qualité de juge d'instruction. Ajoutons tout de suite que le juge d'instruction ne peut pas non plus faire partie de la composition de la chambre du Conseil du tribunal, qui existe toujours au Grand-Duché de Luxembourg à côté du juge d'instruction et dont le rôle sera encore examiné au cours du présent rapport; il est néanmoins obligé, dans certaines circonstances, de présenter à la chambre du Conseil un rapport écrit et motivé.

Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité. Il recueille et vérifie, avec soin égal, les faits et les circonstances à charge ou à décharge de l'inculpé. L'aveu de l'inculpé ne dispense pas le juge d'instruction de rechercher d'autres éléments de preuve.

En droit luxembourgeois l'instruction est secrète, cependant le secret de l'instruction n'empêche pas qu'elle soit en même temps contradictoire et que les intérêts des personnes impliquées dans l'instruction sont largement garantis et protégés.

L'article 8 du Code d'instruction criminelle dispose formellement que, sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 458 du Code pénal.

Exceptionnellement cependant le procureur général d'Etat ou le procureur d'Etat peuvent donner à la presse des informations sur le déroulement d'une procédure, en respectant les droits de la défense et de la vie privée ainsi que les nécessités de l'instruction.

Il en résulte que seuls les membres des parquets peuvent, sous certaines réserves, donner à la presse des informations sur le déroulement d'une procédure; le juge d'instruction reste tenu au secret de l'instruction et ne peut fournir des informations à la presse. Il reste à souligner qu'en principe les inculpés, les parties civiles et leurs avocats ne tombent pas sous le secret de l'instruction et ne peuvent être pénalement poursuivis s'ils donnent des informations sur le déroulement de la procédure.

Le caractère contradictoire de l'instruction préparatoire résulte à mon avis du fait que dès la première comparution devant le juge d'instruction, l'inculpé détenu ou libre peut être assisté par un avocat inscrit au tableau ou

admis au stage, que lui-même et son conseil peuvent assister à presque toutes les opérations de l'instruction et qu'en tout état ils doivent en être informés, qu'ils ont la possibilité de présenter leurs observations et réquisitions et que finalement ils ont la possibilité de demander l'annulation des actes de l'instruction préparatoire qu'ils estiment être contraire à la loi.

Avant de procéder à l'interrogatoire, le juge d'instruction donne avis à l'inculpé de son droit de choisir un tel conseil; à défaut de choix il lui en désigne un d'office, si l'inculpé le demande. La désignation d'un conseil est toujours de droit lorsque l'inculpé est âgé de moins de dix-huit ans.

Détenu ou libre, l'inculpé ne peut être interrogé qu'en présence de son conseil, ou celui-ci dûment appelé, sauf s'il y renonce expressément.

Immédiatement après le premier interrogatoire portant sur les faits qui lui sont imputés, l'inculpé peut communiquer librement avec son conseil.

Dans des cas exceptionnels, le juge d'instruction peut prononcer une interdiction de communiquer pour une période de dix jours, renouvelable une seule fois par une même période de dix jours. En aucun cas l'interdiction de communiquer ne s'applique au conseil de l'inculpé.

Après le premier interrogatoire, l'inculpé, son conseil et la partie civile peuvent prendre communications des procès du dossier, sans déplacement, la veille de chaque interrogatoire et de tous autres devoirs pour lesquels l'assistance d'un conseil est admise. En outre, la communication des pièces peut être demandée en tout état de cause par voie de requête sur papier libre adressé par les parties intéressées ou leurs conseils au juge d'instruction. La communication des rapports d'expertise ne peut jamais être refusée.

Le procureur d'Etat peut assister aux interrogatoires et confrontations de l'inculpé et aux auditions de la partie civile.

En ce qui concerne l'audition des témoins, ceux-ci sont en principe entendus séparément, et hors la présence de l'inculpé et de la partie civile par le juge d'instruction assisté de son greffier qui dresse procès-verbal de leurs déclarations.

L'inculpé et son conseil ainsi que la partie civile ont le droit de réclamer l'audition des témoins qu'ils désirent entendre. Ils doivent, sous peine d'irrecevabilité de la demande, articuler les faits destinés à faire l'objet du témoignage. Ils peuvent de même demander que l'inculpé soit interrogé en présence du témoin qu'ils indiquent à ces fins dans leur demande. L'ordonnance du juge d'instruction refusant de faire droit à cette demande doit énoncer le motif du refus.

Le ministère public, l'inculpé et son conseil ainsi que la partie civile et son conseil peuvent, par l'intermédiaire du juge, poser aux témoins confrontés

avec l'inculpé les questions utiles à la manifestation de la vérité; le juge peut même autoriser les parties ou leurs conseils à poser directement leurs questions aux témoins. Les questions que le juge d'instruction a refusé de poser ou de laisser poser doivent être actées au procès-verbal à la demande des parties intéressées.

Lorsque le juge d'instruction ordonne une expertise, l'inculpé présent en est immédiatement informé; s'il n'est pas présent, l'ordonnance lui est notifiée aussitôt que possible.

L'inculpé peut, de son côté, mais sans retarder l'expertise, choisir un expert qui a le droit d'assister à toutes les opérations, d'adresser toutes réquisitions aux experts désignés par le juge d'instruction et de consigner ses observations à la suite du rapport ou dans un rapport séparé.

L'inculpé et son conseil ainsi que la partie civile ont le droit de demander une expertise sur les faits qu'ils indiquent. Ils ont également le droit de demander que l'expertise ordonnée par le juge d'instruction porte sur ces faits.

L'ordonnance du juge d'instruction refusant de faire droit à ces demandes, énonce le motif du refus. Il est utile de mentionner que l'inculpé et son conseil ainsi que la partie civile peuvent assister au transfert sur les lieux que le juge d'instruction entreprend pour y effectuer toutes constatations utiles.

Le juge d'instruction pourra, à titre exceptionnel et par décisions spécialement motivées d'après les éléments de l'espèce, ordonner l'utilisation de moyens techniques de surveillance et de contrôle de toutes les formes de communication si la poursuite pénale a pour objet un fait d'une gravité particulière emportant une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement et si a) des faits déterminés rendent la personne à surveiller suspecte, soit d'avoir commis l'infraction ou d'y avoir participé, soit de recevoir ou de transmettre des informations destinées à l'inculpé ou au suspect ou qui proviennent de lui et si b) les moyens ordinaires d'investigations s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce.

Les mesures ordonnées devront être levées dès qu'elles ne seront plus nécessaires. Elles cesseront de plein droit un mois à compter de la date de l'ordonnance. Elles pourront toutefois être prorogées chaque fois pour un mois, sans que la durée totale puisse dépasser un an, par ordonnance motivée du juge d'instruction, approuvée par le président de la chambre du conseil de la Cour d'appel qui statuera dans les deux jours de la réception de l'ordonnance, le procureur général d'Etat entendu en ses conclusions. Ces mesures ne pourront être ordonnées à l'égard d'un inculpé qu'après son premier

interrogatoire par le juge d'instruction et celles ordonnées antérieurement cesseront leurs effets de plein droit à cette date.

La personne dont la correspondance ou les télécommunications ont été surveillées est informée de la mesure ordonnée au plus tard dans les douze mois qui suivent la cessation de la prédite mesure. Après le premier interrogatoire, l'inculpé et son conseil pourront prendre communication des télécommunications enregistrées, des correspondances et de tous autres données et renseignements versés au dossier. L'inculpé et son conseil ont le droit de se faire reproduire les enregistrements en présence d'un officier de police judiciaire.

Le placement en détention d'un inculpé s'opère en vertu de différents mandats décernés par le juge d'instruction.

Selon le cas le juge d'instruction peut décerner un mandat de comparution ou un mandat d'amener. Le mandat d'amener ne peut être décerné contre un inculpé que s'il y a danger de fuite, s'il y a danger

d'obscurcissement des preuves ou si l'inculpé fait défaut. Le danger de fuite est légalement présumé lorsque le fait est puni par la loi d'une peine criminelle.

Dans le cas de mandat de comparution, l'inculpé sera entendu de suite par le juge d'instruction; dans le cas de mandat d'amener ou de mandat d'arrêt, il sera entendu dans les 24 heures au plus tard de son entrée dans la maison de détention.

Après l'interrogatoire de l'inculpé résidant dans le Grand-Duché, le juge d'instruction pourra décerner un mandat de dépôt s'il y a des indices graves de culpabilité de l'inculpé et si le fait emporte une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. Outre ces conditions, le mandat de dépôt ne peut être décerné que dans un des cas suivants: 1) S'il y a danger de fuite de l'inculpé; le danger de fuite est légalement présumé, lorsque le fait est puni par la loi d'une peine criminelle 2) s'il y a danger d'obscurcissement des preuves 3) s'il y a lieu de craindre que l'inculpé n'abuse de sa liberté pour commettre de nouvelles infractions. Si l'inculpé ne réside pas dans le Grand-Duché, le mandat de dépôt peut être décerné en dehors des conditions fixées sub 1 et 2 après l'interrogatoire, s'il existe des indices graves de culpabilité et si le fait emporte une peine criminelle ou une peine d'emprisonnement correctionnel.

Les mandats d'amener et de dépôt doivent être spécialement motivés d'après les éléments de l'espèce par référence aux conditions d'application des mandats.

Le mandat d'arrêt ne peut être décerné que si l'inculpé est en fuite ou réside hors du territoire du Grand-Duché et si les faits qui lui sont imputés l'exposent à une peine privative de liberté pour crime ou délit.

Le juge d'instruction ne pourra décerner le mandat d'arrêt qui, à mon avis doit à son tour être motivé, qu'après avoir entendu le procureur d'Etat.

Le placement en détention n'est donc pas en droit luxembourgeois, le résultat d'un véritable débat judiciaire, il résulte plutôt d'une décision unilatérale du juge d'instruction qui, il est vrai, est généralement sollicitée par le Ministère public. Il est néanmoins vrai que le juge d'instruction doit motiver les mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt.

La loi luxembourgeoise contient toutefois toute une panoplie de dispositions permettant à un inculpé, mis en détention, de recouvrer sa liberté.

En effet dans le cours de l'instruction le juge d'instruction pourra, sur les conclusions du procureur d'Etat, et quelle que soit la nature de l'inculpation, donner mainlevée de tout mandat de dépôt ou d'arrêt à la charge, par l'inculpé, de se présenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis.

En outre si la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement ou de la cour d'appel n'a pas statué sur l'inculpation dans le mois à compter du premier interrogatoire, le procureur d'Etat ou le procureur général d'Etat requièrent la mise en liberté immédiate de l'inculpé, qui devra être obligatoirement prononcée par ces instances à moins qu'elles ne déclarent, par une ordonnance motivée, rendue à l'unanimité, le ministère public entendu, que le maintien de la détention s'impose pour les motifs énoncés aux alinéas 1er, 2 et 3 de l'article 94 du Code d'instruction criminelle (Danger de fuite, danger d'obscurcissement des preuves, danger de récidive).

La même procédure se répète de mois en mois, si la chambre du conseil n'a pas statué sur l'inculpation à la fin d'un nouveau mois.

Finalement, et c'est la disposition la plus favorable pour l'inculpé en détention, la mise en liberté peut être demandée en tout état de cause par lui. L'inculpé peut donc présenter une nouvelle demande de mise en liberté dès le rejet d'une première demande; il peut même présenter dès le rejet une nouvelle demande de mise en liberté provisoire à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement même si la chambre de la cour d'appel se trouve encore saisie de l'appel de l'ordonnance ayant rejeté la première demande de mise en liberté provisoire.

J'ai dit que la demande de mise en liberté provisoire peut être demandée en tout état, ce qui veut dire que cette demande peut être présentée à tous les

niveaux de la procédure, même devant les juges de fond tant en première instance, qu'en instance d'appel ainsi qu'en cas de pourvoi en cassation.

En tenant compte de cette situation, la demande est à présenter

- 1° à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, pendant la période de l'instruction
- 2° à la chambre du conseil de la Cour d'appel, si elle est saisie d'un recours contre l'ordonnance de renvoi de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement
- 3° à la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement, si l'affaire y est renvoyée;
- 4° à la chambre correctionnelle de la Cour d'appel, si appel a été interjeté sur le fond;
- 5° à la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement, si l'affaire y est renvoyée;
- 6° à la chambre criminelle de la Cour d'appel, si appel a été interjeté sur le fond;
- 7° à la chambre correctionnelle de la cour d'appel, si un pourvoi en cassation a été formé soit contre une décision d'une juridiction d'instruction, soit contre une décision d'une juridiction de jugement.

Il sera statué sur les demandes de mise en liberté d'urgence et au plus tard dans les trois jours du dépôt, le ministère public et l'inculpé ou son défenseur entendus en leurs explications orales.

La mise en liberté ne peut être refusée si les conditions prédictées prévues aux alinéas 1er, 2 et 3 de l'article 94 du Code d'instruction criminelle se trouvent remplies.

Ajoutons encore que l'inculpé a la possibilité de relever appel de toutes les ordonnances de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, donc également en matière de mise en liberté provisoire.

L'inculpé ne dispose donc pas d'une voie de recours directe contre les mandats de dépôt et d'arrêt décerné par le juge d'instruction; par contre il a la possibilité de retrouver sa liberté à tous les niveaux de la procédure pénale.

J'estime qu'il est opportun de consacrer une partie de mon rapport aux recours qui peuvent être exercés contre les décisions et les actes de la procédure de l'instruction.

En effet dans le domaine des recours il faut faire la différence entre la procédure en annulation qui concerne la procédure de l'instruction préparatoire ou un acte quelconque de cette procédure et la procédure en réformation qui

concerne les ordonnances du juge d'instruction ayant un caractère juridictionnel.

a) Recours en annulation

En vertu de l'article 126 (1) du Code d'instruction criminelle, le ministère public, l'inculpé, la partie civilement responsable ainsi que tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime personnel peut, par simple requête, demander à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement la nullité de la procédure de l'instruction préparatoire ou d'un acte quelconque de cette procédure.

La nullité de la procédure et d'un de ses actes peut donc être demandée, non seulement par ceux qui font normalement parties de la procédure de l'instruction, mais également par un tiers concerné par cette procédure du moment qu'il justifie d'un intérêt légitime personnel; cependant ce tiers ne peut obtenir communications que de l'acte de l'instruction qui le vise personnellement ainsi que, s'il échet, de l'acte qui en constitue la base légale.

Il est statué sur la demande en nullité d'urgence par une décision motivée contre laquelle appel peut être relevé.

Lorsque la chambre du conseil reconnaît l'existence d'une nullité de forme, elle annule l'acte de procédure accomplie au mépris des prescriptions de la loi ainsi que les actes de l'information ultérieure faite en suite et comme conséquence de l'acte nul, et détermine les effets de l'annulation par rapport aux parties. Ainsi est-il possible qu'un acte soit annulé à l'égard d'un tiers dont les intérêts ont été lésés par cet acte mais que cet acte reste valable à l'égard de l'inculpé qui n'a subi aucun préjudice par lui.

La nullité prononcée à l'égard d'un acte de l'instruction préparatoire et des actes de l'information ultérieure qui s'en sont suivis, ne fait pas obstacle à ce que la chambre du conseil statue sans délai sur le fond de l'inculpation, si les juges sont d'avis que les actes non annulés du dossier de l'information leur fournissent des éléments d'appréciation suffisants. Dans ce cas, ils énoncent avec précision les actes sur lesquels ils se fondent. Dans le cas contraire, ils peuvent ordonner qu'il sera procédé au préalable par le juge d'instruction à un supplément d'information sur les points qu'ils précisent. La chambre du conseil de la Cour d'appel (même pour le cas où elle n'est pas saisie directement d'un appel contre une ordonnance de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement statuant sur une demande en annulation d'un acte de la procédure de l'instruction préparatoire) examine d'office la régularité des procédures qui lui sont soumises.

Si elle décerne une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché, et, s'il échet, celle de tout ou partie de la Procédure ultérieure.

Après l'annulation, elle peut et doit évoquer, soit renvoyer le dossier de la procédure au même juge d'instruction, ou à tout autre, afin de poursuivre l'information.

b) Recours en réformation

D'après l'article 133 (1) du Code d'instruction criminelle le procureur d'Etat et l'inculpé peuvent, dans tous les cas, relever appel de l'ordonnance du juge d'instruction ou de la chambre du conseil du tribunal, appel qui est porté devant la chambre du conseil de la Cour d'appel.

D'après la jurisprudence luxembourgeoise sont susceptibles d'être frappées d'appels ordonnances du juge d'instruction qui ont un caractère proprement juridictionnel ou les ordonnances qui n'ayant pas tout à fait le caractère d'une décision juridictionnelle dépassent cependant le caractère d'un simple acte d'administration judiciaire. La partie civile peut également interjeter appel des ordonnances faisant grief à ses intérêts civils. Toutefois son appel ne peut, en aucun cas, porter sur une ordonnance relative à la détention ou à l'interdiction de communiquer de l'inculpé.

Les tiers concernés par la procédure d'instruction, qui peuvent justifier d'un intérêt légitime personnel ainsi que les personnes qui prétendent avoir droit sur un objet placé sous la main de la justice et qui, en vertu de l'article 68 (1) peuvent réclamer la restitution de cet objet à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement si une instruction est en cours, peuvent également relever appel des ordonnances de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement rendues en application des articles 66 (1) et 126 (1).

Le droit d'appel appartient également au procureur général d'Etat qui dispose à cet effet d'un délai de 10 jours à partir de la date de l'ordonnance alors que pour les autres parties ce délai est de trois jours qui court contre le procureur d'Etat à compter du jour de l'ordonnance et contre les autres parties en cause à compter de la notification qui est faite dans les vingt-quatre heures de la date de l'ordonnance.

Il résulte du présent exposé que dans le domaine de la procédure d'instruction, la chambre du conseil a un rôle important à jouer: elle statue sur les demandes de mise en liberté et est le garant de la régularité de la procédure de l'instruction. C'est elle encore qui, sur réquisition du ministère public a à statuer sur le sort à réserver à l'instruction effectuée par le juge d'instruction. Le juge d'instruction ne peut y siéger dans les affaires qu'il a

instruites. La chambre du conseil statue cependant sur le rapport écrit motivé du juge d'instruction.

Le juge d'instruction, aussitôt que l'information lui paraît terminée, rend une ordonnance de clôture de l'instruction et communique le dossier au procureur d'Etat.

Celui-ci prend, dans les trois jours (délai qui n'est pas prévu à peine de nullité) des réquisitions écrites qu'il soumet avec le dossier à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement. A défaut par le procureur d'Etat de saisir la chambre du conseil, celle-ci peut être saisie par requête de la partie civile. La chambre du conseil communique la requête au procureur d'Etat qui doit alors lui soumettre sans tarder le dossier.

Le dossier, y compris le rapport du juge d'instruction, est mis à la disposition de l'inculpé et de la partie civile ainsi que de leurs conseils, huit jours au moins avant celui fixé pour l'examen par la chambre du conseil.

L'inculpé, la partie civile et leurs conseils peuvent fournir tels mémoires et faire telles réquisitions écrites qu'ils jugent convenables, sans que la décision de la chambre du conseil puisse être retardée. Si la chambre du conseil estime que les faits ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention, ou si l'auteur est resté inconnu, ou s'il n'existe pas de charges suffisantes contre l'inculpé, elle déclare, par une ordonnance qu'il n'y a pas lieu à suivre.

Les inculpés provisoirement détenus sont immédiatement mis en liberté. Les juges statuent en même temps sur la restitution des objets saisis.

Si la chambre du conseil estime que les faits constituent une contravention, l'inculpé est renvoyé devant le tribunal de police et immédiatement mis en liberté s'il est détenu provisoirement.

Si les faits sont reconnus de nature à être punis par des peines criminelles, l'inculpé est renvoyé devant la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement. Dans ce cas l'inculpé, s'il est en état de détention préventive, y demeure provisoirement. S'il est en liberté, la chambre du conseil, ou la chambre du conseil de la cour d'appel, si le renvoi est ordonné par celle-ci, peuvent ordonner l'arrestation du prévenu et prescrire l'exécution immédiate de cette ordonnance. La chambre du conseil de la Cour d'appel, saisie d'un recours contre une ordonnance de renvoi, peut d'office, ordonner la mise en liberté de l'inculpé se trouvant en état de détention préventive.

Si les faits sont reconnus de nature à être punis par des peines correctionnelles, l'inculpé est renvoyé devant une chambre correctionnelle du tribunal. Il en est de même pour des faits qualifiés crimes qui sont de nature à n'être punis, par admission de circonstances atténuantes, que de peines

criminelles et pour lesquels le procureur d'Etat a demandé le renvoi devant la chambre correctionnelle. Dans ce cas, l'inculpé, s'il est en état de détention préventive, y demeure provisoirement si les faits sont punissables d'une peine d'emprisonnement. Si les faits ne sont pas punissables d'une peine d'emprisonnement, l'inculpé est mis immédiatement en liberté.

Pour les faits qualifiés crimes qui n'ont pas fait l'objet d'une instruction préparatoire et qui sont de nature à n'être punis que de peines criminelles, le procureur d'Etat peut, s'il estime que par application de circonstances atténuantes il y a lieu à renvoi devant la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement, saisir directement à ces fins la chambre du conseil par des réquisitions écrites, en lui soumettant le dossier.

J'estime que le rôle du ministère public et du juge d'instruction, dans la procédure de l'instruction préparatoire ressort à suffisance de droit de cet exposé qui souligne en même temps le rôle important attribué par la loi luxembourgeoise à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement. En résumé on peut dire que la tâche du ministère public consiste à prendre l'initiative de la procédure, de l'activer et de la surveiller par ses réquisitions, que le juge d'instruction a le rôle d'un magistrat-enquêteur neutre qui instruit tant à charge qu'à décharge de l'inculpé qu'il peut, pour les besoins de l'instruction, priver provisoirement de sa liberté, et que la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, appelée à statuer sur les demandes de mise en liberté provisoire et à décider du résultat de l'enquête et du sort de l'inculpé; est en même temps la gardienne de la régularité de la procédure.

Cette répartition harmonieuse des rôles dans la procédure qui implique en même temps une répartition équitable des pouvoirs des différents organes chargés de l'enquête, est propice à la sauvegarde des intérêts et droits de l'inculpé et des autres parties en cause. En particulier, la législation luxembourgeoise remplit, en matière d'instruction criminelle, les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment celles découlant de la notion d'un «procès équitable».

Pour ces raisons, une réforme globale de notre législation n'est pas envisagée à l'heure actuelle ce qui n'exclut nullement que des améliorations ponctuelles puissent y être apportées.

Il est vrai que l'ensemble des garanties accordées aux parties impliquées dans l'instruction préparatoire et les nombreux recours qui en résultent et qui sont en fait exercés dans une très large mesure, ne facilitent guère une exécution rapide de l'instruction qui souvent n'est pas terminée dans des délais paraissant raisonnables. J'estime néanmoins que la sauvegarde des

droits et intérêts de l'inculpé qui jouit de la présomption d'innocence tant qu'une condamnation définitive n'est pas intervenue, et ceux des autres parties impliquées dans l'instruction est à ce prix.

Le Procureur général d'Etat,
Camille WAMPACH

THE NETHERLANDS

*

PAYS-BAS

LE ROLE DU MINISTERE PUBLIC ET DU MAGISTRAT INSTRUCTEUR DANS LES INVESTIGATIONS PREPARATOIRES AU PROCES PENAL, SELON LE DROIT NEERLANDAIS

1. Dès avant 1838, année de l'entrée en vigueur du premier Code d'instruction criminelle national, les investigations préliminaires se composaient aux Pays-Bas de deux parties: la recherche des faits pouvant constituer infractions (ce qu'on appelait à l'origine «les informations provisoires») d'une part et l'instruction d'autre part. Traditionnellement, le juge remplissait un rôle important dans l'instruction : c'était lui en effet qui, à l'issue de la phase des «informations provisoires», donnait communication de l'affaire à ce que nous appelons aux Pays-Bas l'«officier de justice», c'est-à-dire le ministère public. Le juge pouvait ensuite recourir, à l'égard du suspect, à des mesures de contrainte, telles la détention préventive et les visites domiciliaires. C'est à cela que se rattache l'institution, en 1811, du juge d'instruction tirée de la procédure pénale française.

Ce juge reçut le nom de «juge-commissaire» dans le Code néerlandais d'instruction criminelle de 1838, dénomination qui a été conservée dans notre Code de procédure pénale datant de 1926 et toujours en vigueur (C. proc. pén.).

2. Le «juge-commissaire» intervient en particulier dans le cadre de l'instruction préparatoire. Cette procédure est déclenchée par l'«officier de

justice» chaque fois qu'il estime nécessaire de faire appel à un juge dans le cours de l'information pénale (art. 181 C. proc. pén.). Les attributions du «juge-commissaire» dans la première phase de la détention préventive sont indépendantes de l'instruction préparatoire: sur la réquisition de l'«officier de justice», le «juge-commissaire» peut ordonner la détention de l'inculpé pour une période de 10 jours au maximum (art. 63 et 64 C. proc. pén.). Au cours de l'instruction préparatoire, le «juge-commissaire» peut recourir à la contrainte à l'égard de l'inculpé et, en tant que poste avancé du tribunal, il surveille l'application des mesures de contrainte. Il s'agit ici en particulier des mesures qui affectent la vie privée des inculpés (perquisitions, écoutes téléphoniques, ou, d'une manière plus générale, investigations en matière de télécommunications; art. 125f à 125h C. proc. pén.). Cette combinaison de tâches confère au «juge-commissaire» un caractère hybride: il mène des investigations dans le cadre de l'instruction préparatoire qui s'opère sous sa conduite et, dans le même temps, il est le gardien du procès. Il peut être appelé à jouer un rôle actif au cours de l'enquête, par exemple, en procédant à l'audition de témoins ou d'experts et, prochainement, en ordonnant une analyse d'A.D.N., et, concomitamment, il assume, en sa qualité de magistrat du siège, une responsabilité particulière dans le respect des garanties que le droit reconnaît à l'inculpé et à la défense. Ses activités ont donc pour objet la manifestation de la vérité. En règle, les «juges-commissaires» ne sont choisis que parmi les magistrats qui ont l'expérience de la chambre pénale du tribunal.

3. Dans un projet de loi récent portant révision de l'instruction préparatoire, le gouvernement a opté, sur la proposition d'une commission indépendante d'experts, en faveur du maintien aussi bien de la double mission du «juge-commissaire» en matière pénale que de l'instruction judiciaire en tant que cadre dans lequel le «juge-commissaire» opère certaines investigations.

4. En matière pénale, l'instruction préparatoire conduite par le juge vise à faire la clarté ou, si l'on préfère, à mieux cerner les zones d'ombre, de façon que le ministère public (qui, comme nous l'avons dit, déclenche l'instruction préparatoire) puisse décider de l'engagement de poursuites et que la juridiction de jugement dispose d'éléments lui permettant de prendre, à l'audience ou en chambre du conseil, les décisions qui s'imposent. L'intervention du «juge-commissaire» dans le cadre de l'instruction préparatoire peut se révéler intéressante par exemple en rapport avec des faits graves et en vue de l'audition de témoins dont l'identité ne doit pas, pour des motifs majeurs, être

divulguée à l'inculpé (voyez la loi du 11 novembre 1993, Journal Officiel des Pays-Bas, 1993, 603, prévoyant des dispositions, en vigueur depuis le 1er février 1994 et figurant dans les articles 226a à 226f du Code de procédure pénale, quant aux témoins ayant fait l'objet de menaces).

5. Le tribunal peut aussi, après que l'instruction à l'audience a débuté et s'il estime qu'un complément d'information est nécessaire, inviter le «juge-commissaire» à consacrer un examen à tel ou tel point précis. Ces devoirs complémentaires font partie intégrante de l'instruction préparatoire (art. 316 C. proc. pén.).

6. Pour ce qui est de la présence du *conseil* de l'inculpé lors de l'exercice par le «juge-commissaire» de ses fonctions, on peut faire les observations suivantes. Avant de décerner un mandat d'arrêt, le «juge-commissaire» procède à l'audition de l'inculpé qui a la faculté de se faire assister par son conseil. Le suspect n'est pas entendu, bien évidemment, si des écoutes téléphoniques ou mesures du même type sont envisagées. Le suspect sera informé en temps opportun de l'autorisation délivrée à cet effet. Lorsque le «juge-commissaire» entend des témoins et des experts dans le cadre de l'instruction préparatoire, il est loisible au conseil de l'inculpé d'assister à ces auditions, dans la mesure où l'intérêt de l'instruction ne s'y oppose pas, de l'avis du «juge-commissaire» (art. 186 et 231 C. proc. pén.).

7. Le rôle du ministère public dans l'information pénale

Avant de donner un aperçu des compétences légales de l'«officier de justice» et du «juge-commissaire», il convient de faire une observation d'ordre général quant au statut du ministère public dans la procédure pénale néerlandaise.

7.1. En droit néerlandais, l'«officier de justice» doit être considéré comme un membre du pouvoir judiciaire. En tant que tel, il est chargé du respect du droit. Dans l'accomplissement de cette mission, il est tenu de se conformer aux ordres qui lui sont légalement adressés «au nom de la Reine» (art. 5 de la loi sur l'organisation judiciaire). Le droit d'injonction de la «Reine» est limité, dans l'ordre juridique néerlandais, par des règles de droit écrites et non écrites.

Ce droit est exercé dans la réalité par le ministre de la justice qui, en droit public néerlandais, est politiquement responsable, c'est-à-dire responsable devant la Seconde Chambre des Etats Généraux, le parlement néerlandais, des faits et gestes du ministère public. Suivant le droit coutumier, le ministre de la justice s'abstient d'adresser à l'«officier de justice» un ordre de *ne pas*

engager des poursuites à charge d'un suspect déterminé. En règle, le ministre de la justice ne s'immiscera d'ailleurs en aucune manière dans les procès individuels.

7.2. S'agissant de l'application du droit pénal et de la procédure pénale, l'«officier de justice» est le magistrat chargé, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, de la recherche et de la poursuite des infractions. Si la recherche des suspects constitue en fait la tâche de la police, l'«officier de justice» a notamment un devoir de contrôle sur les opérations de recherche. Il donne à cet effet tous ordres utiles aux agents de police judiciaire (art. 141 et 148 C. proc. pén.). Il agit en tant que *dominus litis*, même dans le cas où le «juge-commissaire», dans le cadre ou non d'une instruction préparatoire, conduit des investigations ou est concerné autrement par l'affaire (par exemple parce que l'inculpé a été placé en détention préventive). Cela signifie qu'à l'exclusion de tout autre, le ministère public a compétence de décider si un suspect fera l'objet de poursuites, et dans l'affirmative, du chef de quels faits. La loi reconnaît à l'«officier de justice» le pouvoir de décider, «pour des motifs d'intérêt général», la renonciation aux poursuites (art. 167, alinéa 2, C. proc. pén.). L'«officier de justice» peut mettre en oeuvre ce pouvoir, même si le «juge-commissaire» a été associé à la procédure. S'il n'entend plus exercer de poursuites à charge de l'inculpé, l'«officier de justice» lui notifie le classement sans suite de l'affaire qui prend ainsi fin (art. 246 C. proc. pén.).

7.3. Même au cours de l'instruction préparatoire, l'«officier de justice» a compétence pour faire d'autorité certains actes de recherche (comme une réaudition du suspect, une audition de témoins). Il est de bonne pratique qu'il en informera le «juge-commissaire». Les principes d'une bonne administration de la justice peuvent commander que le conseil de l'inculpé soit mis en mesure d'assister aux auditions de son client.

7.4. Pour un fait du chef duquel la détention préventive est autorisée (en général, les infractions que la loi punit d'un emprisonnement de 4 ans ou plus), la police peut, dans l'intérêt de l'enquête, priver le suspect de sa liberté pendant deux jours. L'«officier de justice» est habilité à prolonger de deux jours cette détention. Au cours de la détention, l'«officier de justice» pourra donner des ordres justifiés par l'intérêt de l'enquête, par exemple: interdiction pour l'inculpé de recevoir des visiteurs ou d'échanger de la correspondance, prise de photos de l'inculpé et prise de ses empreintes digitales. Si la détention est ordonnée alors que l'instruction préparatoire est déjà en cours, ce n'est pas l'«officier de justice», mais le «juge-

commissaire» qui est compétent pour donner les ordres dont il vient d'être question.

7.5. L'«officier de justice» peut faire *saisir* les objets qui s'y prêtent. Il peut, s'il n'est pas possible d'attendre l'intervention du «juge-commissaire», faire des *visites domiciliaires*. Il peut encore ordonner la *fouille des vêtements* du suspect ainsi que l'*exploration corporelle* de celui-ci (y compris les cavités corporelles). (Il est également habilité à retirer le permis de conduire des automobilistes soupçonnés d'avoir commis certaines infractions de roulage).

7.6. En tout état de la cause pénale, une *demande d'aide judiciaire* peut être adressée à l'autorité étrangère compétente. Il n'est pas rare que la nécessité de pareille demande apparaisse dans le cours de l'information pénale. Les demandes d'aide judiciaire (fondées par exemple sur l'article 15 de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale) émanent de l'«officier de justice» ou du «juge-commissaire». Dans un certain nombre de cas, les commissions rogatoires à l'étranger sont exécutées, de l'accord des autorités étrangères compétentes, en présence ou avec l'aide de l'«officier de justice» ou du «juge-commissaire» qui sont demandeurs. *En matière d'entraide judiciaire, lorsque les Pays-Bas sont parties requises, c'est l'«officier de justice» qui, en droit néerlandais, constitue le pivot de la procédure. Pour l'exécution de la demande, l'«officier de justice» peut toujours faire appel au «juge-commissaire». Il y est tenu notamment s'il s'agit d'obtenir une déclaration sous la foi du serment ou de faire opérer la saisie de pièces à conviction.*

7.7. Depuis le 1er mars 1993, le Code de procédure pénale a institué l'*enquête financière de droit pénal*. Ce type d'investigation vise à mettre à jour l'avantage financier retiré d'activités criminelles, pour permettre au juge, dans une procédure distincte, d'ordonner une mesure de privation de l'avantage illicite. Pour l'ouverture de l'enquête financière de droit pénal dont l'«officier de justice» a l'initiative mais qui nécessite chaque fois l'autorisation du «juge-commissaire» il n'est pas nécessaire que le suspect soit déjà informé des faits qui lui sont reprochés.

8. En droit positif, les compétences décrites ci-dessous appartiennent au «juge-commissaire».

8.1. Contrôle de la légalité de la privation de liberté et du mandat d'arrêt.

Dans le prolongement de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause de Brogan et contre le Royaume-Uni (29 novembre

1988, Publ. Coureur. D.H. Série A vol. 145 B), les Pays-Bas ont instauré, en vertu d'une directive du ministère public, la règle de droit, selon laquelle, l'inculpé placé en détention doit, le troisième jour de sa détention, être conduit devant le «juge-commissaire». Celui-ci vérifie la légalité de la privation de liberté et, si l'«officier de justice» a requis la détention du suspect, le «juge-commissaire» entendra également ce dernier. (Les ordres que le «juge-commissaire» peut donner pendant la détention dans l'intérêt de l'information judiciaire ont été énumérés supra au numéro 7.4.).

8.2. Les actes les plus importants que le «juge-commissaire» peut accomplir au cours de l'instruction préparatoire sont: la *fouille* et l'*exploration corporelle*; la *saisie* de tous objets utiles (c'est-à-dire ceux pouvant servir à la manifestation de la vérité ou démontrer l'avantage illicite et les objets susceptibles d'être confisqués ou soustraits à la possession libre des particuliers (art. 98 C. proc. pén.); ensuite les *visites domiciliaires* et les *écoutes téléphoniques*. Dans certaines circonstances, le «juge-commissaire» peut recourir à la contrainte à l'égard des *inculpés* qui sont tenus au secret professionnel et qui peuvent de ce chef invoquer une cause d'excuse (médecin, avocat, notaire, ecclésiastique). Le «juge-commissaire» est aussi compétent pour effectuer une *descente* sur les lieux, pour faire *mettre en observation*, quant à *ses facultés mentales*, le suspect contre qui un mandat de détention préventive a été décerné et pour *nommer des experts*. Sous peu entrera en vigueur la loi du 8 novembre 1993, Journal officiel des Pays-Bas 1993, 596, qui attribuera au «juge-commissaire» le pouvoir d'ordonner, dans un nombre limité de délits graves, des prélèvements sanguins sur le suspect en vue d'un *test d'A.D.N.*

8.3. En ce qui concerne les tâches dont le «juge-commissaire» doit s'acquitter, indépendamment de l'instruction préparatoire, dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale, je renvoie à mes observations sous le point 7.6.

9. Les investigations préliminaires jouent un rôle de premier ordre dans la conduite des procès pénaux étant donné qu'en procédure néerlandaise, l'administration de la preuve repose le plus souvent sur les éléments rassemblés pendant cette phase préliminaire. Le juge vérifie et apprécie à l'audience les éléments de preuve rassemblés antérieurement. Cette méthode, rendue possible dès 1926 par la jurisprudence du juge de cassation, ne peut pas être dissociée de la circonstance que (jusqu'à ce jour) la majorité des inculpés aux Pays-Bas font l'aveu des faits qui leur sont imputés. Dès lors, aucun des participants au procès ne réclame d'ordinaire un examen approfondi des éléments de preuve

versés au dossier. Lorsque les faits reprochés sont graves et que les prévenus nient les charges retenues contre eux, le débat sur les éléments importants de preuve se fait à l'audience, à moins que, comme dans le cas des dépositions de témoins ayant fait l'objet de menaces, la protection de la vie ou de la santé du témoin ou de ses proches ou encore un intérêt majeur de la société ne s'y opposent.

La Haye, mars 1994

Theo Ten KATE,
Procureur général
près la Cour Suprême

SPAIN
*
ESPAGNE

Le fait que divers pays européens aient modifié récemment leur législation pénale en intégrant des schémas concrets souvent similaires, revêt une signification d'une importance que nous ne pouvons ignorer. On ne peut non plus passer outre le fait que, depuis un certain temps, des réformes législatives en matière de procédure pénale sont en cours afin d'adapter divers aspects de notre système procédural aux lignes tracées par la Constitution et par la Convention Européenne des Droits de l'Homme même si la réforme globale n'a pas encore été complètement réalisée car se trouve à l'étude le point de savoir s'il convient d'abandonner la planification libérale traditionnelle pour implanter un autre système d'organisation pénale plus approprié aux exigences d'un Etat de droit ou si, au contraire, ce schéma exige seulement quelques adaptations grâce auxquelles les garanties démocratiques seraient mieux assurées.

Nous savons bien que le fait d'avoir dépassé le système inquisitif a conduit à la mise en place d'un système procédural considéré comme essentiel pour éviter les excès et l'arbitraire du premier. La solution adoptée consista en l'instauration d'un système mixte dans lequel l'instruction conservait certains aspects inquisitifs tandis que le système accusatoire était amplement - mais pas complètement - introduit dans la procédure orale. Ce système, établi depuis l'origine par le Code de Procédure Pénale espagnol (1882), est celui qui, avec certaines modifications, a été appliqué jusqu'à nos jours. Ainsi que nous l'indiquerons par la suite, cette organisation de la justice pénale envisagée dans sa totalité ne peut plus être considérée comme la plus adéquate étant donné que, entre autres considérations, le système inquisitif est toujours en place dans la phase d'instruction.

Plus tard, estimant nécessaire de résoudre le problème de la lenteur de la justice, le système antérieur fut modifié (Loi 3/67) afin d'attribuer au juge d'instruction des facultés en matière d'instruction et également en matière de jugement pour les cas de délits de moindre gravité. Ce système de mise en accusation fut conservé lorsque, quelques années plus tard, on procéda à une nouvelle modification du Code de Procédure Pénale (Loi 10/80).

Ces réformes non seulement contribuèrent au maintien du principe inquisitif de l'instruction mais également elles le consolidèrent en confondant les fonctions d'instruction et celles de jugement. En effet, à partir de la réforme de 1967, dans le cas des délits les moins graves, le juge qui avait instruit l'affaire était également compétent pour la juger. De la sorte, le juge était autorisé à clore l'enquête, c'est-à-dire qu'il pouvait décider si une affaire réunissait les éléments suffisants pour faire l'objet d'une enquête ou si, au contraire, les faits ne constituant pas un délit, il convenait de la classer. Certes, cette faculté n'était pas absolue dans la mesure où elle pouvait faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité supérieure, mais, en réalité, ce dernier n'était que rarement efficace.

Ces deux questions fondamentales augmentèrent les fonctions inquisitives déjà amples du juge d'instruction. En même temps, le principe d'égalité de moyens fut nécessairement amputé, étant donné que l'accusé se trouvait face au Ministère Public et également face au juge qui avait instruit l'affaire. Dans une telle circonstance il est difficile de soutenir que le droit d'être jugé par un tribunal impartial n'était pas affecté.

Il faut également tenir compte d'une autre question qui intervient directement sur la portée de l'aspect inquisitif de l'instruction et sur sa répercussion dans le cadre du jugement, même s'agissant d'un tribunal différent. Je me réfère ici au problème déjà traditionnel de l'hypervalorisation des actes d'enquête pendant l'instruction. Dans l'Exposé des Motifs du Code de Procédure Pénale datant du 14 septembre 1882, Mr. Manuel Alonso Martinez, alors Ministre de la Justice, et promoteur de la codification espagnole, signalait que «du fait de la nature même des choses et de la logique du système, nos Juges et Magistrats ont pris l'habitude d'accorder peu d'importance aux preuves apportées à l'audience et de fonder leur jugement sur le résultat des actes d'instruction sans prendre en considération le récolement de témoins qui est devenu une formalité vaine». Cette situation déjà objet de critiques en 1882, loin de prendre fin avec l'entrée en vigueur du Code de Procédure Pénale, fut maintenue jusqu'à une date récente où elle fut finalement supprimée grâce à la jurisprudence vigoureuse du Tribunal Constitutionnel et de la Cour Suprême. En effet, sans préjudice de reconnaître

les exceptions correspondantes, la jurisprudence a instauré la thèse selon laquelle les seules preuves pouvant être prises en considération par le tribunal sont celles réalisées en sa présence au cours de la procédure orale.

De là la conclusion qu'un système qui maintient le principe accusatoire dans la phase de jugement, mais qui admet également comme preuves celles qui sont pratiquées dans la phase d'instruction laquelle est gouvernée par le principe inquisitif, est finalement un système qui ne respecte pas ce principe accusatoire et qui se transforme en définitive en un système fondé sur des principes inquisitifs. En d'autres termes, si la preuve de la procédure orale consiste en la preuve obtenue durant l'instruction selon des critères inquisitifs, l'affirmation du principe accusatoire de la procédure orale n'a qu'une très faible valeur puisqu'elle n'a qu'un contenu formel.

En réalité, cette confusion entre les actes d'enquête (d'instruction) et les actes de preuve (ceux de la procédure orale) qui, comme nous l'avons indiqué, donne lieu à une inversion des principes, est une conséquence directe du système. Tant que l'on attribuera au juge d'instruction des facultés en matière de rassemblement des «preuves», il sera très difficile éviter que des interprétations ultérieures ne tendent à les apprécier indépendamment de ce qui se sera produit durant la procédure orale en se fondant sur le fait qu'elles furent obtenues en présence du juge. Par conséquent, une modification du système évitera que ne se produisent de telles situations.

La deuxième date à prendre en compte est celle de l'entrée en vigueur de la Constitution Espagnole (1978). Ceci pour deux raisons: la première concerne les principes qu'elle contient et la deuxième le renvoi important que fait son article 10.2 à la Déclaration Universelle des Droits de L'Homme ainsi qu'aux Traités et Accords Internationaux ratifiés par l'Espagne et portant sur les mêmes matières. A partir de la Constitution, le principe accusatoire revêt un caractère constitutionnel, en effet, selon une jurisprudence constante le principe accusatoire fait partie des garanties essentielles du procès pénal prévues à l'article 24 de la Constitution.

Ainsi, la Constitution rejette tout système de mise en accusation qui ne répondrait pas aux exigences du principe accusatoire et, toutes les manifestations de fonctions inquisitives doivent être exclues de notre ordonnancement juridique. La confusion entre les fonctions d'instruction et celles de jugement à laquelle nous avons fait référence antérieurement a été éliminée de notre procédure pénale. Actuellement, le juge qui a instruit une cause pénale ne peut en aucun cas la juger, soit comme juge unique, soit comme membre d'un tribunal pluri-personnel. Cependant certaines manifestations du système inquisitif subsistent et il convient de les éliminer; parmi lesquelles se trouve

encore dans une certaine mesure, la confusion entre actes d'investigation et actes de preuve.

Selon les propres termes employés par le Tribunal Constitutionnel, le système accusatoire suppose un conflit procédural entre deux parties nettement opposées - l'accusateur et l'accusé - résolu par un organe situé au-dessus des parties, les trois fonctions procédurales fondamentales étant clairement différenciées, accusation, proposée et soutenue par une personne autre que le juge, la défense, investie des mêmes droits et facultés que l'accusateur, et la décision, prise par une autorité judiciaire indépendante qui n'agit pas comme partie face à l'accusé au cours du jugement contradictoire.

Pour ces raisons, une importante polémique s'est soulevée actuellement en Espagne sur le point de savoir s'il convient de maintenir le modèle libéral d'instruction. Après avoir eu lieu dans d'autres pays, le débat s'est maintenant installé en Espagne et offre des arguments divers en faveur de la disparition du juge d'instruction classique, dont bon nombre s'inspirent des raisons indiquées précédemment. Cependant, face à ces derniers ont également surgi des arguments opposés qui proposent le maintien à outrance du juge d'instruction. J'aimerais mentionner certains arguments, qui, à première vue, pourraient apparaître comme les plus importants et les plus graves, mais qui ne sont pas insurmontables ni péremptoires, comme nous le verrons.

A notre avis, on ne peut pas dire que l'ancien modèle français du juge d'instruction soit davantage propice à une défense des droits et libertés publiques plus profonde et de meilleure qualité, il suffit pour cela de se pencher sur le droit comparé et sur la réalité des pays intégrant une instruction régie par un Ministère Public pour nous rendre compte que cet argument n'est pas convaincant. Dans ces pays en question, l'instruction par le Ministère Public n'implique en aucune façon un amoindrissement de la protection des garanties et des droits fondamentaux. En outre, ce type d'instruction ne veut pas dire que le Ministère Public soit investi de compétences pleines et entières, en effet, l'adoption de certaines mesures revient à un juge. Mais, cette adoption exige le respect du principe accusatoire et contradictoire. En d'autres termes, la sollicitude et la possibilité de contester l'opportunité et la proportion de la mesure sollicitée avant qu'il ne soit statué sur celle-ci.

L'affirmation que notre système constitutionnel ne prévoit pas le cas du Ministère Public instructeur au motif que cette tâche est réservée constitutionnellement aux juges n'est pas non plus convaincante. Cette argumentation se fonde sur l'article 117.3 de la Constitution, qui établit que «pour tout type de procès, l'exercice du pouvoir juridictionnel de jugement et d'exécution des jugements, est réservé exclusivement aux Cours et

Tribunaux déterminés par les lois, dans le respect des normes de compétence et de procédure qu'elles établiront». Par conséquent, le raisonnement qui nous intéresse n'est pas acceptable étant donné que, comme nous l'avons dit, il ne faut pas confondre les fonctions d'instruction et celles de jugement, de sorte que l'instruction ne constitue pas un acte de jugement, ce dernier étant précisément celui que l'article 117.3 de la Constitution réserve aux juges. D'où la polémique sur le point de déterminer la nature juridique des actes d'enquête: sont-ils de caractère juridictionnel ou de nature administrative? La question se centre évidemment sur les actes d'enquête sans prendre en compte l'adoption de mesures qui pourraient affecter les droits fondamentaux, car, sur ce point, il ne fait aucun doute que de telles décisions ont un caractère juridictionnel.

La Constitution, faisant preuve de bon-sens et de minutie, réserve aux juges la prise de décisions concernant toutes les mesures qui seraient adoptées au cours de l'instruction et qui porteraient atteinte aux droits fondamentaux; ce point ne change pas et ne doit pas changer même si l'instruction est entre les mains du Ministère Public.

Par conséquent, et je terminerai par ces mots, il est essentiel et urgent de procéder à l'«oubli» du principe inquisitif dans toutes ses manifestations pour recourir à un système dans lequel le principe accusatoire s'impose y compris au cours de l'instruction, avec, en parallèle, l'instauration en Espagne d'un «juge de garanties». Dans cet ordre d'idées, je pense que l'exemple que nous fournit le droit comparé revêt une valeur extraordinaire et doit être minutieusement analysé afin de procéder à la réforme de la procédure pénale correspondante.

Pascual Sala SANCHEZ
Président de la Cour Suprême

LES FONCTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION ET DU MINISTERE PUBLIC DANS LA PROCEDURE PENALE: TENDANCES DE REFORME EN EUROPE

I. EFFET INTEGRATEUR DES SYSTEMES JURIDIQUES EUROPEENS

Le processus irréversible de convergence institutionnelle des pays qui font partie de l'Union européenne, représente un fait qui étend son efficacité à tous les ordres juridiques et dont la véritable dimension se cache derrière l'apparente lenteur qui accompagne toute oeuvre historique.

En effet, les nouveaux principes philosophiques, politiques, économiques et juridiques qui suivirent la conflagration de la guerre de 1945, ont avivé de vieux projets d'intégration européenne qui, le temps passant, ont donné peu à peu forme à deux systèmes juridiques dont les domaines respectifs ont été au service de l'approche institutionnelle.

Le Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949 a amené les pays signataires à réaffirmer «... leur adhésion aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et la véritable source de la liberté individuelle, la liberté politique et l'empire du Droit, principes sur lesquels est fondée toute démocratie authentique». Pour parvenir au but confessé de «... l'adoption d'une action conjointe dans (le) secteur juridique» (art. 1.b.), le Conseil de l'Europe a incorporé parmi ses ressources, le précieux instrument des *Résolutions et Recommandations* de son Comité de Ministres. Ces Recommandations –, aussi bien par le quorum exigé pour leur adoption

(art. 20), que par la coercition indirecte implicite dans la faculté du Comité d'«... inviter (les Gouvernements) à lui faire connaître les mesures qu'ils ont prises en ce qui concerne lesdites recommandations» (art. 15.b) – représentent un outil vigoureux et efficace pour l'approche des systèmes procéduraux édifiés sur des principes comparables.

Il suffit d'une simple approche énonciative à quelques-unes des déclarations du Comité de Ministres du Conseil de l'Europe pour capter la fonction transcendante et intégratrice assumée par l'organe appelé à réaliser la communion d'objectifs européens. Avec une clareté indéniable, la Résolution (64)15, relative à l'*Etablissement d'un système d'échange d'information entre les Etats membres du Conseil de l'Europe sur son activité législative* a rappelé que cet échange permettrait au Conseil de l'Europe «... de suivre l'évolution législative dans les Etats membres, afin d'observer certaines tendances législatives, en vue d'une éventuelle action multilatérale d'uniformisation législative». Dans la recherche de cet objectif de coïncidence juridique, il suffit de citer, sans vouloir être exhaustif, l'indéniable effet rénovateur qu'ont eu sur certains systèmes juridiques – parmi lesquels l'espagnol – la Recommandation R(87)18, sur la *simplification de la justice pénale*, la Recommandation R(87)1, sur la *coopération interétatique européenne en matière pénale*, la Recommandation R(87)3 sur les *Règles pénitentiaires européennes*, la Recommandation R(86)12, sur les *Mesures tendant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux*, la Recommandation R(85)11, au sujet de la *Position de la victime dans le cadre du Droit et de la procédure pénale*, la Recommandation R(84)12, sur les *Détenus étrangers* ou la Recommandation R(79)12, au sujet de l'*Application de la Convention européenne sur le transfert de pièces de dossier des procès pénaux*.

Mais non seulement le système juridique qui tourne autour du Conseil de l'Europe a facilité l'approche normative. La timidité obligée des objectifs proclamés par le *Traité constitutif de la Communauté économique européenne* du 23 mars 1957, limités à la recherche commune d'«... un développement économique stable ...» et au but de «... contribuer à travers une politique commerciale commune, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux ...», ont laissé place à un projet intégrateur dont l'horizon actuel se dessine non comme une limite mais comme une véritable force poussant vers un but d'une inimaginable réalité.

La solennelle *Déclaration de Stuttgart* de 1983 et l'*Acte unique européen* décisif, signé au Luxembourg le 17 février 1986 et à la Haye le 28 février de la même année, ont préparé le chemin pour le *Traité de l'Union*

européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 qui, en plus de rappeler «... l'importance historique de ce que la division du continent européen ait touché à sa fin ...», exprime le désir partagé de «... fortifier le fonctionnement démocratique et efficace des institutions, dans le but qu'elles puissent mieux mener à bien les missions qui lui sont confiées à l'intérieur d'un cadre constitutionnel unique».

On peut affirmer, en définitive, que le projet ambitieux d'unification institutionnelle, édifié jusque-là par deux systèmes juridiques parallèles, a coïncidé en un point historique de rencontre qui permet une plus grande ampleur et une plus grande répercussion de ses effets. Les pays signataires ne limitent plus leurs vues historiques à une intégration surtout orientée vers ce qui est économique, mais élargissent leurs objectifs initiaux à la recherche d'un climat institutionnel avec l'uniformité nécessaire pour faciliter des politiques juridiques communes.

Et l'on peut constater que les systèmes de procédure ne sont pas des témoins indifférents de l'approche institutionnelle.

II. LA TENDANCE LEGISLATIVE VERS LE PROCUREUR COMME ORGANE DE L'INVESTIGATION ET LE JUGE COMME GARANT DES DROITS CONSTITUTIONNELS DU PREVENU

La tendance législative annoncée compte, en plus, sur l'aval qu'offre son inclusion parmi les *Conclusions approuvées par la Conférence de Madrid (1979) des Présidents et Procureurs généraux des Cours de Cassation des Etats membres des Communautés européennes*. On a déjà exprimé alors une aspiration européenne convergente de consolidation des pouvoirs d'investigation du Ministère public. Etant donné son intérêt, et désirant que sa véritable portée soit donnée par la littéralité de ses conclusions, rappelons-en quelques-unes:

«8. On constate que les Ministères publics des différents pays communautaires, sont indépendants dans leurs agissements concrets devant les Tribunaux. Comme fonctions essentielles des Ministères publics de l'Europe communautaire, on fait remarquer la défense de la légalité démocratique, la surveillance du respect des droits des citoyens, l'exercice de l'action publique dans la poursuite des délits et la défense des intérêts publics et sociaux.

9. Dans tous les pays de la Communauté, le Ministère public dirige la Police judiciaire, et veille à ce que celle-ci agisse dans les limites légales.

10. On observe dans les pays de la Communauté un progrès très important vers le modèle procédural d'investigation des délits par le Ministère public, avec une accentuation du principe d'opportunité, appuyé en plus par le Conseil de l'Europe».

C'est ce qui est arrivé, par exemple, avec le Portugal, dont le nouveau Code de Procédure pénale, approuvé par Décret Loi 78/87, du 17 février - en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1988 -, attribue, dans son article 263, au Ministère public l'*inquerito* assisté pour cela des organes de la Police criminelle.

Dans la même ligne, la Loi du 16 février 1987, numéro 81 de la Délégation législative au Gouvernement de la République italienne pour l'élaboration d'un nouveau Code de Procédure pénale, dans son article 2, paragraphes 34, 37 et 38, attribue au Ministère public des fonctions d'enquête et de vérification du fait délictueux. Ces prévisions constituent déjà le droit positif, puisqu'elles ont été développées par le *Codice de Procedura Penale*, approuvé par Décret du Président de la République le 22 septembre 1987, publié dans la *Gazzeta Ufficiale* le 24 octobre 1988, et dans le Livre VI de celui-là, dédié aux procédures spéciales, il régit le *giudizio abbreviato* - Titre I -, celui qu'on appelle *giudizio direttissimo* - Titre III - et le *giudizio immediato* - Titre IV.

En Allemagne, déjà en vigueur depuis longtemps, la StPo, dans ses paragraphes 158 à 176, exprime très clairement le rôle du Ministère public dans le procès pénal.

En France, l'Assemblée nationale et le Sénat ont abandonné un modèle procédural emblématique, ayant inspiré d'autres systèmes historiques, en approuvant la *Loi numéro 92-1336*, du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale, nécessaires à l'entrée en vigueur de celui-là, de même que la *Loi numéro 93-2*, du 4 janvier 1993, régulant la réforme de la procédure pénale. Les nouveaux textes législatifs, sans rompre de façon radicale avec les pouvoirs de direction de l'investigation judiciaire, avancent bien pourtant dans la terminologie de la Circulaire du Ministère de la Justice du 27 janvier 1993 vers un «... détachement progressif de la tradition inquisitoriale». Les Procureurs de la République, dans le nouveau domaine des pouvoirs de direction de la police judiciaire (articles 12 et 41 du Code de Procédure pénal) assument le contrôle du déroulement des arrestations préventives.

III. LA SINGULARITE DU MODELE ESPAGNOL VERS L'INVESTIGATION DU MINISTERE PUBLIC.

Historiquement, le procès pénal espagnol s'est caractérisé par une instruction du dossier effectuée par le Juge d'Instruction et pour laquelle le Procureur limitait sa présence à une activité d'*inspection directe* de l'activité judiciaire. C'est ainsi que l'exprimait avec clarté l'art. 306 de la Loi de Procédure pénale lorsqu'elle signalait que «les Juges d'Instruction formeront les dossiers d'instruction des délits publics sous l'*inspection directe* du Procureur du Tribunal compétent».

Un timide essai de renforcer les pouvoirs de l'organe promoteur de l'accusation publique, fut représenté par l'*Avant-projet de Loi organique par lequel se créent les Tribunaux chargés des affaires criminelles et sont modifiées certaines dispositions de la Loi organique du Pouvoir judiciaire et de la Loi de Procédure pénale*, publié en 1988 comme annonce de la réforme imminente qui allait être effectuée dans le procès pénal. Ledit Avant-projet suivait, dans une bonne mesure, la philosophie qui avait inspiré la Loi du 16 février 1987, numéro 81, de Délégation législative au Gouvernement de la République de l'Italie pour l'élaboration du nouveau Code de Procédure pénale. Pourtant, le rapport négatif du Conseil général du Pouvoir judiciaire, contraire à cette attribution au Procureur de fonctions d'instruction, emmène le Gouvernement à amender l'Avant-projet et à changer radicalement les prévisions initiales, en excluant le Procureur de toute fonction authentiquement investigatrice.

La position du Procureur dans le nouveau procès pénal, créé par la Loi Organique 7/1988, du 28 décembre, est explicitée à l'art. 781 de la Loi de Procédure pénale¹. En même temps que ce cumul de fonctions – certaines difficiles à concrétiser pratiquement – coexiste une faculté très limitée

¹ Selon ladite disposition: «Le Procureur se constituera dans les procédures pour l'exercice des actions pénale et civile conformément à la Loi. Il veillera au respect des garanties procédurales du prévenu et à la protection des droits de la victime et des personnes victimes du délit.

Dans cette procédure, il correspond au Ministère public, de façon spéciale, de faire avancer et de simplifier son acheminement sans que soit diminué le droit de défense des parties et du caractère contradictoire de celle-ci, en donnant à la Police Judiciaire des instructions générales ou particulières pour remplir le plus efficacement possible sa fonction, en intervenant dans les dossiers d'instruction, en apportant les moyens de preuve dont elle peut disposer ou en demandant au Juge d'adopter des mesures conservatoires ou de les lever et la conclusion de l'investigation aussitôt qu'il aura estimé que les procédures nécessaires ont été effectuées pour se prononcer sur l'exercice de l'action pénale».

d'investigation du fait punissable, de nature provisoire, étant donné qu'elle doit se paralyser de façon irrémédiable lorsque le même fait sera l'objet d'investigation judiciaire. Cette fonction investigatrice, si timide, est l'objet de réglementation à l'art. 785 bis de la Loi de Procédure pénale².

La disposition transcrite – dont la nouveauté est seulement relative vu ce que disposait déjà l'art. 5 du Statut de 1981 – règle toute aspiration de renforcement des pouvoirs d'investigation du Procureur dans le procès pénal.

Un régime spécifique, bien qu'accommodé aux lignes générales en vigueur, se trouve à l'art. 18 bis du Statut du Ministère public de 1981, dans la rédaction donnée par la *Loi 5/1988, du 24 mars, par laquelle est créé le Ministère public spécial pour la Prévention, et la Répression du Trafic illégal de Drogues*. C'est ainsi qu'est établie comme la faculté la plus notoire, celle de «faire des investigations sur la situation économique et patrimoniale, de même que sur les opérations financières et mercantiles de toutes sortes de personnes par rapport à qui existent des indices qu'elles réalisent ou participent à l'action du trafic illégal de drogues ou qu'elles appartiennent ou aident des organisations qui se consacrent à ce dit trafic, en pouvant demander aux Administrations publiques, aux Entités, aux Sociétés et aux particuliers, les informations qu'il estime nécessaires».

L'évidence que cette philosophie par rapport à l'intervention du Procureur dans le procès pénal suppose de ne pas profiter du cadre constitutionnel de cette institution, a amené le législateur à introduire une expérience législative prudente et singulière. Il s'agit de la nouvelle législation en ce qui concerne le jugement des enfants. La récente *Loi organique 4/1992, du 5 juin, sur la réforme de la Loi régulatrice de la Compétence et*

² Ladite disposition stipule: «1. - Lorsque le Ministère public connaîtra d'un fait apparemment délictueux, soit directement, ou pour avoir reçu une plainte ou un constat, il effectuera lui-même ou ordonnera à la Police judiciaire d'effectuer les actes de procédure qu'il estimera pertinents pour la comprobation du fait ou de la responsabilité de ceux qui y ont participé. Le Procureur décrètera d'archiver les procédures lorsque le fait ne revêtira pas les caractères de délit, en le communiquant, avec l'expression de cette circonstance, à celui qui aurait allégué être endommagé ou offensé, afin qu'il puisse réitérer sa plainte devant le Juge d'Instruction. Autrement, il demandera au Juge d'Instruction d'initier les actes de procédure préalables correspondants et de lui envoyer les enquêtes, en mettant à sa disposition le détenu, le cas échéant, et les effets du délit.

2. Le Ministère public pourra faire comparaître devant lui toute personne dans les termes établis dans cette Loi pour la citation judiciaire, afin de recevoir sa déclaration, durant laquelle seront observées les mêmes garanties signalées dans cette Loi que pour celle prêtée devant le Juge ou le Tribunal.

3. Le Procureur suspendra ses actes de procédure dès qu'il aura appris l'existence d'une procédure judiciaire sur les mêmes faits.

la Procédure des Tribunaux pour enfants a proclamé dans son Exposition de motifs: «on stipule que la direction de l'investigation et l'initiative procédurale correspondront au Ministère public, de façon que soit préservée l'impartialité du Juge»³.

Pourtant, les difficultés budgétaires pour la mise en marche des prévisions légales peut arriver à frustrer cette nouvelle orientation législative qui naît circonscrite - et c'est un progrès -, au procès qui a l'enfant pour sujet actif. Du degré d'enthousiasme dont est capable le Ministère public, de sa dédication et, en grande mesure, des moyens matériels qui seront mis à sa disposition, dépendra, certainement, le dessin définitif du Procureur dans le futur procès pénal.

En termes de conclusion, on peut affirmer que la profonde scission existant actuellement entre ce que l'on attend officiellement du Ministère public⁴ et les instruments procéduraux mis à sa portée, ainsi que sa singularité face aux systèmes juridiques de son entourage, octroyent aux singularités du modèle espagnol un caractère provisoire indéniable dont le changement historique devient de plus en plus nécessaire.

Madrid, le 3 mai 1994.

Manuel Marchena GÓMEZ
Secrétariat technique
du Ministère Public

³ En harmonie avec cette déclaration d'intentions, l'art. 15 de la Loi des Tribunaux pour enfants stipule que: «Correspond au Ministère public la défense des droits, l'observance de ses garanties, le respect de l'intégrité physique et morale de l'enfant, et c'est ainsi qu'il dirigera l'investigation des faits, en ordonnant que la Police judiciaire effectue les actes de procédure qu'il estime pertinents pour leur comprobation, ainsi que celle de la participation de l'enfant à ceux-ci, faire avancer la procédure, ainsi que demander au Tribunal pour enfants d'effectuer les actes de procédure qu'il ne peut effectuer par soi-même».

⁴ Coïncidant avec la rédaction de ce travail, le Gouvernement annonce une réforme légale, qui, sans changer le cadre procédural en vigueur, rend possible la création d'un *Ministère public Anticorruption*, parmi les mesures institutionnelles pour renforcer la lutte contre les formes les plus sophistiquées de délinquance.

*la Procédure des Tribunaux pour enfants a proclamé dans son Exposition de motifs: «on stipule que la direction de l'investigation et l'initiative procédurale correspondront au Ministère public, de façon que soit préservée l'impartialité du Juge»*³.

Pourtant, les difficultés budgétaires pour la mise en marche des prévisions légales peut arriver à frustrer cette nouvelle orientation législative qui naît circonscrite - et c'est un progrès -, au procès qui a l'enfant pour sujet actif. Du degré d'enthousiasme dont est capable le Ministère public, de sa dédication et, en grande mesure, des moyens matériels qui seront mis à sa disposition, dépendra, certainement, le dessin définitif du Procureur dans le futur procès pénal.

En termes de conclusion, on peut affirmer que la profonde scission existant actuellement entre ce que l'on attend officiellement du Ministère public⁴ et les instruments procéduraux mis à sa portée, ainsi que sa singularité face aux systèmes juridiques de son entourage, octroyent aux singularités du modèle espagnol un caractère provisoire indéniable dont le changement historique devient de plus en plus nécessaire.

Madrid, le 3 mai 1994.

Manuel Marchena GÓMEZ
Secrétariat technique
du Ministère Public

³ En harmonie avec cette déclaration d'intentions, l'art. 15 de la Loi des Tribunaux pour enfants stipule que: «Correspond au Ministère public la défense des droits, l'observance de ses garanties, le respect de l'intégrité physique et morale de l'enfant. et c'est ainsi qu'il dirigera l'investigation des faits, en ordonnant que la Police judiciaire effectue les actes de procédure qu'il estime pertinents pour leur comprobation, ainsi que celle de la participation de l'enfant à ceux-ci, faire avancer la procédure, ainsi que demander au Tribunal pour enfants d'effectuer les actes de procédure qu'il ne peut effectuer par soi-même».

⁴ Coïncidant avec la rédaction de ce travail, le Gouvernement annonce une réforme légale, qui, sans changer le cadre procédural en vigueur, rend possible la création d'un *Ministère public Anticorruption*, parmi les mesures institutionnelles pour renforcer la lutte contre les formes les plus sophistiquées de délinquance.

UNITED KINGDOM

ROYAUME-UNI

ENGLAND AND WALES

THE ROLE OF THE INVESTIGATING JUDGE AND THE PUBLIC PROSECUTOR IN CRIMINAL PROCEEDINGS : REFORM TRENDS IN EUROPE

Introduction

1. The system of criminal justice in England and Wales is generally referred to as an adversarial system. That is to say, the prosecution and the defence each present their case, the judge instructs the jury as to the law and gives a summary of the facts, and it is then for the jury to decide upon the guilt or innocence of the defendant. The same pattern prevails in Magistrates' Courts where the vast majority of criminal proceedings are heard. However, in trials in Magistrates' Courts, the place of the jury is usually taken by the lay justices, who are ordinary members of the public who act as Magistrates on an unpaid, part-time basis, and who are instructed in the law by their clerk. In some urban areas legally qualified persons are appointed as full-time Magistrates (called "Stipendiary Magistrates"). They sit alone but their powers are not significantly different from those of lay Magistrates.

2. This paper considers first the respective role of the police, the Crown Prosecution Service, the Attorney General and the judge in the criminal justice system, and then describes briefly recent proposals for changes in that system.

The Police

3. The function of the police is to investigate an offence; in carrying out this function, they are not under the control of the prosecutor, still less of the judge. The police are also responsible for instituting charges against an alleged offender. However, at that point, they must pass on the results of their investigations to the Crown Prosecution Service, whose function is to decide whether to pursue the criminal charge already instituted by the police.

Crown Prosecution Service

4. Historically, all prosecutions were technically pursued by private individuals. But in practice the vast majority of these private prosecutions were in fact brought by police officers. The text books rationalised this as public officials exercising private rights. The result was that in a significant number of cases prosecutions were pursued by the police even though the evidence was weak, and often against the advice of the lawyers advising the police.

5. Hence, in 1985, Parliament established the Crown Prosecution Service, to have responsibility, in all cases instituted by the police, for the pursuit of criminal prosecutions.

Nevertheless, the right of individuals to undertake private prosecutions was not removed, and other public authorities, most notably the Customs, retain their right to undertake prosecutions to enforce the area of the law for which they have responsibility.

6. The Crown Prosecution Service is independent of the police, and is headed by the Director of Public Prosecutions. The Attorney General “superintends” the Crown Prosecution Service. He does so as First Law officer of the Crown and independently of his role as a Member of the Executive and in relation to its policies and casework cannot be directed by anybody.

7. The Crown Prosecution Service has to decide whether criminal proceedings should be pursued. For this purpose, the Crown Prosecution Service takes its decisions in accordance with the Code for Crown Prosecutors, which is a public document. In particular, in deciding whether to proceed with a prosecution, the prosecutor must assess whether there is sufficient evidence to afford a realistic prospect of conviction, and if so, whether a prosecution is required in the public interest.

8. It is the responsibility of the Crown Prosecution Service to conduct criminal proceedings, and in particular to decide which evidence to call at the trial and which not to call. However, it is clearly established that, where the prosecution are also in possession of other material which has some bearing on the offence charged and the surrounding circumstances of the case, then they are under an obligation to disclose that evidence to the defence if it may be material.

The Attorney General

9. The Attorney General has a general duty to “superintend” the Crown Prosecution Service. Moreover, in a number of cases his consent is required before prosecutions may be undertaken in relation to particular offences. In addition, the Attorney General has a power to terminate any criminal proceedings which have already begun although this power rarely needs to be exercised. The Attorney General is answerable in Parliament for the work of the Crown Prosecution Service even though, as noted above, he is, in this capacity, independent of Government. He answers for particular decisions only in general terms and does not give detailed reasons. This involves a delicate balance: it permits proper accountability for the prosecution process, but without the risk of decision-making being subject to political pressures.

The Judge

10. Essentially, the function of the judge in a criminal trial is to oversee the proceedings in an impartial manner, and to direct the jury on the law.

11. The judge is not involved in the preparation by the prosecution of their case before the trial. Moreover, the prosecution and the defence are left to prepare and present their cases in court as they see fit. In particular, it is for the prosecution and the defence to decide what evidence is presented. In practice a judge will never call a witness himself.

12. Nevertheless, judges have an overriding duty to ensure that a defendant receives a fair trial. To this end, the judge may exclude evidence which the prosecution wishes to put forward, where, for example, its value is outweighed by its prejudicial effect on the minds of the jury, or where more generally the admission of the evidence would have an adverse effect on the fairness of the proceedings.

Reform: The Royal Commission

13. As a result of a number of well-publicised cases where miscarriages of justice had taken place, a Royal Commission was asked to scrutinise the criminal justice system in England and Wales. The Royal Commission has made over 350 recommendations, and the British Government is at present studying these; indeed, some of them have already been acted upon. However, the Royal Commission did *not* recommend the abandonment of the basic adversarial system in England and Wales. Rather, the Royal Commission recommended a refinement of the traditional processes in England and Wales to ensure that the operation of the criminal justice system provides the highest quality of justice.

14. On the process of investigation and prosecution, the Royal Commission re-affirmed its belief in the existing division of functions between the police and the Crown Prosecution Service. In particular, the Royal Commission concluded that it was not appropriate for the Crown Prosecution Service to supervise police officers in their investigation of crime.

15. In relation to pre-trial procedures, the Royal Commission took the view that there is scope for improving these; for example, the parties should be encouraged to co-operate with a view to clarifying the issues for decision at the trial. A majority of the Royal Commission recommended that the defence should be under an obligation to disclose in advance the case they will put forward at trial (which is not so at present). The Royal Commission also thought that, in cases where the parties did not satisfactorily co-operate, or where the issues were complex, 'he judge might have the power to order a pre-trial hearing.

16. The Royal Commission considered that at the trial the judge should take a more interventionist approach. For example, the judge might intervene to prevent harassment or intimidation of witnesses by lawyers. Furthermore, the judge might have wider powers to exclude evidence than those which currently exist. In addition, the judge might as a last resort call witnesses, where they are not called by either of the parties. In summary, the Royal Commission thought that the judge might be more robust and interventionist in conducting the trial.

17. In certain respects, the recommendations of the Royal Commission, if adopted, would involve a move away from a "pure" adversarial system. One example is furnished by the proposal that the defence should be obliged

to disclose before trial the case it will advance. Similarly, the Royal Commission recommended the abolition of committals; this is the ancient process by which Magistrates decided whether there was a *prima facie* case against the defendant and, if there was, committed him for trial by judge and jury. Although the number of occasions when Magistrates heard all the evidence before deciding whether to commit the defendant for trial has declined significantly in recent years, nevertheless the abolition of committals would remove one of the remaining judicial elements in the prosecution process.

18. Nevertheless, it would be wrong to see the Royal Commission recommendations as indicating the abandonment of the adversarial system which currently operates in England and Wales. The basic features of system would remain, even if all the recommendations were adopted.

Conclusions

19. This paper has described the basic features of the adversarial system of criminal justice which operates in England and Wales. The system is, of course, subject to continual refinement, but this process has not led to the abandonment of the essentials of the adversarial system. Nor, indeed, would the recommendations of the Royal Commission, even if accepted in toto, involve the establishment of an inquisitorial system in England and Wales. The Royal Commission did consider the inquisitorial systems which operate in other countries, but did not recommend the transplantation of a more inquisitorial system into England and Wales.

20. The Royal Commission recognised the damage done to confidence in the criminal justice system in England and Wales by certain well-publicised miscarriages of justice. Nevertheless it is worth quoting its more general conclusion, which was as follows:-

“The great majority of criminal trial are conducted in a manner which all the participants regard as fair, and we see no reason to believe that the great majority of verdicts, whether guilty or not guilty, are not correct.”

Paper by the Rt Hon Sir **Nicholas LYELL** QC MP,
H M Attorney General for England and Wales

PUBLIC PROSECUTION IN AN ADVERSARIAL SYSTEM

The following paper is primarily concerned with the role of the public prosecutor, the Procurator Fiscal, in Scotland and to outline some of those aspects which give the office its unique characteristics.

Public Prosecution in Scotland

Scotland has a system of public prosecution. However, the concept of crime as an offence against the community, which the community acting through a public prosecutor may punish and which is not remediable by restitution between wrongdoer and victim is, a comparatively modern development.

The position of the Lord Advocate as a public prosecutor in Scotland was recognised as long ago as 1587 when the Lord Advocate was given power to prosecute, irrespective of the wishes of the victim. While the right of private individuals to prosecute has never been abolished, such prosecutions are now almost unknown.

In general the existence of a public official with responsibility for initiating and conducting criminal prosecutions seems to be a characteristic of inquisitorial systems of justice. However, public prosecution is a common feature of radically different criminal justice systems and several systems, including Scotland, Canada and the United States, while being adversarial in relation to trial procedure, nonetheless involve public prosecutors.

Investigations

The Procurator Fiscal's responsibilities in relation to crime committed in Scotland cover both its investigation and its prosecution. The former duty stems from the Lord Advocate's overall responsibility for the investigation of crimes committed in Scotland: as Procurators Fiscal are the Lord Advocate's local agents, they are officials constitutionally responsible to him for such investigations. The Procurator Fiscal is an independent public prosecutor. He receives and considers reports of crimes and offences from the police and over 50 other agencies and decides whether or not to take criminal proceedings in the public interest. He and his Deputies prosecute cases in all courts except the High Court.

In practice the initial investigation is done by the police, who bear the burden of collecting and sifting evidence. In theory the police act on the instructions of the Procurator Fiscal in the investigation of crime but it is relatively rare for the Procurator Fiscal to be personally concerned in the investigation of a case. Nevertheless, it is his right and in certain cases his duty, to take personal control of the investigation. This is often done in cases of serious fraud.

In law Chief Constables and local police forces are subject to the control of the Procurator Fiscal who may direct Chief Constables as to the action they should take in relation to particular crimes. As a result of this responsibility, when the most serious crimes such as murder are committed, the police immediately contact the Procurator Fiscal, who will usually attend personally at the scene. It would be wrong to suppose that the Procurator Fiscal will give detailed instructions to the police in connection with every serious crime; but the power to do so is there, and it underlies the relationship between the prosecuting authorities and the police.

That relationship is also moulded by the Police (Scotland) Act 1967, Section 17(1)(b) which provides that "it shall be the duty of the constables of a police force where an offence has been committed (whether within or outwith the police area for which the police force is maintained) to take all such lawful measures, and make such reports to the appropriate prosecutor, as may be necessary for the purpose of bringing the offender with all due speed to justice".

This duty of reporting to the Procurator Fiscal constitutes one of the key differences between the Scottish Procurator Fiscal and the English Crown Prosecutor. In England the separation of the investigating authorities (in the form of the police) from the Crown Prosecutor dates only from the Prosecution of Offences Act 1985. In essence, while the Procurator Fiscal

can both direct the police in their investigations and can initiate his own investigation through precognition, there is in England, no power for the Crown Prosecutor to direct the police in a similar fashion.

Decisions on Prosecution

Before acting upon a police report the Procurator Fiscal must first be satisfied that the circumstances disclose a crime known to the law of Scotland. He must then consider whether the evidence is sufficient, admissible and reliable. If not, the Fiscal will take no further action. Otherwise he will go on to decide the best course to take in the public interest. Procurators Fiscal enjoy a considerable degree of autonomy with regard to their decisions in individual cases, but significant matters of policy are determined by the Lord Advocate and appropriate guidance is issued from Crown Office.

Such decisions involve the exercise of a discretion as to whether to prosecute. Unlike what I understand to be the position in, say, Germany, there is no rule of law that a criminal offence must be prosecuted in Scotland. No-one can oblige the Lord Advocate to prosecute and no-one except the Lord Advocate can oblige the Procurator Fiscal to prosecute.

The police accordingly have no authority in relation to the actual decision whether to prosecute or not. The Procurator Fiscal alone is responsible for the initiation of criminal proceedings.

He has wide-ranging powers both to waive prosecution and to utilise various alternatives to formal court proceedings in dealing with offenders. Indeed the 1980s saw a major shift away from prosecution as the norm toward the marked and consistent use of alternatives to prosecution. This continuing trend is due to both practical necessity and to a philosophical approach. Admittedly, Scotland has been slower to develop alternatives to prosecution than some European countries, and the position of the police in our system has meant that they have traditionally been excluded from the powers enjoyed by other European police forces to impose fines for road traffic offences. Until the early 1980s such cases were always the subject of prosecution.

Alternatives to Prosecution

In the face of a sharp increase in recorded crime in the 1980s which placed the courts under great pressure, the impetus for a policy change was generated by the report of a committee on alternatives to prosecution which recommended that the Lord Advocate encourage Procurators Fiscal to make greater use of their discretion to take no action and exhorted Procurators

Fiscal to give “primary consideration to alternatives before opting for prosecution”.

The extent to which the recommendations of the Committee have been adopted can be seen in the statistics. In 1981, 246,295 persons were proceeded against in court in Scotland with the recorded crime figure being 744,725: in 1991 the number proceeded against in court dropped to 190,837 though the figure for recorded crime was 1,020,657.

The simplest alternative to prosecution is just not to prosecute. This decision to take no proceedings by the Procurator Fiscal may be due to a consideration that the case is so trivial as not to merit prosecution, or may be due to a substantial lapse of time intervening between the commission of the offence and any prospective proceedings, or may be due to various mitigating factors which may also be considered by the prosecutor. In 1991, this alternative accounted for 13% of reports received by the Procurator Fiscal (compared with a figure of 7% in 1981).

The following is a brief synopsis of the modern developments in respect of alternatives to prosecution.

The extension of the fixed penalty system in 1986 to widen the scope for police and traffic wardens to issue notices offering certain motorist offenders the option of avoiding prosecution by the payment of a fixed penalty is perhaps the most significant. This alternative in 1991 accounted for 28,8% of disposals of reports received.

A further and perhaps more radical innovation appeared by virtue of Section 56 of the Criminal Justice (Scotland) Act 1985, with the Procurator Fiscal under this provision able to, in the case of offences other than motoring offences, make a conditional offer of a fixed penalty known as a Fiscal fine to alleged offenders. At present the fine is set at a level of £25 and in 1991 this accounted for 4.2% of reports received. There is a current proposal to introduce a range of such fines from £25 up to a £100.

An important and recent development is the possibility of diversion to Local Authority Social Work Departments in relation to certain offenders. Numerically, however, such diversions at present account for a tiny proportion of cases, some 0.4% of cases in 1991. There have, however, been difficulties in securing social work resources for such diversion schemes, which must be funded under present rules by local rather than central government.

Disclosure of Prosecution Case

Although trial procedure in Scotland is fundamentally adversarial, the fact that the Procurator Fiscal acts in the public interest rather than on behalf

of the private interests of Crown witnesses and victims reduces the adversarial nature of the system. The Procurator Fiscal's responsibility to investigate allegations of crime thoroughly and to put before the court all issues of relevance to the allegation is accompanied by a duty of disclosure to the defence of any information which supports the defence case even though it may be damaging to the Crown case. This has been said not to be a legal duty, but in practice the Crown accepts that there is a duty to disclose to the defence information which may assist the accused. This is done primarily by providing the defence with a list of witnesses and productions. Assistance is also given to them to enable them to contact witnesses. Until recently, the Crown did not provide the defence with copies of witness statements. However, copies of police witness statements are now made available to the defence, and in one area a pilot study has been conducted under which the defence were provided with copies of civilian witness statements if the civilian witnesses consented. Such disclosure can result in pleas of guilty or in formal evidence being agreed with resulting saving in time and expense. While such disclosure can be seen as discretionary, it is clear that in relation to disclosure to the defence that the Procurator Fiscal's exercise of his discretion in the public interest is central to this aspect of his role also.

Choice of Court

The discretion to prosecute or not further extends, except in certain cases, to the choice of court appropriate to the crime and offender to be proceeded against. The accused has no right to elect for jury trial.

When making such decisions Procurators Fiscal have regard to the seriousness of the offence and to the previous record of the accused. The choice of court also of necessity involves a calculation of what the court is likely to regard as the appropriate sentence.

Proposals for Reform of Judge's Role

One of the problems which bedevils the prosecution and the courts at present is the problem of late pleas of guilty. The system becomes clogged with cases which must be prepared for trial and allocated space in the court calendar but 70% of which will never go to trial. A current proposal to ease this problem is the introduction of an intermediate hearing between the beginning of the case and the actual trial at which the role of the judge would be more active than a mere umpire (the traditional role) though still falling short of a truly investigative role.

The duties which it is suggested be allocated to judges at such intermediate diets range from ascertaining whether both sides are prepared to go to trial, to the questioning of both crown and defence as to the prospect of evidence being agreed and the possibility of discharging any of the witnesses. If the judge were not satisfied that the case is fully prepared or that evidence which will not be contested has been agreed, he would then be able, for instance, to postpone the trial and so save the time of witnesses and jurors.

It has to be accepted that effective change cannot be ensured by legislation alone. The success of such a reformed intermediate diet procedure would depend largely on the attitude of Scottish judges.

It has been argued that this new role would involve a departure from the proper function of the judge in the Scottish criminal process. Under our system the judge is essentially a trial umpire who knows little or nothing of the pre-trial background to the case. It is argued that this is consistent with protecting the rights of the accused to be presumed innocent until proved guilty and not to be compelled to testify against himself or to confess guilt. It is felt by some that a more interventionist judge must necessarily have some knowledge of the evidence prior to the trial and that this would affect his impartiality and so create an unnecessary risk of prejudice to the rights of the accused.

One of the aims of the new procedure is to frame the issues for trial. Even under our existing system in serious cases the Procurator Fiscal may question the accused about certain matters at an early stage. This examination takes place before a judge, the Sheriff. This procedure allows the accused to state his defence at this initial stage and gives the prosecutor notice of the nature of the intended defence. In a survey conducted in 1986 it was considered by Procurators Fiscal that where a full or partial admission of guilt was obtained from the accused (as it was in one third of the cases studied) that the judicial examination procedure would benefit the prosecution. Similarly, where the accused denies the charges but offers no line of defence, this may be regarded as ultimately of benefit to the prosecutor. For instance at the trial the Procurator Fiscal may comment on the fact that the accused declined to answer a question on a particular matter at judicial examination if the defence led evidence about it at the trial.

Conclusion

Although public prosecution in Scotland is fundamentally established within an adversarial system of criminal justice, the office of the Procurator Fiscal not only bears comparison with the inquisitorial systems of continen-

tal Europe, but even today retain some features at least which have more in common with continental jurisdictions than with the English system and Crown Prosecutor. This is in terms of the existence of a system of public prosecution with a public prosecutor who is independent from the investigating authorities and who has a discretion to take no action. On the other hand the extent of the Procurator Fiscal's discretion, the fact that he is not subject to a code requiring him to prosecute, and the extensive use of alternatives to prosecution may distinguish him from certain at least of his Continental colleagues.

Paper by the Crown Agent, Edinburgh

SUMMARY

*

RESUME

Changes occurred in the field of criminal procedure

1. In recent years, the investigating judges' and the prosecutors' roles underwent profound changes in many countries of Europe.

2. Such changes were almost always closely linked to the changes that the criminal procedure had to undergo as a result of a thorough reflection on the role of each of the participants therein: investigating judge, prosecutor, police, victims, the alleged offender, etc.

Reasons for changes occurred

3. The changes occurred are due to a large spectrum of reasons that may be grouped as follows: legislative reasons, procedural reasons and reasons pertaining to the effectiveness of the criminal justice system.

Legislative reasons, including constitutional reasons

4. One should be aware that several national Constitutions have in the last years embodied specific provisions in the field of criminal procedure. This has often entailed profound changes in the codes of criminal procedure of the countries concerned.

The influence of the international law concerning the protection of Human Rights

5. Furthermore, several international instruments concerning the protection of Human Rights, either regional (European Convention on Human

Rights, European Convention against torture, etc.) or universal (UN Covenant on Civil and Political Rights, UN Convention Against Torture) contain provisions that have a direct influence on the criminal procedure. Contracting States must therefore abide to such provisions and hence the need to introduce change in the corresponding domestic law.

6. A particularly blunt example of that influence can be found with the case-law of the organs set up by the European Convention on Human Rights, in particular the European Court of Human Rights whose judgments have entailed profound changes in the national legislation of many countries concerning the criminal procedure, in particular concerning the role of the investigating judge, pre-trial detention, the role of the prosecution authorities, etc.

Procedural reasons

7. Thorough reflection upon the respective roles of the different actors involved in the criminal procedure has also contributed greatly to the reforms occurred in this field. Such reforms usually aim at reinforcing the protection of the fundamental rights of persons in the framework of the criminal procedure, in particular the right of every person to a fair hearing by an impartial tribunal, the right to liberty and security, the right to respect for his private life, etc.

Reasons pertaining to the effectiveness of the criminal justice system

8. Reasons of a practical nature have also played a great role in the changes occurred in the field of criminal procedure. Such reasons may be grouped in two classes, namely endogenous reasons and exogenous reasons.

9. Among the endogenous reasons, one can mention the need to find solutions for the general overburdening of courts (first instance, second instance and supreme courts), the need to introduce profound reform in the management of courts and procedures (quicker procedures, redefinition of the respective roles of the different actors involved in the procedures, changes in time limits for carrying out certain procedural steps, changes in the way to communicate certain pieces procedural documents), all this within the framework of greater protection for the rights of the persons.

10. Among the exogenous reasons, one can mention the need to find efficient solutions to the constant increase in criminality during the last years, both home-based and transnational, and the particular serious forms that criminality has assumed, e.g. violent crime, terrorism, drug trafficking, etc.

The role of the investigating judge in the criminal procedure

11. It is not in all countries that the law makes provision for investigating judges. In particular, investigating judges are unknown in common law countries.

12. In the so-called continental systems (civil law systems) the role of the investigating judge differs from one country to the other but it can be outlined in its main features. Differences result mostly from whether the system followed in criminal procedure is more of an inquisitorial or an adversarial nature.

13. The reforms undertaken on the role of the investigating judge, where that role has not been suppressed, have aimed mainly at clarifying his tasks, increasing the safeguards as to his independence, giving more weight to his functions and extending the rights of the defence.

14. In certain systems, the investigating judge is the person in charge of the organisation of the investigation; he supervises the course of the preliminary inquiry. He often acts in his capacity as a criminal police officer, runs the investigations, follows the gathering of the evidence and the formulation of the charges. The question that is most often raised in such systems is whether the investigating judge, who primarily is a court judge, can keep his impartiality under such circumstances.

15. For that reason, other systems have either done without the investigating judge or reduced considerably his role. It is a matter of replacing the “investigating judge” with the “judge of the investigation”, the “judge of the inquiry” or the “judge of the safeguards”, with jurisdictional, not investigative functions. In this field, he only keeps his safeguard and control functions.

16. In the first case (safeguards function) it belongs to the judge to safeguard the total respect for the rights of the person during the organisation of the investigation and the preliminary inquiry, in particular with

respect to the deprivation or the limitation of liberty, the first examination of the accused by a judicial authority, the gathering of evidence (seizure, search, surveillance of telecommunications, taking a blood sample, requisition of property), etc. It is mostly a matter of examining the legality of the investigation measures taken by other organs or entities (prosecution authorities, criminal police, other police corps, etc.).

17. In the second case (control function), it belongs to the investigating judge to supervise the length of the examinations (for which very strict time-limits will have been fixed), control the legality and the duration of pre-trial detention, control the choice of the modalities of criminal procedure, and decide to pursue or not with the application for indictment and other requests made further to the preliminary inquiry or the investigation.

The role of the prosecution authorities

18. The role played by the prosecution authorities in the criminal procedure is closely linked to the question of the functions assigned to the investigating judge. Indeed, the prosecution authorities have inherited a great number of functions that were those of the past-time investigating judges of the French tradition.

19. In several systems, the prosecution authorities bear exclusive responsibility over criminal proceedings and have alone the power to bring about criminal charges. It belongs to them, following an offence, to open the file and refer the case to a court judge. In so doing, they might act either on their discretion (opportunity principle) or subject exclusively to the law (legality principle).

20. The main problem that arises with respect to the prosecution authorities is whether the requirements are there for them to accomplish their tasks free from political interferences capable of harming their duty of impartiality and compliance with to the law, since the fact is that they are often closely associated with the executive power.

21. The prosecution authorities, who bear exclusive responsibility over criminal proceedings, enjoy great autonomy under certain systems as to the measures taken in the framework of the investigation and the strategy followed with the inquiry. The investigation is actually led by the prosecution authorities that use to that effect different police corps (notably the criminal police or equivalent). In other countries, where investiga-

tions are directly led by the police, the prosecution authorities keep a role of control over the latter's action with the possibility of leading directly the investigation in especially difficult cases or taking it over where necessary.

22. Even in the cases where the prosecution authorities are directly under the executive power, one could see in the last years that a number of measures were adopted in order to safeguard the objectivity and the independence of their action in the field of criminal proceedings: prohibition to engage proceedings against innocent persons; obligation to search for the material truth by investigating all circumstances, whether they lead to guilt or non-guilt; obligation to join to the file any written instructions received from the Minister of Justice, in cases where the latter is entitled to give instructions to the prosecution authorities in order to engage proceedings; freedom for the prosecution authorities to present orally their submissions, even where the latter run counter to the written submissions presented as a result of instructions received from higher authorities (the pen serves whilst the word is free), prohibition for the Minister of Justice to give instructions aiming at avoiding proceedings from being engaged (right of negative injunction, both special and general), etc.

Reinforcement of control machinery

23. More often than not, changes in respect of the role in criminal procedure of the investigating judge and the prosecution authorities, are linked to considerable reinforcement of the rights of the persons: bringing down the scope of application of pre-trial detention, clarification as to the rules pertaining to deprivation of liberty pending appearance before a judicial authority, provision for alternative measures to pre-trial detention, reinforcement of the attributes of the adversarial type of investigation, establishing higher requirements with respect to the need to give reasons for the decisions taken, reinforcement of the right of access to the file by the defence, improving the appeals procedures.

24. Having in mind the experience with different systems, one cannot say that the old French model of investigating judge is necessarily more adequate in terms of achieving a better and more thorough defence of the rights and liberties of the individual. Furthermore, the fact that it belongs to the prosecution authorities to organise the investigation does not carry as a consequence that there is less protection for fundamental rights and

guarantees. This is so because the prosecution authorities are not vested with full powers in this field: certain measures that risk to interfere with fundamental rights of the individual may only be ordered by a judge. Such a solution, though, requires the respect within the procedure of the accusatorial and adversarial principles, with a view to entirely safeguarding the rights of the defence.

25. In the field of criminal procedure, the point is not to achieve uniforming of the law, but rather to keep more and more to the same principles. It belongs to each country to exercise its own talents, based on its traditions and leading to different procedures. But our attention is evermore drawn towards a common heritage that announces new developments in the future.

Changements survenus dans le domaine de la procédure pénale

1. Les fonctions du juge d'instruction et du Ministère Public ont subi, dans plusieurs pays d'Europe, de profondes transformations au cours de ces dernières années.

2. Les changements survenus sont, presque toujours, étroitement liés aux transformations que la procédure pénale a elle-même dû subir, en vertu d'une profonde réflexion sur le rôle des diverses entités y participant: juge d'instruction, Ministère Public, corps de police, victimes, agents des infractions, etc.

Causes des changements survenus

3. Les transformations subies en matière de procédure pénale sont dues à un large éventail de causes, que l'on pourra grouper en plusieurs domaines, notamment: des raisons de nature législative, des raisons de nature procédurale, des raisons d'efficacité du système de justice criminel.

Raisons de nature législative, notamment constitutionnelle

4. Dans le domaine de l'influence législative, il faudra tenir compte du fait que plusieurs Constitutions nationales se sont enrichies, au cours de ces dernières années, de dispositions spécifiques dans le domaine de la procédure pénale, qui ont souvent entraîné de

profonds remaniements dans les codes de procédure pénale des pays concernés.

Influence du droit international concernant la protection des droits de l'homme

5. En outre, plusieurs instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, soit de nature régionale (la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention européenne contre la torture, etc.), soit universelle (Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, Convention de l'ONU contre la torture, etc.), prévoient des dispositions ayant une influence directe sur la procédure pénale. Ces dispositions devant être respectées par les Etats contractants, ceci entraîne souvent la nécessité de remanier les textes de droit interne correspondants.

6. Un exemple particulièrement frappant de cette influence concerne la jurisprudence des organes créés par la Convention européenne des droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme, dont les arrêts ont déterminé des changements profonds de plusieurs législations nationales dans le domaine de la procédure pénale, notamment en ce qui concerne les fonctions du juge d'instruction, le régime de détention préventive, le rôle du Ministère Public, etc.

Raisons de nature procédurale

7. Une profonde réflexion sur le rôle à jouer, dans la procédure pénale, par les diverses entités intervenantes dans cette procédure a, également, beaucoup contribué aux réformes survenues dans ce domaine. Ces réformes visent normalement renforcer la protection des droits fondamentaux des personnes dans le cadre de la procédure pénale, notamment le droit du justiciable à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal impartial, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit au respect de la vie privée, etc.

Raisons d'efficacité du système de justice criminel

8. Des raisons de caractère pratique ont, de même, joué un grand rôle dans les changements survenus en matière de procédure pénale. Ces

raisons peuvent être classées en deux grands groupes: endogènes et exogènes.

9. Dans le domaine des raisons endogènes, on peut indiquer la nécessité de trouver des solutions pour l'engorgement généralisé des tribunaux, indépendamment de leur rang (première instance, deuxième instance ou cours suprêmes), la nécessité de procéder à des profondes réformes dans le domaine de la gestion des tribunaux et des procédures qu'ils doivent trancher (définition des formes de procédure plus rapides, redéfinition du rôle des participants dans la procédure, changement des délais impartis pour l'exécution de certains actes et de la façon de procéder à la communication de certaines pièces procédurales, etc.), tout ceci dans le cadre d'une protection accrue des droits des justiciables.

10. Dans le domaine des raisons exogènes, on peut se rapporter à la nécessité de trouver des solutions efficaces à l'accroissement constant de la criminalité de ces dernières années, soit de source interne, soit transnationale et à des formes particulièrement graves qu'elle a assumé: criminalité violente, terrorisme, trafic de stupéfiants, etc.

Le rôle du juge d'instruction dans la procédure pénale

11. La figure du juge d'instruction n'est pas prévue dans toutes les législations. Notamment dans les systèmes de common law, cette fonction n'existe pas.

12. Dans les systèmes dits continentaux (systèmes de civil law), le rôle joué par le juge d'instruction diffère d'un système à l'autre, mais ce rôle peut être delimité dans ses grandes lignes. A la base des controverses le concernant, reste bien la conception du système de procédure pénale institué: plutôt inquisitoire ou accusatoire (adversarial system).

13. Les réformes entamées concernant le juge d'instruction, dans le cas où son rôle n'a pas été supprimé, ont eu pour but essentiel de préciser ses tâches, garantir davantage son indépendance, revaloriser sa fonction, et à étendre les droits de la défense.

14. Le juge d'instruction est, dans certains systèmes, le titulaire de l'instruction et il surveille le déroulement de l'enquête préliminaire. Il agit souvent en qualité d'officier de police judiciaire, dirige les

investigations, accompagne le rassemblement de la preuve et la formulation de l'accusation. La question qui est le plus souvent posée dans ces systèmes est celle de savoir si le juge d'instruction, comme magistrat du siège, peut garder ses caractéristiques d'impartialité dans de telles conditions.

15. Pour une telle raison, la fonction du juge d'instruction a été supprimée dans d'autres systèmes, ou ses fonctions grandement réduites. Il s'agit de remplacer le "juge d'instruction" par "le juge de l'instruction", "juge de l'enquête" ou "juge des garanties", lequel a des fonctions juridictionnelles, mais pas d'enquête. Dans ce domaine, il ne garde que des fonctions de garantie et des fonctions de contrôle.

16. Dans le premier cas (fonctions de garantie), il échoit au juge de sauvegarder le respect intégral des droits de la personne au cours de l'instruction ou de l'enquête préliminaire, notamment en ce qui concerne la privation ou limitation de liberté, le premier interrogatoire du prévenu par une autorité judiciaire, le rassemblement de preuves (saisies, perquisitions, fouilles, contrôle des communications, prise de sang, réquisition de biens), etc. Il s'agit, dans ce domaine, surtout, d'apprécier la légalité des mesures d'instruction entreprises par d'autres organes ou entités (Ministère Public, Police Judiciaire, autres corps de police, etc.).

17. Dans le deuxième cas (fonctions de contrôle), il échoit au juge de surveiller la durée des enquêtes, pour lesquelles des délais très stricts ont souvent été établis, contrôler la durée et légalité de la détention préventive, contrôler le choix des modalités de l'action pénale et décider de donner, ou de ne pas donner suite aux réquisitoires et demandes avancées à l'issue de l'enquête préliminaire ou de l'instruction.

Le rôle du Ministère Public

18. Le rôle joué par le Ministère Public au sein de la procédure pénale est étroitement lié au problème des fonctions attribuées au juge d'instruction. En effet, le Ministère Public a hérité d'une grande partie des fonctions de l'ancien juge d'instruction de racine française.

19. Dans plusieurs systèmes, le Ministère Public est le titulaire exclusif de l'action pénale et a le monopole de l'accusation. Il lui échoit, à la suite d'un crime ou d'un délit, d'ouvrir une information et

d'en saisir le juge. Dans ce domaine, il peut être assujetti au principe de l'opportunité du déclenchement des poursuites, ou au principe de la légalité.

20. Le principal problème qui se pose à l'égard du Ministère Public est celui de savoir, du fait qu'il est souvent étroitement associé au pouvoir exécutif, s'il a des conditions pour accomplir sa tâche sans interférences politiques pouvant nuire à son devoir d'impartialité et d'obéissance à la loi.

21. En tant que titulaire de l'action pénale, le Ministère Public jouit, dans certains systèmes, d'une grande autonomie quant aux mesures d'instruction à adopter et quant au choix des stratégies d'enquête, qu'il dirige d'une manière effective, en utilisant les corps de police à cet effet (notamment la police judiciaire ou équivalente). Dans d'autres pays, où l'enquête est souvent menée directement par des corps de police, le Ministère Public garde une fonction de contrôle de l'actuation de ces corps, pouvant toutefois diriger directement l'instruction dans des cas particulièrement difficiles, ou reprendre personnellement celle-ci, lorsqu'il l'estime nécessaire.

22. Même dans les cas où le Ministère Public dépend directement du pouvoir exécutif, l'on assiste, dans ces dernières années, à l'adoption de plusieurs mesures visant sauvegarder l'objectivité et l'indépendance de son actuation dans le domaine des poursuites pénales: interdiction de poursuivre des innocents; obligation de recherche de la vérité matérielle, investigant toutes les circonstances de culpabilité ou de non-culpabilité; obligation de verser au dossier les instructions écrites du Ministre de la Justice, dans les cas où celui-ci peut enjoindre au parquet d'exercer des poursuites; liberté, pour les magistrats du parquet, de présenter librement leurs plaidoiries, même si contraires aux réquisitions prises suite à un ordre de leurs supérieurs (la plume est servie, mais la parole libre), interdiction, à l'égard du Ministre de la Justice, de donner des instructions en vue d'éviter l'engagement de poursuites pénales (droit d'injonction négative, qu'elle soit spéciale ou générale), etc.

Le renforcement des mécanismes de contrôle

23. Les changements survenus dans le domaine du juge de l'instruction et du Ministère Public, dans la procédure pénale, sont le plus souvent

associés à un renforcement considérable des garanties des droits des justiciables: réduction du champ d'application de la détention préventive, clarification des règles régissant la privation de liberté avant la comparution devant une autorité judiciaire, institution de mesures alternatives à la détention préventive, renforcement des caractéristiques contradictoires de l'instruction, accroissement des exigences quant à la motivation des décisions, renforcement des droits de la défense en ce qui concerne l'accès aux pièces du dossier, l'amélioration des procédures de recours.

24. D'après l'expérience de plusieurs systèmes, on ne peut pas dire que l'ancien modèle français du juge d'instruction soit nécessairement davantage propice à une défense des droits et libertés publiques plus profonde et de meilleure qualité. De même, l'instruction, par le Ministère Public, n'implique en aucune façon un amoindrissement de la protection des garanties et des droits fondamentaux, car le parquet n'est pas investi de compétences pleines et entières dans ce domaine, l'adoption de certaines mesures portant notamment atteinte aux droits fondamentaux revenant toujours à un juge. Mais une telle solution exige le respect du principe accusatoire et contradictoire dans la procédure, en vue de sauvegarder intégralement les droits de la défense.

25. Dans le domaine de la procédure pénale, il ne s'agit pas d'uniformiser le droit mais de se rattacher de plus en plus aux mêmes principes. A chacun son génie propre né de ses traditions, qui permet des procédures variées. Mais l'attention est portée de plus en plus vers un patrimoine commun annonciateur à terme de nouvelles évolutions.

IV

**NEW PERSPECTIVES OFFERED
BY THE MAASTRICHT TREATY IN THE FIELD
OF JUDICIAL CO-OPERATION
IN CRIMINAL AND CIVIL MATTERS**

*

**LES NOUVELLES PERSPECTIVES
DE COOPERATION JUDICIAIRE
EN MATIERE CIVILE ET EN MATIERE PENALE
OFFERTES PAR LE TRAITE DE MAASTRICHT**

BELGIUM

*

BELGIQUE

I. INTRODUCTION

1. Le Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, comporte, outre des modifications des traités communautaires originaires, des dispositions relatives, d'une part, à la «politique étrangère et de sécurité commune» et, d'autre part, à la «coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures».

Les dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (titre VI art. K à K 9) placent la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale parmi les domaines devant être considérés comme d'intérêt commun par les Etats membres aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, notamment de la libre-circulation des personnes, et sans préjudice des compétences de la Communauté européenne (art. K 1, points 6 et 7).

Elles soulignent la nécessité, d'une part, de respecter la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, et, d'autre part, de tenir compte de la protection accordée par les Etats membres aux personnes persécutées pour des motifs politiques (art. K 2, § 1er).

Il est précisé également qu'elles ne portent pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (art. K 2, § 2).

Les modalités de la coopération judiciaire sont respectueuses de la souveraineté des Etats membres puisqu'il appartient à ceux-ci de s'informer et de se consulter mutuellement au sein du Conseil, en vue de coordonner leur

action et d'instituer à cet effet une collaboration entre les services compétents de leurs administrations (art. K 3, § 1er).

L'initiative de susciter une action du Conseil est réglée différemment selon qu'il s'agit de la coopération judiciaire en matière civile ou de la coopération judiciaire en matière pénale; en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière civile, cette initiative appartient aux Etats membres et à la Commission tandis qu'en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale, elle n'appartient qu'aux Etats membres (art. K 3, § 2).

Le Conseil est compétent pour

- arrêter des positions communes et promouvoir, sous la forme et selon les procédures appropriées, toute coopération judiciaire utile à la poursuite des objectifs de l'Union;
- adopter des actions communes, dans la mesure où les objectifs de l'Union peuvent être mieux réalisés par une action commune que par les Etats membres agissant isolément, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée;
- établir sans préjudice de l'article 220 du traité instituant la Communauté européenne, des conventions dont il recommandera l'adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives. (Art. K3, § 2).

Seule la Convention de Bruxelles de 1968 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale a été adoptée et est en vigueur en vertu de l'article 220 précité.

Sauf dispositions contraires prévues par ces conventions, les éventuelles mesures d'application de celles-ci sont adoptées à la majorité des deux tiers.

Ces conventions peuvent attribuer compétence à la Cour de Justice pour interpréter leurs dispositions et pour statuer sur tout différend concernant leur application (art. K 3, § 2).

Sur le plan institutionnel, il est créé un Comité de coordination composé de hauts fonctionnaires, lequel, en plus de son rôle de coordination, a pour mission de formuler des avis à l'intention du Conseil, soit à la requête de celui-ci, soit de sa propre initiative et de contribuer à la préparation des travaux du Conseil dans les domaines visés à l'article K 1, ainsi que, selon les conditions prévues à l'article 100 D du traité instituant la Communauté européenne, dans les domaines visés à l'article 100 C dudit traité (art. K 4, § 1er).

Au niveau des procédures de décision, le rôle du Parlement européen est quasiment absent du système mis en place dans la mesure où aucune association au processus décisionnel n'est prévue.

Quant à la Commission, censée être l'institution chargée d'exprimer l'intérêt général communautaire, elle voit son rôle assez sensiblement réduit par rapport au schéma communautaire classique. Si la référence à la «pleine association» de la Commission à l'ensemble des travaux relevant de la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (art. K 4, § 2) garantit la présence active de cette institution dans toutes les enceintes traitant de ces secteurs et à toutes les phases du processus décisionnel, elle souligne aussi, par son caractère imprécis, l'imprégnation de ce secteur par des mécanismes encore largement intergouvernementaux. Le rôle de la Commission se caractérise essentiellement par le partage du pouvoir d'initiative notamment en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière civile (art. K 1, point 6), dont elle a le monopole dans les traités communautaires, avec les Etats membres.

Ainsi, les modes d'action de l'Union européenne, dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale recouvrent tant l'hypothèse d'une simple coopération entre les Etats membres aboutissant à des positions communes du Conseil que le cas de l'action commune arrêtée par celui-ci, en application du principe de subsidiarité, c'est-à-dire si elle est de nature à mieux servir les objectifs de l'Union que l'addition d'actions isolées des Etats membres. On trouve, en outre, la possibilité de conclure des conventions entre Etats membres du type de celles de l'article 220 du Traité de la C.E.E. - en ce compris la possibilité d'en confier l'interprétation à la Cour, ce qui ne fait que confirmer la pratique suivie dans l'application de l'article 220.

Il est manifeste que dans l'optique des auteurs du Traité de Maastricht, la coopération judiciaire en matière civile et pénale est destinée à relever de la seule coopération intergouvernementale entre les Etats membres s'appuyant sur les institutions communautaires, c'est-à-dire oeuvrant au sein du Conseil qui associe pleinement à ses travaux la Commission.

Il nous paraît dès lors qu'en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale, les résultats du sommet de Maastricht n'apportent qu'une amélioration plutôt limitée à la situation précédant l'adoption du Traité sur l'Union européenne.

2. Le Conseil de l'Union européenne (Justice-affaires intérieures) réuni les 29 et 30 novembre 1993 pour la première fois depuis sa création par le

Traité sur l'Union européenne, a mis en place les structures de travail prévues par le Traité et les a dûment mandatées pour exécuter les tâches qu'il a définies.

Le nouveau cadre institutionnel issu de cette restructuration doit, dans l'esprit du Conseil, permettre de prendre pleinement en compte les connexités et les liens existant entre les divers secteurs qui relèvent de sa compétence: liberté de circulation des personnes, immigration et asile, meilleure protection de la société contre les menaces du terrorisme et de la criminalité organisée, lutte contre la drogue doivent pouvoir être abordées, avec une cohérence renforcée.

C'est dans cette optique que le Conseil (Justice-affaires intérieures) a adopté un programme de travail se rapportant pour 1994 à l'ensemble des secteurs dont il a la responsabilité.

Six sujets sont considérés dans ce programme comme prioritaires:

- Europol et l'unité de drogue Europol ¹
- la lutte contre la drogue ²
- le droit d'asile ³
- les visas ⁴

¹ Il est prévu que des mesures seront prises pour accélérer les travaux afin d'aboutir à la conclusion sur ce point d'une convention avant octobre 1994.

Parallèlement, le Conseil a adopté des recommandations qui devaient permettre le démarrage effectif de l'Unité de drogue Europol dès le 1er décembre 1993.

² En plus du démarrage effectif prochain de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, le Conseil est convenu de mettre en place une stratégie globale portant sur la lutte contre le trafic illicite de drogues, la réduction de la demande et l'action à l'égard des pays tiers de production et de transit, en mettant l'accent sur le renforcement des contrôles aux frontières extérieures ainsi que sur des mesures contre le «tourisme» de la drogue. Il a souligné, en outre, l'importance de la transposition rapide en droit national de la directive communautaire concernant le blanchiment des capitaux et du suivi attentif des recommandations adoptées à ce sujet en juin 1993.

³ En se référant aux travaux menés dans le cadre de la mise en oeuvre du programme de travail approuvé lors du Conseil européen de Maastricht et aux résolutions approuvées par les Ministres chargés de l'immigration lors de leur réunion de Londres, le Conseil s'est mis d'accord pour préparer une action commune pour une application harmonisée de la définition de réfugié dans la Convention de Genève et pour la définition de garanties minimales de la procédure d'examen des demandes d'asile (réserve de l'Espagne).

⁴ Le Conseil s'efforcera de statuer le plus rapidement possible sur les propositions de la Commission, après consultation du Parlement européen, sur l'établissement de la liste commune des pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa et d'arrêter, selon la même procédure, les mesures relatives à l'instauration d'un modèle type de visa.

- le lien avec les relations extérieures de l'Union ⁵
- et la coopération judiciaire.

3. En ce qui concerne la coopération judiciaire, le Conseil (Justice-affaires-intérieures) réuni en novembre 1993 a :

- en matière civile, approuvé un plan d'action visant à améliorer la sécurité juridique du citoyen (II).
- en matière pénale, adopté, d'une part, une déclaration sur l'extradition qui permettra l'examen des améliorations envisageables dans ce domaine tant en ce qui concerne les conditions de fond que les procédures et, d'autre part, un plan de travail relatif à l'action contre la criminalité organisée internationale (III).

II. LES PERSPECTIVES DE COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE CIVILE

A. LE PROGRAMME D'ACTION DE CONSEIL.

4. Le programme d'action relatif à la coopération judiciaire en matière civile arrêté par le Conseil en novembre 1993 s'articule principalement autour de deux axes :

D'une part, une réflexion sur les possibilités d'extension du champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciales aux matières de droit familial et successoral. (1°)

D'autre part, l'élaboration d'un instrument visant à simplifier et à accélérer les procédures de transmission des actes entre les Etats membres. (2°)

Le programme prioritaire comprend en outre

- le suivi des travaux de la Conférence de La Haye visant à l'élaboration d'une Convention générale d'exequatur.
- le contrôle de l'état des signatures et des ratifications des Conventions pertinentes en matière civile.

⁵ Le Conseil a examiné dans chaque domaine comment exploiter les possibilités de synergie entre les politiques menées dans le secteur de la justice et des affaires intérieures et dans celui de la politique étrangère et de sécurité commune. Une telle synergie existe déjà dans le domaine de la drogue où des accords avec des pays tiers contiennent des clauses spécifiques en matière de lutte contre la drogue. Ont été examinées des orientations concrètes, notamment en matière de réadmission par les pays tiers des immigrants illégaux.

- la poursuite de la réflexion entreprise sur le système d'échange d'informations entre la Cour de Justice et les Etats membres. (3^o)

Pour la réalisation de ce programme de travail prioritaire, deux groupes de travail ont été créés, chargés l'un, d'examiner les possibilités d'extension du champ d'application de la Convention de Bruxelles aux matières de droit familial et successoral; l'autre, d'entreprendre l'élaboration d'un instrument visant à simplifier et à accélérer les procédures de transmission des actes entre les Etats membres.

1. L'extension du champ d'application de la Convention de Bruxelles.

5. Dans la perspective d'une extension possible du champ d'application de cette Convention aux matières de droit familial et successoral, le groupe de coopération judiciaire a étudié les apports et les insuffisances de la Convention de La Haye du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps et a pris la connaissance des travaux réalisés par le groupe européen de droit international privé en la matière. Le groupe coopération judiciaire n'a pu adopter jusqu'à présent une position unanime quant à l'opportunité de procéder à court terme à une extension du champ d'application de la Convention de Bruxelles, et a dû constater l'existence de sérieuses difficultés au sein de plusieurs Etats membres en raison notamment de l'absence dans certains Etats, d'une disposition obligatoire relative à la litispendance internationale.

Il n'a pas été possible au Conseil, à ce stade des travaux, d'aller au delà d'une continuation de la «réflexion» en la matière, la question ne paraissant pas suffisamment mûre pour que puisse être envisagée dès à présent l'élaboration d'un instrument contraignant.

2. La transmission des actes.

6. Il est apparu que le fonctionnement de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale a donné lieu à un certain nombre de dysfonctionnements: divergences dans les exigences en matière de traduction, difficultés dans la récupération des frais de justice et surtout des délais qui s'avèrent souvent beaucoup trop longs.

Le Conseil a dès lors décidé qu'il convenait d'entreprendre l'élaboration entre les Douze d'un instrument visant à simplifier et accélérer les procédures de transmission des actes entre les Etats membres.

3. *Autres initiatives.*

7. Diverses autres initiatives ont été prises par le Conseil:

a. *Suivi des travaux de la Conférence de La Haye.*

Le Conseil a estimé, en outre, indispensable d'organiser une concertation entre les Douze au sujet des travaux qui seront entrepris au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, suite à la proposition américaine tendant à élaborer une Convention générale d'exequatur.

b. *Contrôle de l'état des signatures et des ratifications.*

Le Conseil a souhaité que soit poursuivi le contrôle de l'état des signatures et des ratifications de certaines Conventions pertinentes en matière civile entrepris par le groupe de coopération judiciaire.

c. *Autres difficultés de fonctionnement des Conventions de Bruxelles et de La Haye.*

Enfin, le Conseil a estimé nécessaire de poursuivre l'examen des difficultés de fonctionnement des Conventions de Bruxelles et de La Haye autres que celles ayant trait à la transmission des actes et notamment de prolonger la réflexion entreprise par le groupe de coopération judiciaire sur le système d'échange d'informations entre la Cour de Justice et les Etats membres.

B. OBSERVATIONS.

8. Ce plan n'appelle pas d'observations particulières de notre part. On souhaiterait néanmoins souligner l'importance qui s'attache au contrôle de l'état des signatures et des ratifications des Conventions de coopération judiciaire en matière civile déjà existantes notamment dans cinq secteurs ayant fait l'objet de Conventions européennes conclues sous l'égide du Conseil de l'Europe.

a. L'information sur le droit étranger.

La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger signée à Londres le 7 juin 1968 et entrée en vigueur le 17 décembre 1969 lie déjà onze des douze Etats membres de l'Union : la Belgique, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne et le Royaume Uni. L'Irlande, qui ne l'a pas signée, n'y est pas encore partie.

b. La computation des délais.

La Convention européenne sur la computation des délais signée à Bâle le 16 mai 1972 et entrée en vigueur le 28 avril 1983 lie le Luxembourg. La

Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Portugal, l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. Le Danemark, la Grèce, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Espagne, le Royaume Uni ne l'ont pas signée.

c. L'assistance judiciaire.

L'accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire signé à Strasbourg le 27 janvier 1977 et entré en vigueur le 28 février 1977 lie onze Etats membres de l'Union : la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne et le Royaume Uni. L'Allemagne, qui ne l'a pas signée, n'y est pas encore partie.

d. La reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde d'enfants.

La Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement de la garde des enfants signée à Luxembourg le 20 mai 1980 et entrée en vigueur le 1er septembre 1983 lie onze Etats membres de l'Union : la Belgique, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne et le Royaume Uni. L'Italie qui l'a signée mais ne l'a pas encore ratifiée, n'y est pas partie.

e. Les aspects internationaux de la faillite.

La Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite signé à Istanbul le 5 juin 1990 mais non encore entrée en vigueur, n'a été ratifiée jusqu'à présent par aucun Etat membre de l'Union. Elle a toutefois été signée par la Belgique, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie et le Luxembourg.

III. LES PERSPECTIVES DE COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE PENALE

A. LE PROGRAMME D'ACTION DU CONSEIL.

9. Le programme d'action relatif à la coopération judiciaire en matière pénale arrêté par le Conseil comporte principalement deux volets: l'un, traitant de l'extradition (1°), l'autre, de la coopération dans l'action contre la criminalité organisée internationale (2°).

Diverses autres formes de coopération sont en outre envisagées (3°).

Pour mettre en oeuvre ce programme, plusieurs groupes de travail ont été créés:

- un groupe sur l'extradition;
- un groupe sur la criminalité organisée internationale;
- un groupe sur le rapport droit pénal / droit communautaire;
- un groupe sur les déchéances du droit de conduire.

1º *L'extradition.*

10. Dans le domaine de l'extradition, le Conseil (Justice, affaires intérieures) a adopté lors de sa réunion de novembre 1993 une déclaration soulignant l'intérêt d'étudier l'opportunité de conclure entre les Etats membres une convention complétant la convention du Conseil de l'Europe du 13 décembre 1957 et modifiant entre eux certaines de ses dispositions en vue de faciliter l'extradition.

A cet effet, le Conseil a décidé de donner au groupe de travail sur l'extradition le programme de travail suivant et l'a invité à lui faire rapport dans le délai d'un an. Ce programme vise tant les conditions de l'extradition que les procédures d'extradition.

a) *Les conditions de l'extradition.*

11. Les conditions et les causes de refus de l'extradition, y compris les réserves faites par les Etats membres lors de la ratification de la Convention européenne d'extradition, devraient être réexaminées dans le but de les assouplir, dans toute la mesure compatible avec les principes fondamentaux des droits internes des Etats membres. En vue d'une prise de décisions ultérieures, les mesures suivantes devraient en particulier être examinées afin de déterminer l'opportunité de les inclure dans une convention sur l'extradition entre les Douze :

i. *Quant aux faits pouvant donner lieu à extradition:*

- la réduction à un an dans les Etats membres du seuil d'emprisonnement requis pour l'extradition,
- la suppression de l'exigence du seuil d'emprisonnement pour l'Etat requis, pour autant que le fait soit punissable d'une peine privative de liberté dans cet Etat et qu'il soit susceptible de donner lieu à extradition en vertu du droit de l'Etat requérant;

ii. *Quant aux infractions politiques:*

- l'exclusion du caractère politique de l'infraction comme motif de refus d'extradition pour les demandes formulées entre Etats membres

pour l'une des infractions définies à l'article 1er ou couvertes par l'article 2 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977;

iii. *Quant aux infractions fiscales:*

- l'assimilation des infractions fiscales aux infractions de droit commun, aux fins de l'extradition, au moins en matière d'accises, de taxe sur la valeur ajoutée et de douanes;

iv. *Quant à la prescription:*

- l'appréciation de la prescription de l'action publique ou de la peine par référence exclusive au droit de l'Etat requérant;

v. *Quant à l'extradition des nationaux:*

- l'extradition des nationaux, éventuellement assortie de conditions;

vi. *Quant à la peine à perpétuité:*

- l'extradition pour des faits punis d'une peine à perpétuité par la loi de l'Etat requérant, quand cette peine n'est pas prévue par la législation de l'Etat requis, pour autant que l'Etat requérant assure de promouvoir, selon sa législation et sa pratique en matière d'exécution des peines, les mesures d'aménagement dont pourrait bénéficier la personne réclamée;

vii. *Quant à la règle de la spécialité:*

- la renonciation à la règle de la spécialité dans certains cas;

b) *Les procédures d'extradition.*

12. Les procédures d'extradition devraient être réexaminées, sur la base des discussions concernant les conditions et les causes de refus de l'extradition, dans le but de simplifier et d'accélérer ces procédures, dans toute la mesure compatible avec les principes fondamentaux des droits internes des Etats membres.

En vue d'une prise de décisions ultérieures, les mesures suivantes devraient en particulier être examinées afin de déterminer l'opportunité de les inclure dans une convention sur l'extradition dans le cadre de l'Union européenne:

i. la simplification, au moins dans certaines hypothèses, du contrôle juridictionnel sur la décision d'extradition;

ii. la simplification de la procédure en cas de consentement de la personne à son extradition.

2º *La coopération dans l'action contre la criminalité organisée internationale.*

Les ministres de la Justice et de l'Intérieur ont consacré une réunion extraordinaire à cette question le 18 septembre 1992, à Bruxelles. Ils ont adopté des conclusions à ce sujet, à l'occasion de leur réunion des 6 et 7 mai 1993, à Kolding, et à l'occasion du Conseil des 29 et 30 novembre 1993, à Bruxelles.

Ces conclusions sont relatives

a) à la possibilité d'élaborer une incrimination commune à l'égard de la criminalité organisée internationale ou, de façon alternative, d'alléger les conditions de la coopération judiciaire dans ce domaine;

b) à la possibilité de prévoir la responsabilité pénale des personnes morales en relation avec les infractions relevant de la criminalité organisée internationale;

c) au blanchiment et à la confiscation des produits d'infractions, et notamment :

– à la ratification de la convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 sur le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime;

– à l'application de la directive 91/308/CEE du 10 juin 1991, sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux;

– à la possibilité de confiscation des produits d'infractions indépendamment de la condamnation de leur auteur;

d) à l'entraide judiciaire en ce qui concerne l'exécution de commissions rogatoires relatives à des formes d'investigation modernes, telles que l'interception de communications et de télécommunications.

3º *Autres initiatives.*

14. D'autres formes de coopération judiciaire envisagées visent principalement quatre domaines :

a) *L'amélioration des contacts entre les autorités chargées de l'exercice des poursuites et de l'exécution des peines.*

A cet effet, sont examinées les possibilités:

– de développer les réseaux de points de contact déjà mis en place, dans le cadre des groupes de travail sur la coopération judiciaire et sur la

criminalité organisée, en ce qui concerne les autorités compétentes pour l'extradition et les points de contact judiciaires dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée internationale;

- de mettre en place des réseaux de magistrats de contact à propos d'autres domaines de la coopération et d'échanger des magistrats de liaison;
- de faciliter les contacts directs entre les autorités localement compétentes, en tenant compte du rôle respectif de ces autorités et des autorités centrales des Etats membres;
- d'établir un annuaire européen des autorités judiciaires localement compétentes, qui indiquerait les références de ces autorités et l'étendue territoriale de leur compétence.

b) *Les confiscations.*

Sont étudiées les possibilités d'exécuter les confiscations prononcées dans un autre Etat membre, à la lumière notamment de la Convention sur le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg le 8 novembre 1990.

c) *Les déchéances du droit de conduire.*

Il s'agit de poursuivre l'examen des moyens d'exécuter les déchéances du droit de conduire prononcées dans un autre Etat membre.

d) *La protection des intérêts financiers des Communautés.*

Devrait être poursuivi également les travaux déjà entrepris en ce qui concerne la question de la protection des intérêts financiers des Communautés, à la lumière de la résolution du Conseil des 29 et 30 novembre 1993 portant sur les suites de l'étude comparative menée par la Commission sur les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives aux agissements frauduleux commis au préjudice du budget communautaire.

B. OBSERVATIONS.

1° *L'extradition.*

15. La Convention qu'il est envisagé d'élaborer entre les Etats membres de l'Union aurait pour objet de compléter la Convention du Conseil le

l'Europe du 13 décembre 1957 et de modifier entre eux certaines de ses dispositions en vue de faciliter l'extradition.

Encore faudrait-il, nous semble-t-il, que les Etats membres de l'Union non encore liés par les instruments européens sur l'extradition élaborés au sein du Conseil de l'Europe⁶ commencent par les ratifier. Ces instruments sont au nombre de trois :

a) *la Convention européenne d'extradition*, signée à Paris le 13 décembre 1957 et entrée en vigueur le 18 avril 1960.

Cette Convention lie onze des douze Etats membres de l'Union européenne : le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne et le Royaume Uni. La Belgique l'a signée le 13 décembre 1957 mais ne l'a pas encore ratifiée.

L'article 59.1 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 prévoit que «les dispositions du présent Chapitre (IV - Extradition) visent à compléter la Convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957 ...»; n'étant pas partie à celle-ci la Belgique a, au moment du dépôt de son instrument de ratification de ladite Convention d'application, fait des réserves et déclarations à cette Convention européenne d'extradition.

b) *le premier Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition*, signé à Strasbourg le 15 octobre 1975 et entré en vigueur le 20 août 1979, qui énumère certaines infractions qui ne seront pas considérées comme politiques et précise certains cas d'application du principe non bis in idem.

Ce premier Protocole ne lie que quatre Etats membres de l'Union : le Danemark, les Pays-Bas, le Portugal et l'Espagne.

La Grèce et le Luxembourg l'ont signé mais ne l'ont pas ratifié. La Belgique, la France, l'Allemagne, l'Irlande, l'Italie et le Royaume Uni ne l'ont pas signé.

c) *le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition*, fait à Strasbourg le 17 mars 1978 et entré en vigueur le 5 juin

⁶ Au niveau du Benelux, il faut citer le traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas et le Protocole concernant la responsabilité civile pour les agents en mission sur le territoire d'une autre Partie, signés à Bruxelles le 27 juin 1962 et approuvés par la loi du 1er juin 1964, qui sont entrés en vigueur le 11 décembre 1967.

Ce traité a été complété et modifié par le Protocole signé à Bruxelles le 11 mai 1974, qui a été approuvé par la loi du 22 juillet 1977 et est entré en vigueur le 1er mars 1982.

1983 qui tend à faciliter l'application de la Convention en matière d'infractions fiscales et à la compléter à certains égards.

Ce deuxième Protocole lie six Etats membres de l'Union : le Danemark, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne. La Grèce et le Royaume Uni l'ont signé mais ne l'ont pas ratifié. La Belgique, la France, l'Irlande et le Luxembourg ne l'ont pas signé.

16. Le gouvernement belge a, à de très nombreuses reprises, dû répondre à des questions parlementaires lui demandant des explications sur les raisons de la non-ratification par la Belgique de la Convention européenne d'extradition.

Jusqu'en 1987, il a donné en substance la réponse suivante:

«La ratification de la Convention européenne d'extradition par la Belgique soulève de graves problèmes. Différents pays qui ont ratifié cet acte international ont fait un usage immodéré des réserves. Il en résulte que l'on se trouve non plus en présence d'une convention générale mais d'une juxtaposition d'accords se situant en deçà des conventions bilatérales existantes.

Certaines réserves sont tellement importantes que la Convention européenne, au lieu de simplifier et d'améliorer nos relations en matière d'extradition avec les autres pays européens, les rendrait au contraire plus complexes et constituerait même, dans certains cas, une réelle entrave à une bonne administration de la justice.

Ainsi certains Etats ont déclaré qu'ils n'accorderont en aucun cas l'extradition pour des crimes punis de la peine de mort par la loi de l'Etat requérant. Cette déclaration aurait pour effet que la Belgique ne pourrait plus obtenir l'extradition pour les crimes les plus graves, tels que l'assassinat.

Dans ces conditions, le Gouvernement n'envisage pas la ratification de la Convention européenne»⁷.

En 1987, en réponse à une question parlementaire, le ministre des Relations extérieures a déclaré toutefois qu'en fonction de la loi du 31 juillet 1985 sur les extraditions et des efforts entrepris au niveau européen pour arriver au retrait de certaines réserves, son département et celui de la Justice se concentraient quant à cette éventuelle ratification⁸.

⁷ Question n° 83 de M. Van den Bossche du 26 mai 1982 (N.) (*Bull. Quest. et Rép.. Chambre*, n° 23, p. 1640); question n° 110 de M. Dejardin du 6 avril 1984 (Fr.) (*Bull. Quest. et Rép., Chambre*, n° 26, p. 2598); question n° 124 de M. Dejardin du 13 avril 1984 (Fr.) (*Bull. Quest. et Rép. Chambre*, n° 26, p. 2601); questions n° 27 de M. W. Peeters du 22 janvier 1985, (*Bull. Quest. et Rép., Sénat*, 19 février 1985, n° 19, p. 854) et n° 53 de M. W. Peeters du 22 janvier 1985 (*Bull. Quest. et Rép.. Sénat*, 5 mars 1985, n° 21, p. 954).

⁸ Question n° 82 de M. Van de Velde du 8 mai 1987. (*Bull. Quest. et Rép. Chambre*, 9 juin 1987, n° 29, p. 2934).

De renseignements fournis par le ministère des Affaires étrangères, il ressort que la décision paraît actuellement prise de soumettre au Parlement l'approbation de la Convention européenne d'extradition et de ses deux protocoles additionnels, de même que de l'Accord entre les Etats membres des Communautés européennes relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition, fait à San Sebastian le 19 avril 1989⁹.

Si la ratification de la Convention européenne d'extradition a été retardée en raison de la multiplicité des réserves formulées par les Etats contractants et de la crainte que la survivance en droit belge de la peine de mort ne permit trop souvent à l'Etat requis de refuser sous ce prétexte une extradition demandée par la Belgique, il semble que ces considérations ne puissent plus être retenues aujourd'hui compte tenu de l'évolution du contexte international, qui rend souhaitable l'harmonisation des relations extraditionnelles de la Belgique avec l'ensemble des autres pays de l'Europe.

Dans la foulée, il serait proposé au Parlement d'approuver les deux protocoles additionnels à la Convention européenne d'extradition, dont le second consacre, à côté de la voie diplomatique, la communication directe des demandes entre les ministères de la Justice.

2° Les autres modalités de la coopération judiciaire en matière pénale.

17. De même qu'en matière civile, le Conseil devrait contrôler l'état des signatures et des ratifications des diverses conventions européennes déjà existantes régissant la coopération judiciaire en matière pénale.

Il nous paraît important que les Etats membres de l'Union non encore liés par les Conventions élaborées en ce domaine dans le cadre du Conseil de l'Europe s'emploient à ratifier celles-ci, dans les plus brefs délais.

18. Ceci vaut tout d'abord pour les *Conventions européennes de coopération judiciaire en matière pénale revêtant un caractère général.*

a) L'entraide judiciaire.

La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, signée à Strasbourg le 20 avril 1959 et entrée en vigueur le 12 juin 1962,

⁹ Cet Accord prévoit que chaque partie désignera une autorité centrale responsable de la transmission des demandes d'extradition et permet la transmission des demandes par télécopie.

organise les commissions rogatoires ainsi que la remise des actes de procédure et des décisions judiciaires, la comparution des experts, des témoins et des personnes poursuivies, le prêt de détenus et la communication des casiers judiciaires, mais ne s'étend pas à l'exécution des décisions judiciaires.

Elle lie dix Etats membres de l'Union : la Belgique, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays Bas, l'Espagne, le Royaume Uni. Le Portugal l'a signée mais ne l'a pas ratifiée. L'Irlande ne l'a pas signée.

Le Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, signé à Strasbourg le 17 mars 1978 et entré en vigueur le 12 avril 1982, a pour objet de faciliter l'entraide judiciaire en ce qui concerne les infractions fiscales. Ce protocole lie huit Etats membres de l'Union : le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, les Pays bas, l'Espagne, et le Royaume Uni. La Belgique et le Portugal l'ont signé mais ne l'ont pas ratifié. L'Irlande et le Luxembourg, ne l'ont pas signé.

Il ne semble pas exister d'objection de fond à la ratification de ce protocole par la Belgique.

b) La surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition.

La Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, faite à Strasbourg le 30 novembre 1964 et entrée en vigueur le 22 août 1975, a pour objectif de promouvoir entre les parties contractantes l'aide nécessaire au reclassement social des délinquants condamnés sous condition ou dont l'exécution de la peine est suspendue en les surveillant, en les contrôlant et en exécutant éventuellement la peine.

Elle lie cinq Etats membres de l'Union: la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays Bas. Le Danemark, l'Allemagne, la Grèce et le Portugal l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. L'Irlande, l'Espagne et le Royaume Uni ne l'ont pas signée.

c) La valeur internationale des jugements répressifs.

La Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, faite à La Haye le 28 mai 1970 et entrée en vigueur le 26 juillet 1974 lie deux Etats membres de l'Union : le Danemark et les Pays Bas. La

Belgique¹⁰, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal et l'Espagne l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. La France, l'Irlande et le Royaume Uni ne l'ont pas signée.

d) *Le rapatriement des mineurs.*

La Convention européenne sur le rapatriement des mineurs, faite à La Haye le 28 mai 1970 ¹¹ n'est pas encore entrée en vigueur. La Belgique, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays Bas l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. Le Danemark, l'Irlande, le Portugal, l'Espagne, et le Royaume Uni ne l'ont pas signée.

¹⁰ Concernant la non-ratification de cette Convention par la Belgique, voir : a) la question n° 168 de M. Bourgeois, du 15 mai 1987 (N.) (*Bull. Quest. et Rép. Chambre*, n° 43, p. 4136).

La question «pour quels motifs la convention n'a pas été ratifiée par la Belgique est restée sans réponse de la part du ministre de la Justice. Aux questions 2 et 3 le ministre a répondu: «La signature et la non-ratification de la Convention n'entraînent aucune conséquence juridique particulière, sinon que la Convention n'est pas applicable en Belgique.

La ratification n'a pas été décidée par le Parlement. Si la Belgique était partie à la Convention, l'exécution de condamnations prononcées dans un autre Etat partie serait possible en Belgique, de même que l'exécution de condamnations prononcées en Belgique serait possible dans un autre Etat partie, le tout moyennant le respect de conditions de fond et de procédure déterminées. En outre, les jugements prononcés dans un autre Etat partie pourraient être pris en considération par le juge belge dans sa mission de juger (ne bis in idem, interdictions, récidive, sursis), de même que les jugements prononcés en Belgique pourraient être pris en considération par les juridictions de tout autre Etat partie. Pour plus de renseignements, l'honorable membre voudra bien consulter le rapport explicatif à la Convention (Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1970)».

b) La question n° 178bis de M. Dejardin du 8 mai 1984. (*Bull. Quest. et Rép. Chambre*, 18 décembre 1984, 649).

c) Le ministre de la Justice avait indiqué que la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs requérait une adaptation de la législation interne dont l'étude était en cours. Cette étude avait déjà été entreprise lorsque le ministre a répondu à la question n° 9 de M. Raskin du 30 octobre 1973 (*Bull. Quest. et Rép. Chambre*, 27 novembre 1973, 202) en lui précisant qu'à ce moment, un groupe de travail commun aux trois Etats membres du Benelux avait quant à lui terminé ses travaux.

d) A noter qu'à l'estime du ministère belge des Affaires étrangères, la Convention sur la valeur internationale des jugements répressifs de même que celle sur la transmission des poursuites devraient faire l'objet au sein du Conseil de l'Europe de nouveaux travaux destinés à les améliorer, au motif que ces instruments seraient dans une large mesure tenus pour obsolètes ou du moins inadaptés à l'état actuel du droit.

¹¹ Cette Convention n'est citée ici que dans le souci d'être complet, étant entendu qu'elle s'applique notamment lorsque des mesures de protection ou de rééducation ont été prises à l'égard de mineurs.

e) *La transmission des procédures répressives.*

La Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, faite à Strasbourg le 15 mai 1972 et entrée en vigueur le 30 mars 1978 lie trois Etats membres de l'Union : le Danemark, les Pays Bas et l'Espagne. La Belgique¹², la Grèce, le Luxembourg, et le Portugal, l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. La France, l'Allemagne, l'Irlande, l'Italie, le Royaume Uni ne l'ont pas signée.

f) *L'information sur le droit pénal étranger.*

Le Protocole additionnel à la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, fait à Strasbourg le 15 mars 1978 et entré en vigueur le 31 août 1979, étend le système d'entraide organisé par ladite convention au domaine pénal.

Il lie onze Etats de l'Union : la Belgique, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays Bas, le Portugal, l'Espagne, le Royaume Uni. L'Irlande ne l'a pas signé.

g) *Le dédommagement des victimes d'infractions violentes.*

La Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, faite à Strasbourg le 24 novembre 1982 et entrée en vigueur le 1er février 1988 lie cinq Etats membres de l'Union : le Danemark, la France, le Luxembourg, les Pays Bas et le Royaume Uni. L'Allemagne et la Grèce l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. La Belgique,¹³ l'Irlande, l'Italie, le Portugal et l'Espagne ne l'ont pas signée.

h) *Le transfèrement des personnes condamnées.*

La Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées, faite à Strasbourg le 21 mars 1983 et entrée en vigueur le 1er juillet 1985, a pour but de permettre à un ressortissant d'une partie contractante

¹² A l'estime du ministère belge des Affaires étrangères, cet instrument serait obsolète, étant inadapté à l'état actuel du droit.

¹³ Pour ce qui est de la Belgique, cette Convention pourrait être signée et ratifiée dans la mesure où elle paraît compatible avec la législation belge, qui s'inspire du reste des principes de la Convention. Le fait est néanmoins que le ministère belge des Affaires étrangères souhaite être assuré d'une parfaite réciprocité avant d'engager l'Etat belge à assumer des obligations envers les ressortissants de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, dont on sait que le nombre ne cesse de croître.

condamné dans un autre Etat contractant de subir sa peine dans l'Etat dont il est le ressortissant en vue de favoriser sa réinsertion sociale ¹⁴.

Elle lie onze des douze Etats membres de l'Union : la Belgique, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays Bas, le Portugal, l'Espagne et le Royaume Uni. L'Irlande l'a signée mais ne l'a pas ratifiée.

i) *Le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime.*

La Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, signée à Strasbourg le 8 novembre 1990 et entrée en vigueur le 1er septembre 1993, entend, face à l'augmentation sensible d'une délinquance de grande envergure, favoriser la coopération internationale aux fins d'investigation, de dépistage, de saisie et de confiscation des instruments dont se servent les auteurs des crimes graves et des fruits que leur procure leur activité illégale ¹⁵.

Elle lie jusqu'à présent deux Etats membres de l'Union : les Pays Bas et le Royaume Uni. La Belgique ¹⁶, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal et l'Espagne l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. L'Irlande ne l'a pas signée.

¹⁴ Les dispositions du Chapitre V (Transmission de l'exécution des jugements répressifs) de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 (art. 67-69) visent à compléter cette Convention. Par ailleurs, l'Accord relatif à l'application entre les Etats membres des Communautés européennes de la Convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées, fait à Bruxelles le 25 mai 1987 et approuvé par la loi du 19 juin 1990, permet le transfèrement d'un détenu ressortissant d'un Etat membre, non seulement vers cet Etat membre, mais aussi vers un autre Etat membre où il a fixé sa résidence habituelle et régulière.

¹⁵ A propos de cette Convention, voir la recommandation n) R (91) 12 du Conseil de l'Europe concernant la création et le fonctionnement des tribunaux arbitraux prévus à l'article 42, § 2, de la Convention, qui contient des dispositions sur le règlement des différends.

¹⁶ La loi belge du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans le même Code a déjà organisé un régime de confiscation des avantages patrimoniaux tirés des infractions et érigé en délit les opérations de blanchiment. La Belgique envisage de ratifier la Convention précitée. Celle-ci s'inscrit en effet parfaitement dans le cadre de la politique du gouvernement en ce qui concerne la lutte contre la grande criminalité et la criminalité organisée.

Une loi devra être adoptée permettant la coopération prévue par cet instrument, en ce qui concerne notamment l'exécution de saisies et de confiscations.

19. La même observation vaut également pour *les conventions européennes de coopération judiciaire en matière pénale conclues dans des domaines particuliers*:

a) *La circulation routière.*

La Convention européenne pour la répression des infractions routières, faite à Strasbourg le 30 novembre 1964 et entrée en vigueur le 18 juillet 1972, lie deux Etats membres de l'Union : le Danemark et la France. La Belgique, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays Bas et le Portugal l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. L'Irlande, l'Espagne et le Royaume Uni ne l'ont pas signée.

La Convention européenne sur les effets internationaux de la déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur, faite à Bruxelles le 3 juin 1976 et entrée en vigueur le 28 août 1983, lie deux Etats membres de l'Union : la Grèce et l'Italie. Le Danemark, la France, le Luxembourg et le Portugal l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. La Belgique¹⁷, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays Bas, l'Espagne et le Royaume Uni ne l'ont pas signée.

b) *Le terrorisme.*

La Convention européenne pour la répression du terrorisme, faite à Strasbourg le 27 janvier 1977 et entrée en vigueur le 4 août 1978, lie les douze Etats de l'Union de la Convention.

L'article 13 autorise toute partie contractante à se réserver le droit de refuser l'extradition en ce qui concerne toute infraction qu'elle considère comme une infraction politique à condition qu'elle s'engage à prendre dûment en considération lors de l'évaluation du caractère de l'infraction son caractère de particulière gravité.

C'est dire que cette réserve - qui a été abondamment formulée - permet en fait d'échapper complètement au caractère obligatoire de l'extradition découlant de l'article 1er de la Convention et va à l'encontre de l'ensemble de celle-ci.

¹⁷ Suivant le ministère belge des Affaires étrangères, ces deux conventions seraient inadaptées à l'état actuel du droit. En ce qui concerne la première de celles-ci, on relèvera que l'exposé des motifs du projet de loi portant son approbation soulignait que des accords devaient être dégagés relatifs aux mesures de mise en oeuvre de ses dispositions et que le Conseil d'Etat a, en son avis du 12 mai 1969, estimé que ces mesures formaient un tout avec la convention elle-même sur l'approbation de laquelle il n'était, dès lors, pas en mesure de donner un avis.

C'est la raison pour laquelle les Etats membres des Communautés européennes ont conclu entre eux l'Accord de Dublin du 4 décembre 1979 qui, s'agissant d'Etats jugeant plus élevé leur degré d'intégration, permet d'aller plus loin dans la lutte contre le terrorisme en écartant éventuellement entre eux l'application dudit article 13.

Cet accord n'est toutefois pas encore en vigueur.

c) *Les armes.*

La Convention européenne sur le contrôle de l'acquisition et la détention d'armes à feu par des particuliers, faite à Strasbourg le 28 juin 1978 et entrée en vigueur le 1er juillet 1982, a pour objet de réprimer les mouvements d'armes transfrontaliers. Elle lie six des Etats membres de l'Union : le Danemark, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal. La Grèce, l'Irlande, l'Espagne et le Royaume Uni l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée. La Belgique¹⁸ et la France ne l'ont pas signée.

d) *La violence des foules de spectateurs de manifestations sportives.*

La Convention européenne sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives et notamment de matches de football, faite à Strasbourg le 19 août 1985 et entrée en vigueur le 1er novembre 1985, lie dix Etats membres de l'Union : la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays Bas, le Portugal, l'Espagne et le Royaume Uni. L'Irlande l'a signée mais ne l'a pas ratifiée. L'Allemagne ne l'a pas signée.

20. Il serait évidemment souhaitable, par ailleurs, que les Etats membres de l'Union non encore parties aux *accords de Schengen* acceptent d'adhérer à ces instruments.

La suppression graduelle des contrôles aux frontières européennes communes (à partir du 1er janvier 1993) pose de grands problèmes dans le combat contre la criminalité internationale.

L'Accord signé à Schengen le 14 juin 1985 et la Convention d'application de cet accord, de l'Acte final, du Procès-verbal et de la Déclaration commune, signés à Schengen le 19 juin 1990, tentent d'y faire face.

Ces accords n'ont été signés au départ que par cinq des douze pays de la communauté, les pays du Benelux, la R.F.A. et la France, ensuite par trois

¹⁸ Le refus de signature de la Belgique vient de ce que le gouvernement belge juge peu efficace le système d'enregistrement et de notification prévu par la Convention.

autres : l'Italie, l'Espagne et le Portugal. La Grèce les a signés, mais ne les a pas ratifiés.

IV. *CONSIDERATIONS FINALES.*

21. Le Traité de Maastricht n'offre en lui-même que peu de perspectives nouvelles de coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale.

Le renforcement de cette coopération dépendra essentiellement de la volonté politique des Etats membres, volonté qui devrait pouvoir se traduire notamment par la signature ou la ratification des conventions de coopération judiciaire européennes élaborées antérieurement dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Force est bien de constater avec regret qu'à cet égard, la Belgique apparaît comme l'un des «plus mauvais élèves de la classe européenne», n'étant partie, en matière civile, ni à la Convention européenne sur la computation des délais, ni à la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite et, en matière pénale, ni à la Convention européenne d'extradition, ni aux deux Protocoles à cette Convention, ni au Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, ni à la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, ni à la Convention européenne sur le rapatriement des mineurs, ni à la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, ni à la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, ni à la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, ni à la Convention européenne pour la répression des infractions routières, ni à la Convention européenne sur les effets internationaux de la déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur, ni la Convention européenne sur le contrôle de l'acquisition et la détention d'armes à feu par les particuliers.

22. La ratification de ces Conventions contribuerait à établir une coopération judiciaire plus étroite non seulement entre les Etats membres de l'Union mais aussi entre les Etats de la Grande Europe.

Depuis 1989, cette Grande Europe a vu son paysage politique radicalement transformé.

S'est amorcé un processus de construction d'une nouvelle architecture pan-européenne que l'on peut définir comme un ordre international pacifique pouvant garantir dans les domaines économique, politique, juridique, social

et de la sécurité, un cadre de coopération stable sur notre continent après l'effondrement du système bi-polaire. Encore que ce processus ne soit probablement pas près d'aboutir, la Charte de Paris pour une nouvelle Europe adoptée en novembre 1990 par la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe et le Traité de Maastricht signé en février 1992 et entré en vigueur en novembre 1993 en ont été des étapes importantes. En outre, l'effondrement des régimes totalitaires d'Europe centrale et orientale, en même temps qu'il mettait fin au clivage idéologique divisant l'Europe, a eu pour résultat de donner une dimension nouvelle et accrue à l'espace juridique européen établi dès 1950, sous l'égide du Conseil de l'Europe, par la Convention européenne des droits de l'homme.

Jusqu'à présent, neuf Etats de l'Europe centrale ou orientale ont été admis au sein du Conseil de l'Europe qui regroupe aujourd'hui trente deux Etats. Le renforcement de la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale entre les douze Etats de l'Union ne doit pas faire perdre de vue la nécessité du renforcement de cette coopération entre les trente deux Etats du Conseil de l'Europe.

23. Le Traité de Maastricht ne prévoit aucune forme d'association des magistrats à l'action relative à la coopération judiciaire à entreprendre dans le cadre de l'Union et jusqu'à présent, ces magistrats ne trouvent aucune place dans les structures de travail créées en vue de mettre en oeuvre cette coopération.

Lors de leur réunion du 28 septembre 1993, les Ministres de la Justice des Douze ont évoqué l'opportunité d'associer à cette action les praticiens du droit et notamment les magistrats et de les sensibiliser aux systèmes de justice des autres Etats membres.

A l'issue de cette réunion, il a été décidé de charger un groupe directeur d'examiner les possibilités:

- d'associer les praticiens, notamment les magistrats, aux travaux de la coopération judiciaire, en vue, d'une part de favoriser l'échange d'informations et d'expériences entre les personnes directement concernées au sein des Etats membres par le fonctionnement pratique de cette coopération, et d'autre part de faciliter la réflexion du groupe directeur en ce qui concerne les mesures envisageables dans la perspective de l'amélioration de cette coopération;
- et de sensibiliser les praticiens, notamment les magistrats, des Etats membres aux systèmes de justice civile et pénale des autres Etats

membres, afin que cette connaissance réciproque améliore et facilite la coopération judiciaire entre les Etats membres.

Il nous paraît qu'un des moyens de nature à favoriser cette association et cette sensibilisation serait d'institutionnaliser les réunions des chefs de corps des cours suprêmes des Etats membres de l'Union, et d'organiser ces réunions à des intervalles plus rapprochés qu'actuellement, ce qui permettrait un examen plus approfondi des divers problèmes que soulève la coopération judiciaire européenne.

Jacques VELU

Procureur général près la Cour de Cassation

DENMARK

*

DANEMARK

1. New perspectives for judicial cooperation between the EC countries under the Treaty of the European Union

1.1. Introduction

Title VI (Art. K.1 - K.9) of the Treaty of the European Union (TEU) sets up a framework for cooperation between the EU Member States with regard to a number of important issues, including civil and penal law.

At first sight these provisions of TEU may seem quite revolutionary and far-reaching. However, also in this regard tomorrow grows out of today and of yesterday. The EU Member States have already cooperated on legal problems for a number of years.

In fact, 1993 not only marked the entry into force of TEU but also the 25th anniversary of the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters. This Convention should be regarded as the first milestone for judicial cooperation between the EU Member States.

This paper will first (in paragraph 1.2) give a short description of the judicial cooperation in the years until the entry into force of TEU. The framework for cooperation set up under TEU will be analysed in paragraph 1.3, and, finally, paragraph 1.4 will focus on reform questions to be dealt with under the new system.

1.2. Judicial cooperation until 1st November 1993

Denmark entered the European Economic Community in 1973, at a time where the original 6 Member States of the Treaty of Rome had already

cooperated for many years also on other issues than those dealt with in the Treaty. We shall not try to write the history of the cooperation before 1972 - it should rest on those representing the six to describe the achievements of that period, including the aforementioned Brussels Convention of 1968.

In the seventies, France gave a most important impetus to judicial cooperation by presenting the idea of giving the then 9 EEC-countries closer ties to each other by creating an “Espace Judiciaire Européen”, i.e. a European Legal Area.

An *ad hoc* group of senior officials on judicial cooperation was set up, and, in fact, this *ad hoc* working group continued its work until the entry into force of TEU, where it was converted into Steering-Group III on Judicial cooperation.

It was not an easy task with which this group was entrusted. Denmark, Ireland and the U.K. had just become Member States, and the large number of No's in the Danish referendum of 1972 was still fresh in mind. The judicial systems of the Member States showed considerable differences, especially as regards civil law. And since Justice has a high priority in all Member States, changes to existing legal systems could present serious political difficulties to Member States.

Another obstacle to be tackled was that the tasks entrusted to the *ad hoc* working group could to a large extent lead to duplicating work already carried out or being carried out by the Council of Europe of which the nine were also members. This problem was especially highlighted as one of the first subjects taken up by the working group was the question of combatting terrorism a subject on which the then 21 member states of the council of Europe had already (in 1977) concluded a Convention.

However, this problem was overcome by drawing up an agreement in Dublin on 4 December 1979 between the EEC Member States making the Council of Europe Convention of 1977 applicable between the nine. In order to “force” the Member States to reconsider their reservations to the Council of Europe Convention, the Dublin-Agreement furthermore provided that reservations under the 1977-Convention were not applicable in relation to the EEC Member States unless they were repeated in connection with ratification of the Dublin-Agreement. Although this agreement cannot be said to have been a success since it has only been ratified by a few Member States and, accordingly, has never entered into force, the legal model adopted when drawing up the agreement has proved itself useful also in relation to other subjects.

Extradition has always been one of the most important means of inter-state cooperation in the fight against crime. It was, thus, natural for the *ad hoc* working group to examine this subject with the aim of concluding an agreement between the Member States. At that time, 3 Member States had not ratified the Council of Europe's Convention on Extradition of 1957. The senior officials invested many efforts and much time in drawing up an agreement on extradition. However, after 2-3 years of intensive work and at a time where a draft was almost finished the *ad hoc* working group's deliberations on this subject were discontinued at the request of one Member State.

This clearly demonstrates not only the major weakness of cooperation between states, but also one of its major advantages with regard to fundamental legal issues. All states must agree, and it is impossible to go further than all states can agree upon. Although the possibility of taking decisions by a qualified majority vote, e.g. under Art. 130 S EC on the environment, is, at least in Denmark, normally regarded as an appropriate means to promote high standards within the European Community, it must be emphasised that time is not ripe for taking decisions by a majority vote where fundamental legal principles are at stake.

The *ad hoc* working group's comprehensive work with extradition questions was not quite wasted. Its draft has served as an important source of inspiration for a Council of Europe Committee which is in the process of drawing up one single convention on criminal matters to replace a large number of existing conventions and protocols on extradition, mutual assistance, international validity and enforcement of criminal judgements, etc. And as we shall see under paragraph 1.4, extradition has again become a topical matter in the judicial cooperation between the Member States.

After a period of frustration, the *ad hoc* working group has during the eighties and the first part of the nineties found possibilities for drawing up agreements and conventions on a number of questions. Without in any way being exhaustive it should be mentioned that successful work has been carried out on important subjects such as: transfer of sentenced persons, *ne bis in idem*, legislation of documents, and abduction of children.

1.3. TEU's framework for judicial cooperation

The historic overview in paragraph 1.2 makes it clear that judicial cooperation between the Member States is in no way a novelty. The method of cooperation on which TEU Art. K.1 - K.9 builds is no novelty either: inter-state cooperation between sovereign states, each of them free to determine how far they want to go in their cooperation on these matters.

One should, on the other hand, not underestimate the political and practical importance of the framework for cooperation which TEU has set up for the cooperation under the “third pillar” of the European Union.

Especially the creation by Art. K.4 of a committee of coordinators (“the K.4 - Committee”) may prove important. The setting up of this committee of senior officials must be expected to lead to a better planning and execution of work which was formerly carried out in separate working groups. In this way, the efforts laid down in the different areas of work can supplement and support each other.

This strengthening of the structure of work will no doubt be further strengthened by COREPER (the Committee of Permanent Representatives), whose task is to ensure coherence between the work in all the three pillars of the European Union, ie. the European Community, the common foreign and security policy, and the cooperation on judicial and internal affairs.

In this connection it should be mentioned that it will also emphasise the importance of the work carried out within the third pillar that the cooperation no longer reports to meetings of ministers of Member States but now to the Council, and in the same rooms, with the same secretariat and working under the same rules of procedure as those that are well known within the first pillar of the European Union: the European Community.

As mentioned in paragraph 1.2 all work on judicial cooperation until 1st November 1993 was carried out in one single *ad hoc* working group.

The new framework for judicial cooperation has already demonstrated a great dynamism by setting up a number of committees. The K.4 - Committee has set up 3 steering-groups for respectively Immigration, Police and Customs questions, and judicial cooperation. Each of these steering-groups have set up a number of sub-groups. At present, there are 10 sub-groups under Steering-Group I, 5 sub-groups under Steering-Group II, and 6 sub-groups under Steering-Group III. Thus, the total number of working groups under the third pillar now amounts to 25!

1.4. Perspectives

As already mentioned in the preceding paragraph, there are at present 6 sub-groups under Steering Group III which deal with various questions concerning judicial cooperation.

These groups each deal with one of the following subjects:

Criminal law

- Extradition
- International organised crime

- The relationship between criminal law and EC-law (fraud against the financial interests of the EC)
- International effects of deprivation of the right to drive a motor vehicle

Civil law

- Extension of the 1968 Brussels Convention to also cover cases concerning family law and inheritance law
- Transmission of legal documents between Member States

We shall not go into a more detailed description and analysis of the work being carried out in the different *fora*. However, we wish to make a few remarks on some particularly interesting subjects.

Looking first at criminal law questions, it is interesting to note that the discussions on extradition now going on have the same aim as those that took place in the seventies: a convention between the twelve on extradition.

The underlying philosophy for the work is that since the twelve EU-countries are now closely linked to each other in many ways, it should also be possible for them to cooperate more closely in the fight against crime in their mutual relations than in their relations with third countries.

As we all know: timing is important. Let us see whether the timing is better now than in the seventies. A closer cooperation between the Member States with regard to extradition would certainly constitute a first step in an intensified cooperation in the criminal area.

Another subject in the criminal law area which has given rise to interesting legal considerations is the question of combatting fraud against the financial interests of the Community.

Art. 209 A EC imposes an obligation on Member States to fight fraud against the financial interests of the European Community in the same way as they fight fraud against their own financial interests. This provision was inserted in the EC-Treaty by TEU but presents no real novelty since the Court of Justice of the European Communities already in its judgement of 21.09.1989 in case 68/88 - Commission vs. Greece - introduced this so-called assimilation principle into community law on the basis of Art. 5 EC.

The discussions concerning fraud against the European Community have so far to a large extent dealt with the question whether the competence to make legal acts within this area belongs to the Community or whether it still rests with the Member States. However, it seems clear that the wording

of Art. 209 A EC respects the national competence within the criminal law area. At the same time it obliges Member States to work closely together with the assistance of the Commission in order to co-ordinate their action in this field.

Now, when cooperation on criminal law is an integral part of TEU under the third pillar, there is reason to believe that action in this area of cooperation can become more specific and focus less on questions of competence that has been the case before.

Turning to the civil law area, an extension of the Brussels Convention to also cover cases concerning family law and inheritance law seems to be a very important but perhaps also a very tricky question to discuss. The free movement of persons within the EC certainly actualises cross-border conflicts in these legal areas. However, the material laws of Member States in these areas differ considerably. Thus, it might be difficult to achieve a procedural harmonisation by means of an extension of the 1968 Brussels Convention to also cover cases in these areas.

Niels PONTOPPIDAN, Chief Justice
Asbjørn JENSEN, Attorney General

FRANCE

LE TRAITÉ INSTITUANT L'UNION EUROPÉENNE: UNE COOPÉRATION JUDICIAIRE RENFORCÉE

Si l'ambition de l'Europe a été, dans le passé, d'établir un espace de liberté économique, elle est aussi de donner un souffle nouveau aux sociétés économiques européennes et d'élargir dans le quotidien la dimension politique de l'Europe.

L'Acte unique, puis le Traité de Maastricht, ont profondément transformé nos institutions. Le Droit est désormais admis comme fondement de l'Europe, à côté de l'économie qui en a été le moteur de lancement. L'importance que l'on reconnaît au Droit et à la Justice ne font que traduire leur rôle de régulateur de la vie politique, économique et sociale.

Le Traité sur l'Union européenne marque cette importance en instituant, dans le cadre des principes définis par la Convention européenne des Droits de l'Homme, une coopération judiciaire renforcée.

1. Les institutions.

Le Traité de Rome a mis en place, en 1957, une Europe économique. Pour mener à bien cette construction, il a été prévu de donner des pouvoirs importants à un exécutif européen: la «Commission», et de créer de puissants instruments d'harmonisation des droits nationaux appelés «directives» et «règlements».

Il n'était pas possible d'appliquer de tels mécanismes au domaine de la coopération judiciaire et policière qui touche de très près la souveraineté des Etats.

Les Parties signataires du Traité de Maastricht ont prévu, en conséquence, des procédures particulières insérées dans le titre VI ou «troisième pilier, dont les dispositions sont consacrées à la «coopération dans les domaines de la Justice et des affaires intérieures».

Créer les conditions d'une coopération renforcée, sans porter atteinte à la liberté de décision des Etats, tel est l'objectif des procédures complexes instaurées par les articles K à K9.

Cette coopération s'étend à un certain nombre de domaines qui sont, au regard du Traité, considérés par les Etats membres comme des «questions d'intérêt commun». Il s'agit de:

- la politique d'asile,
- les règles relatives au franchissement des frontières extérieures par des personnes et à l'exercice du contrôle de ce franchissement,
- la politique d'immigration et la politique à l'égard des ressortissants des pays tiers,
- la lutte contre la toxicomanie,
- la lutte contre la fraude de dimension internationale,
- la coopération judiciaire en matière civile,
- la coopération judiciaire en matière pénale,
- la coopération douanière,
- la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogue et d'autres formes de criminalité internationale, en prévoyant l'organisation d'un office européen de police (Europol).

2. La mise en oeuvre de la coopération.

Afin de coordonner leur action, les Etats membres doivent s'informer et se consulter. Un Conseil des Ministres est créé, qui peut à l'unanimité arrêter des «positions communes», adopter des «actions communes» et proposer aux Etats membres d'élaborer des conventions.

Bien que n'ayant pas dans ces matières une pleine compétence comme dans le domaine communautaire du «premier pilier», la Commission est pleinement associée aux travaux s'inscrivant dans le titre VI du Traité. Cependant, dans les domaines de la coopération judiciaire pénale et de la coopération douanière et policière, l'initiative appartient aux seuls Etats membres (Art. K3 du Traité).

Un comité de coordination, dénommé K4 comme l'article du Traité correspondant, composé de hauts fonctionnaires est par ailleurs institué. Ce Comité est chargé de formuler des avis à l'intention du Conseil et de contribuer à la préparation des travaux de celui-ci dans les domaines énumérés précédemment, ainsi qu'en matière de politique des visas.

Il a été décidé, en outre, de regrouper les matières intéressant la justice et les affaires intérieures en trois secteurs placés sous l'égide du «Comité K4» et qualifiés de groupes directeurs:

- immigration et asile,
- sécurité et respect des lois, coopération policière et douanière,
- coopération judiciaire.

Dans les prochains mois, les travaux du groupe directeur «coopération judiciaire» porteront notamment:

- en matière pénale, sur l'extradition, la lutte contre la criminalité organisée internationale, la reconnaissance des mesures de déchéance du permis de conduire, la fraude aux intérêts financiers de la Communauté et l'entraide judiciaire.
- en matière civile, sur l'élaboration d'un instrument de nature à améliorer et à simplifier les notifications internationales d'actes judiciaires, et sur la possibilité d'étendre aux matières du droit de la famille les dispositions de la Convention de Bruxelles de 1968 relative à la détermination des juridictions compétentes et à l'exécution des décisions de justice.

La mise en oeuvre du Traité sur l'Union européenne aura ainsi pour conséquence de regrouper les diverses instances de travail, qui, avant l'entrée en vigueur du Traité, étaient consacrées aux questions «justice et affaires intérieures» et de décloisonner leurs travaux.

Pierre DRAI

Premier Président de la Cour de Cassation

GERMANY
*
ALLEMAGNE

Traduction inofficielle

LES NOUVELLES PERSPECTIVES D'UNE COOPÉRATION JURIDIQUE EN MATIÈRE CIVILE ET PÉNALE APRÈS LE TRAITÉ DE MAASTRICHT

I. Le traité de Maastricht pour la fondation de l'Union Européenne, qui est en vigueur depuis le 1er novembre 1993, contient dans le chapitre IV de multiples règles concernant la coopération des états membres dans les domaines de la Justice et de l'Intérieur (art. J ss du traité). Ces règles forment - à côté des règles pour une politique commune de l'Extérieur et de la Défense et le droit des trois Communautés Européennes - le troisième pilier de la nouvelle Union Européenne fondée (art. 3 al. 3 du traité)⁽¹⁾. Comme la comparaison des trois domaines de règles et l'expression utilisée de coopération le montrent, les états membres agissent dans le cadre de ce troisième pilier - contrairement aux traités des Communautés - en pleine autonomie nationale, c'est-à-dire qu'ils n'agissent pas par un organe supranational commun, mais qu'ils poursuivent leurs buts communs par une coopération intergouvernementale comme des états indépendants les uns des autres⁽²⁾.

¹ C'est presque une formulation officielle; voir document de la Commission SEC (931020/5) du 6 juillet 1993; Nanz. *Intégration* 1992, p. 126 ss.

² Opinion fort répandue; voir Nanz *ibid.*, p. 126.

Le champ d'application matériel des nouvelles règles, qui est réglé dans l'article 1 du traité, reflète la coopération des états membres jusqu'à présent dans la ainsi nommée "Coopération Politique Européenne". Les états membres considèrent selon l'art. K. 1 du traité d'un intérêt commun (et sans toucher à la compétence de la Communauté Européenne): la coopération juridique en matière civile et pénale (n° 6 et 7), la coopération en matière des douanes (n° 8), la coopération policière pour l'empêchement et la lutte contre le terrorisme, le trafic de stupéfiants et d'autres formes graves de la criminalité internationale (n° 9) ainsi que la lutte contre la toxicomanie et contre l'escroquerie dans une échelle internationale, à mesure que ces domaines ne sont pas encore couverts par les n° 7, 8 et 9 (n° 4 et 5). L'équivalent de ces règlements est jusqu'à présent la coopération dans le groupe de travail établi aux années 70 "Coopération judiciaire" (Judicial Coopération), dans le groupe de travail établi en 1992 des administrations des douanes GAM'92, du groupe TREVI pour la lutte contre les formes graves de la criminalité internationale, qui se réunit depuis les années 1970 et depuis 1989 la commission pour la lutte contre le trafic des stupéfiants (CELAD)³. Y compris sont aussi les domaines de la coopération judiciaire, réglés dans les traités de Schengen en 1985 et 1990⁴. Cette comparaison nous montre, que les parties contractantes n'ont que décrire le status quo, en ce qui concerne le cadre de la coopération matérielle, sur ce point ne furent pas ouverts de nouveaux domaines de coopération. Cependant il faut remarquer, que - selon l'art. K. 1 du traité - la coopération dans les domaines mentionnés peut s'effectuer pour la réalisation de tous les buts énumérés dans l'art. B du traité; la coopération est alors devenue indépendante de la cause originaire de la coopération dans le domaine précis, comme p.e. la suppression des contrôles aux frontières.

Ce qui est nouveau, c'est l'organisation de la coopération. La coopération dans le cadre de la "Coopération Européenne Politique" se faisait dans des structures de coopération séparées de celle de la Communauté Européenne (voir l'art. 30 de l'Acte unique européen). C'est le traité de Maastricht, qui mène ensemble dans un cadre institutionnel commun (art. C du traité) les

³ Voir pour cela et ce qui suit Nanz ibd p. 127 ss; Hilf/Pache dans: Groben/Thiesing/Ehlermann (G/T/E), EWG-Vertrag. 4e édition, EEA-Vorbem, n° 5 ss; Servantie dans: G/T/E., EEA, art 30 n° 2 ss, 15 ss; Europäische Politische Zusammenarbeit (EPZ), 7e édition, 1984.

⁴ Voir concernant les traités de Schengen: Kattau, Strafverfolgung nach Wegfall der europäischen Grenzkontrollen, 1993, et le texte publié en extrait dans le "Bundesanzeiger" n° 217a du 23 novembre 1990.

processus d'intégration qui étaient jusqu'à ce moment seulement parallèles. Les états membres s'informent et se consultent dès lors dans les domaines mentionnés dans l'art. K. 1 du traité dans le Conseil de l'Union Européenne (art. K. 1 du traité). La première réunion du Conseil des Ministres de la Justice et de l'Intérieur était au 29 et 30 novembre 1993 à Bruxelles. C'est aussi le Conseil, qui décide définitivement les mesures à entreprendre (art. K.3 al. 2 du traité). Cette concentration des processus de décisions encourage dans le domaine de la politique judiciaire un rapprochement, qui pourrait aboutir dans le futur dans une vraie compétence communautaire. Il y a pour la réalisation de ce but très loin dans l'art. K.9 du traité la possibilité d'établir - au moins dans le cadre des domaines de l'art. K. 1 n° 1 à 6 - une compétence communautaire d'une manière plus simple⁵. La concentration des décisions dans le Conseil laisse espérer que les tâches très pénibles jusqu'à maintenant d'une intégration dans le cadre de l'art. K. 1 du traité pourraient être emmenées et poussées avant par la vitesse plus rapide prise dans l'Union Européenne. Le nouveau droit d'initiative de la Commission de l'Union y peut contribuer, bien que ce droit n'existe que pour les domaines selon l'art. K.1 n° 1 à 6 du traité et notamment pas pour la coopération judiciaire en matière pénale (art. K.3 al. 2 du traité).

Le Conseil peut prendre les mesures prévues dans l'art. K.3 du traité. Il peut définir des points de vue communs, peut conseiller la ratification de traités internationaux, peut encourager toute forme de coopération, qui est conforme aux buts de l'Union et il peut adopter des mesures communes. Tout cela fait partie des moyens connus pour une coopération intergouvernementale. La nécessité d'une décision unanime (art. K.4 al. 3 du traité) y correspond. Seulement, la *mise en oeuvre* des mesures prises à l'unanimité peut être facilitée par une majorité qualifiée (voir l'art. K.3 al. 2 lit. b et c du traité). Nouveau et d'un intérêt pratique est cependant le règlement de l'art. K.8 du traité. D'après lequel le Conseil peut décider, que le budget de l'Union Européenne doit se charger des coûts qui suivent à la mise en oeuvre des décisions selon l'art. K.3 du traité.

II. Pour la coopération juridique en matière civile et pénale y résultent les perspectives suivantes:

1. En matière pénale, il est prévisible une adhésion d'autres états européens au traité de Schengen. Cette attente semble réaliste, car les états

⁵ Il n'est pas nécessaire de commencer un processus formel de changement du traité selon l'art. N du traité. Il suffit une résolution à l'unanimité, suivie de la ratification dans les états membres.

membres sont forcés d'agir à cause de la suppression des contrôles aux frontières par des décisions de la Communauté⁽⁶⁾. En plus, on peut espérer que l'intégration de cette matière dans le droit européen primaire donne une impulsion, afin que les obstacles apparus jusqu'aujourd'hui au cours du travail de la "Coopération Européenne Politique" puissent être surmontés pour élaborer aussi en cette matière des accords acceptés dans toute l'Union Européenne⁽⁷⁾. En 1994, le gouvernement allemand envisage une initiative au Conseil qui a pour but l'élaboration de nouveaux fondements pour faciliter l'extradition pour des raisons de poursuite pénale et de l'exécution de la peine et de supprimer le plus possible toutes restrictions d'extradition.

2. La situation de la coopération en matière civile est semblable. Cependant, le besoin d'harmoniser le droit de la procédure civile n'est pas aussi urgent à cause de la "Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale"⁽⁸⁾, qui est adoptée dans toute la Communauté Européenne. Néanmoins, il faut rappeler que des parties éminentes sont hors du champ d'application du traité, comme p.e. la procédure de concours et concordataire et les litiges en matière matrimoniale et relatives aux enfants⁽⁹⁾. A cause de ces faits, le gouvernement allemand a annoncé une initiative au Conseil, qui devrait aboutir à de nouveaux règlements de la compétence internationale, la litispendance et la reconnaissance des décisions judiciaires en matière matrimoniale. Surtout les procédures en divorce parallèles dans les états membres doivent être supprimées par ces règlements.

Indépendamment de ces questions d'harmonisation des accords internationaux pour le droit international de la procédure civile, on peut se demander, si ces nouveaux règlements ne pourraient pas être utilisés pour

⁶ Voir l'annonce dans la revue "Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht - EuZW" 1993, p. 528, selon laquelle l'Italie, l'Espagne et le Portugal envisagent d'adhérer au traité.

⁷ Concernant la situation mal engagée en droit européen de procédure pénale voir Vogler, Jura 1992, p. 586; Jeschek, dans une oeuvre à l'honneur de Jhong-Won Kim, 1991, p. 947 ss.

⁸ "Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen" du 27 septembre 1968, BGBl, 1972 II, p. 773. (Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

⁹ Voir l'art. 1 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale; concernant les essais échoués pour un accord de la procédure des concours, concordataire et des procédures semblables voir Schwartz annotation plus haut n° 3, art 220, n° 112 ss.

favoriser une coopération juridique dans le domaine pragmatique. Les différents droits nationaux privés s'approchent, et si ce n'est que ponctuellement, à cause du nombre croissant de directives de la Communauté pour l'harmonisation du droit privé; dans ces matières, la connaissance des décisions judiciaires des autres états membres de la Communauté fait avancer la qualité de la propre jurisprudence et encourage une application homogène. Le nombre d'affaires, où le juge doit appliquer le droit d'un autre état de la Communauté à cause des règles du droit international privé, augmente avec l'ouverture croissante et respective des marchés nationaux et avec une mobilité de la population en Europe de plus en plus grande. Pour une simplification de l'application du droit et une accélération de l'affaire, on peut réfléchir, si le juge ne pourrait pas plus souvent appliquer le droit étranger lui-même - en utilisant plus fréquemment les possibilités de la "Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger"; jusqu'à présent, les tribunaux - au moins en Allemagne - s'appointent sur des expertises d'instituts scientifiques⁽¹⁰⁾.

Le désir auprès des tribunaux d'une harmonisation du droit même dans des domaines de droit qui ne font pas partie de la compétence de la Communauté croîtra avec le nombre augmentant d'affaires qui doivent être jugées par le droit privé européen d'un autre état. Les tribunaux vont essayer de plus en plus en ce cas-là de mettre en considération de leur jugement le développement européen pour éviter une évolution en directions opposées.

Dans tous ces cas, le juge a besoin de connaissance des droits des autres états de la Communauté, respectivement, il a besoin de la possibilité de se procurer avec les moindres efforts ces connaissances. Pour cela, le juge a besoin du soutien par son administration. Celle-ci pourra donner l'aide nécessaire le plus facilement par une coopération effective avec les administrations juridiques des autres états de la Communauté. Sur ce point, on pourrait penser aux mesures suivantes, que le Conseil pourrait décider

¹⁰ Voir "Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 7 Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht" du 5 juillet 1974 BGBl II, p. 937 (Loi [allemande] relative à la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger); "Gesetz zum Zusatzprotokoll vom 15 März 1978 zum Europäischen Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht" du 21 janvier 1987, BGBl II, p. 58 (Loi [allemande] relative au Protocole additionnel à la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger); Otto, dans une oeuvre en honneur de Firsching, 1985, p. 209 ss; Wollny, *Deutsche Richterzeitung* (Driz) 1984, p. 479.

selon l'art. K.3 al. 2 lit. a et b du traité et qu'il pourrait éventuellement encourager financièrement selon l'art. K.8 du traité :

a) Création d'une banque de données européenne de droit (privé) ou la connectivité de bases de données nationales existantes avec un accès libre pour les tribunaux⁽¹¹⁾.

b) Soutien financier et organisateur de réunions de juges et de réunions de formation continue avec une participation européenne. On peut p.e. y compter la "Richterakademie Trier" (l'Académie de la Magistrature à Trier).

c) Soutien d'un projet "Recueil Officiel des Décisions des Cours Suprêmes de l'Union Européenne en Matière Civile" et un recueil de décisions d'après des sujets de droit, comme p.e. le leasing, les vices autour de la vente de voitures etc., de toute manière publié par un groupe de magistrats des Cours Suprêmes.

Prof. Dr. Walter ODERSKY
Président de la Cour Suprême

¹¹ A présent, il y a un projet du Conseil de l'Europe pour une recommandation relative à la sélection, le traitement et la présence des décisions judiciaires dans le cadre des systèmes de documentation juridique automatisés pour faciliter une utilisation par des juristes des différents états européens M. Schliebs, administrateur civil de la classe du service de documentation à la Cour Fédérale de Justice allemande, participe directement à ce projet.

DIE NEUEN PERSPEKTIVEN DER JURISTISCHEN ZUSAMMENARBEIT IM ZIVIL- UND STRAFBEREICH DURCH DEN VERTRAG VON MAASTRICHT

Der Vertrag von Maastricht über die Gründung einer Europäischen Union (EUV), der seit 1. November 1993 in Kraft ist, enthält in seinem Titel VI umfangreiche Bestimmungen über die Zusammenarbeit der Vertragsstaaten in den Bereichen Justiz und Inneres (Art. K ff EUV). Diese Bestimmungen bilden neben den Bestimmungen über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (Art. J ff EUV) und dem Recht der drei Europäischen Gemeinschaften den dritten Pfeiler der neu gegründeten Europäischen Union (Art. 3 Abs. 3 EUV)¹. Wie die Gegenüberstellung der drei Normbereiche im Vertrag und der verwendete Begriff der Zusammenarbeit zeigen, handeln die Vertragsstaaten im Rahmen des dritten Pfeilers - anders als im Anwendungsbereich der Gemeinschaftsverträge - in voller staatlicher Autonomie, d.h. sie handeln nicht durch ein gemeinsames supranationales Organ, sondern verfolgen ihre gemeinsamen Ziele als voneinander unabhängige Staaten in intergouvernementaler Zusammenarbeit².

¹ Dies ist eine fast amtliche Formulierung; vgl. Dokument der Kommission SEC (931020/5) vom 6. Juli 1993: Nanz, *Integration* 1992, 126 ff.

² Allg. Ansicht; vgl. Nanz aaO, 126.

Der in Art. K.1 E W geregelte sachliche Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen spiegelt die bisherige Zusammenarbeit der EG-Mitgliedsstaaten innerhalb der sog. Europäischen Politischen Zusammenarbeit (EPZ) wieder. Nach Art. K.1 EUV betrachten die Mitgliedsstaaten "unbeschadet der Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft" als Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse die justitielle Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen (Nr. 6 und 7), die Zusammenarbeit im Zollwesen (Nr. 8), die polizeiliche Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung des Terrorismus, des illegalen Drogenhandels und sonstiger schwerwiegender Formen der internationalen Kriminalität (Nr. 9) sowie die Bekämpfung der Drogenabhängigkeit und von Betrügereien im internationalen Maßstab, soweit diese Bereiche nicht schon durch die Nrn. 7, 8 und 9 erfaßt werden (Nr. 4 und 5). Dem entspricht die bisherige Zusammenarbeit in der in den 70er Jahren eingesetzten Arbeitsgruppe "Justitielle Zusammenarbeit" ("Judicial Cooperation"), in der 1992 eingesetzten Arbeitsgruppe der Zollverwaltungen GAM'92, in der seit den 70er Jahren tagenden TREVI-Gruppe zur Bekämpfung schwerwiegender Formen internationaler Kriminalität und in dem seit 1989 bestehenden Ausschuß zur Drogenbekämpfung (CELAD)³. Erfasst werden auch die in den sog. Schengener Übereinkommen von 1985 und 1990 geregelten Bereiche der justitiellen Zusammenarbeit⁴. Aus dieser Gegenüberstellung wird deutlich, daß die Vertragsparteien, was die sachliche Reichweite der Zusammenarbeit betrifft, lediglich den Status Quo festgeschrieben haben, ohne insoweit neue Perspektiven der Zusammenarbeit zu eröffnen. Zu beachten ist jedoch, daß nach Art. K.1 EUV die Zusammenarbeit in den genannten Bereichen zur Verwirklichung aller in Art. B EUV aufgeführten Ziele der Union erfolgen kann, also vom ursprünglichen Anlaß der Zusammenarbeit in dem jeweiligen Bereich, wie etwa der Abschaffung der Grenzkontrollen, unabhängig ist.

Neu ist hingegen die Organisation der Zusammenarbeit. Die Zusammenarbeit innerhalb der EPZ fand bisher in eigenen, von der EG getrennten Organisationsstrukturen statt (vgl. Art. 30 EEA). Der Maastricht-Vertrag führt diese bisher parallel verlaufende Integrationsprozesse in einem

³ Vgl. hierzu und zum folgenden Nanz aaO, 127 ff; Hilf/Pache in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (G/T/E), EWG-Vertrag, 4. Aufl., EEA-Vorbem., Rdnr. 5 ff; Servantie in G/T/E, EEA Art. 30 Rdnr. 2 ff, 15 ff; Europäische Politische Zusammenarbeiten (EPZ), 7. Aufl. 1984.

⁴ Vgl. zu den Schengener Abkommen Kattau, Strafverfolgung nach Wegfall der europäischen Grenzkontrollen. 1993, sowie den auszugsweisen Text, veröffentlicht in Bundesanzeiger Nr. 217 a vom 23. November 1990.

einheitlichen institutionellen Rahmen zusammen (Art. C EUV). Die Mitgliedsstaaten unterrichten und konsultieren sich in den in Art. K.1 EUV genannten Bereichen fortan im Rat der EG (Art. K. 3 Abs. 1 EUV). Der Rat ist es auch, der über die zu treffenden Maßnahmen abschließend entscheidet (Art. K.3 Abs. 2 EUV). Diese Konzentration des Entscheidungsprozesses fördert im Bereich der Justizpolitik einen Prozeß der Annäherung, der in der Zukunft in eine echte Gemeinschaftszuständigkeit einmünden könnte. Zur Verwirklichung dieses möglichen Fernziels bietet Art. K.9 EUV die Möglichkeit, zumindest für die in Art. K.1 Nr. 1 - 6 EUV genannten Bereiche, auf vereinfachtem Wege eine Gemeinschaftszuständigkeit zu begründen⁵. Die Entscheidungskonzentration im Rat gibt zudem zu der Hoffnung Anlaß, daß die bisher sehr mühsam verlaufenden Integrationsbemühungen in den im Art. K.1 EUV genannten Bereichen von dem in der EG eingeschlagenen schnelleren Tempo miterfaßt und vorangetrieben werden. Hierzu beitragen kann das neue Initiativrecht der EG-Kommission, das allerdings nur für die Bereiche gemäß Art. K.1 - 6 EUV, also insbesondere nicht für die justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen, gilt (Art. K.3 Abs. 2 EUV).

Der Rat kann die in Art. K.3 Abs. 2 EUV vorgesehenen Maßnahmen beschließen. Er kann gemeinsame Standpunkte festlegen, völkerrechtliche Verträge zur Ratifizierung empfehlen, jede Art der Zusammenarbeit fördern, die den Zielen der Union dient oder gemeinsame Maßnahmen annehmen. Dies alles gehört zum überkommenen Instrumentarium intergouvernementaler Zusammenarbeit. Dem entspricht auch das Erfordernis der einstimmigen Beschlußfassung (Art. K.4 Abs. 3 EUV). Lediglich die *Durchführung* einstimmig beschlossener Maßnahmen kann dadurch erleichtert werden, daß mit qualifizierter Mehrheit entschieden wird (vgl. Art. K.3 Abs. 2 Buchst. b und c EUV). Neu und von praktischem Interesse ist hingegen die Regelung in Art. K.8 EUV. Danach kann der Rat beschließen, daß die Kosten, die bei der Durchführung der Maßnahmen nach Art. K.3 EUV entstehen, zu Lasten des EG-Haushalts gehen.

Für die juristische Zusammenarbeit im Zivil- und Strafbereich ergeben sich danach folgende Perspektiven:

Im Bereich der Zusammenarbeit in Strafsachen ist zunächst mit dem Beitritt weiterer EG-Staaten zu den Schengener Übereinkommen zu rechnen.

⁵ Es muß nicht ein formelles Vertragsänderungsverfahren nach Art. N EUV eingeleitet werden. Es genügt ein einstimmiger Beschluß und die anschließende Ratifikation in den Mitgliedsstaaten.

Diese Erwartung dürfte realistisch sein, da sich die Mitgliedsstaaten durch die EG-Beschlüsse zum Wegfall der Grenzkontrollen in Zugzwang befinden⁶. Ferner besteht zumindest die Hoffnung, daß von der ausdrücklichen Einbeziehung dieses Bereichs in das primäre europäische Recht ein neuer Anstoß ausgehen wird, die in der bisherigen Arbeit der EPZ aufgetretenen Hindernisse zu überwinden und EG-weit akzeptierte Übereinkommen auch in diesem Bereich auszuarbeiten⁷.

Im Bereich der Zusammenarbeit in Zivilsachen ist die Lage ähnlich. Allerdings ist hier das Bedürfnis, durch Übereinkommen zu einer Harmonisierung des Zivilverfahrensrechts zu gelangen, aufgrund des EG-weit geltenden EuGVÜ⁸ nicht ganz so drängend. Gleichwohl ist daran zu erinnern, daß wichtige Bereiche, wie etwa das Konkurs- und Vergleichsverfahren, vom Geltungsbereich des Übereinkommens ausgenommen sind⁹. Unabhängig von diesen Fragen der völkerrechtlichen Harmonisierung des internationalen Zivilverfahrensrechts wäre zu überlegen, ob die neuen Regelungen nicht genutzt werden könnten, um eine mehr im tatsächlichen Bereich liegende justitielle Zusammenarbeit zu fördern. Mit der wachsenden Zahl von EG-Richtlinien zur Angleichung des Privatrechts nähern sich die verschiedenen Privatrechtsordnungen innerhalb der EG, wenn auch zunächst nur punktuell, einander an; in diesen Bereichen fördert die Kenntnis gerichtlicher Entscheidungen aus anderen EG-Staaten die Qualität der eigenen Rechtsprechung und sichert eine einheitliche Anwendung. Mit der zunehmenden gegenseitigen Öffnung der nationalen Märkte und einer immer größeren EG-internen Mobilität der Bevölkerung wächst die Zahl der Verfahren, in denen der Richter nach den Regeln des internationalen Privatrechts das Recht eines anderen EG-Staates anzuwenden hat. In diesen Fällen wäre zur Vereinfachung der Rechtsanwendung und zur Beschleunigung der Verfahren zu überlegen, ob der Richter nicht zunehmend selbst das ausländische Recht anwenden sollte, unter verstärkter Inanspruchnahme der Möglichkeiten des "Europäischen Übereinkommens betreffend die

⁶ Vgl. Mitteilung in EuZW 1993, 528, wonach Italien, Spanien und Portugal dem Übereinkommen beizutreten beabsichtigen.

⁷ Allgemein zu verfahrenen Situation im europäischen Strafverfahrensrecht Vogler, Jura 1992, 586; Jeschek, FS f. Jhong-Won Kim, 1991, 947 ff.

⁸ Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidung in Zivil- und Handelssachen, BGBI 1972 II, 773.

⁹ Vgl. Art. 1 EuGVÜ; zu den fehlgeschlagenen Versuchen, ein Übereinkommen über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren zu erarbeiten, Schwartz (Fn. 3), Art. 220, Rdnr. 112 ff.

Auskünfte über ausländisches Recht vom 7. Juni 1968", anstatt sich - wie jedenfalls bisher in Deutschland - vornehmlich auf Gutachten wissenschaftlicher Institute zu stützen¹⁰. Mit der zunehmenden Zahl von Verfahren, die nach dem Recht einer anderen europäischen Rechtsordnung zu entscheiden sind, wird bei den Gerichten zudem das Bedürfnis nach Rechtsangleichung auch in Rechtsbereichen wachsen, die nicht in den Zuständigkeitsbereich der EG fallen. Hier werden die Gerichte immer häufiger versuchen, die gesamteuropäische Entwicklung in ihre Rechtsprechung einzubeziehen, um unnötige Auseinanderentwicklungen zu vermeiden. In all diesen Fällen benötigt der Richter Kenntnisse des Rechts der anderen EG-Staaten bzw. Möglichkeiten, sich diese mit möglichst geringem Aufwand zu verschaffen. Hierfür bedarf der Richter der Unterstützung durch seine Justizverwaltung. Diese wird die benötigte Hilfestellung wiederum am besten durch eine wirkungsvolle Zusammenarbeit mit den Justizbehörden der anderen EG-Mitgliedsstaaten geben können. Insoweit könnte man an folgende Maßnahmen denken, die der Rat nach Art. K.3 Abs. 2 Buchst. a und b EUV beschließen und ggf. nach Art. K.8 EUV finanziell fördern könnte:

1. Aufbau einer europäischen (Privat-) Rechtsdatenbank bzw. Vernetzung bestehender nationaler Rechtsdatenbanken mit freiem Zugang für die Gerichte¹¹.
2. Finanzielle und organisatorische Förderung richterlicher Fachtagungen und Fortbildungsveranstaltungen mit EG-weiter Beteiligung.
3. Förderung eines Projekts "Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Obersten Gerichtshöfe der Europäischen Gemeinschaften in Zivilsachen" sowie einer Entscheidungssammlung nach rechtlichen Problemkreisen wie z.B. Leasing, Sachmängel beim Kfz-Kauf etc., jeweils herausgegeben von einem Gremium der Richter der Obersten Gerichtshöfe.

¹⁰ Vgl. Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 7. Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 5. Juli 1974, BGBI II, 937; Gesetz zum Zusatzprotokoll vom 15. März 1978 zum Europäischen Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 21. Januar 1987, BGBI II, 58; Otto in FS Firsching, 1985, 209 ff; Wollny, DRiZ 1984, 479.

¹¹ Derzeit sind im Rahmen des Europarates Bestrebungen in Gange, eine Richtlinie zu erarbeiten, die einheitliche Bedingungen für die Organisation und Nutzung von Rechtsdatenbanken empfehlen soll, um eine Nutzung durch Juristen verschiedener europäischer Staaten zu erleichtern. An diesen Arbeiten ist Herr RD Schliebs unmittelbar beteiligt, der auch die beiden nicht zitierfähigen Arbeitsprotokolle zur Verfügung gestellt hat.

GREECE

GRECE

COMMUNICATION

DE LA CONVERGENCE DES LOIS PÉNALES DANS LES PAYS DE L'UNION EUROPÉENNE

Une recherche superficielle des systèmes sociaux démontre que dans l'histoire des sociétés humaines, des grandes périodes temporelles sont interposées sans organisation suffisante et sans mesures contre les lésions de la personnalité humaine. Depuis les temps anciens il y a eu des efforts de réforme, tendant à améliorer les conditions de la vie sociale, sans toutefois grand progrès. Au fur et à mesure que le temps passe des institutions ont été instaurées, que avaient pour but l'amélioration de la vie publique et privée. Des législateurs apparaissent qui ont des tendances novatrices. Des efforts se développent pour une protection plus efficace de l'individu. La loi doit s'adapter aux faits et non pas les faits à la loi. C'est ce qu'enseignait Platon, le grand philosophe de l'antiquité. Avant la révolution française la peine était au service de l'utilité publique. Elle était un moyen permettant de prévenir pour neutraliser les malfaiteurs et qui, simultanément, envisageait de faire s'abstenir tous ceux qui voudraient éventuellement imiter le malfaiteur, en le faisant se remémorer la peine sévère. Ceux qui gouvernent entrevoient la trame des rapports de vie d'une société, le mode et la méthode de comportement des membres de leur société et légifèrent en conséquence. Un certain comportement de l'homme dans un certain moment est érigé en délit pénal, quand il est jugé nécessaire, avec comme but la protection de l'intérêt commun.

Le raisonnement justificatif si l'un ou l'autre comportement entraînera une punition, revient exclusivement au législateur. Cette justification n'est ni

option arbitraire ni jugement personnel subjectif, mais un raisonnement objectif et rassurant, quand un lien légalement protégé est en danger. Souvent des situations défavorables apparaissent, qui secouent et ébranlent les fondations de la société et dans ce cas l'intervention du législateur est nécessaire. De cette façon l'ordre légal se trouve dans l'obligation absolue de déterminer la réaction légale, qui doit s'opposer contre celui qui a effectué le comportement contraire et en même temps désigner la sanction légale relative. Le législateur légifère par besoin, tout en pensant qu'il ne serait peut-être pas indispensable que la loi soit appliquée.

C'est un fait que la sociologie du droit objectif change, évolue.

Si certaines conditions, qui furent le fondement d'une institution légale, sont renversées, il est naturel que ces règles de droit soient modifiées. L'initiative législative prend en considération le caractère général humain, la nature et les particularités de la vie sociale, les réactions expressives apparues, le cadre idéologique-politique, les événements intervenus, tout ce qui constitue le fond de la personnalité humaine, les transformations internationales et les courants de la pression sociale. En plus, elle contrôle le comportement et si elle constate des tendances réactionnaires nuisibles, qui influencent considérablement la paix sociale, elle intervient et interrompt l'évolution nuisible future.

Un acte humain réactionnaire qui, jadis, était considéré pénalement intéressant comme acte illégal il devient plus tard un délit, justement parcequ'il a lésé des droits subjectifs substantiels de la société, il a lésé la forme de l'action collégiale et il blesse la personnalité humaine. Le législateur se montre encore plus sévère quand le comportement antisocial lèse les intérêts fiscaux de l'Etat. Ces dernières années, ont été institués des crimes, inconnus dans le passé comme par exemple le délit de falsification de bandes magnétiques et des délits spécifiques réalisés par des moyens électroniques.

Les différences existantes entre des systèmes juridiques, sont dues aux particularités des conditions de vie, aux formes d'expression traditionnelles des hommes d'un moment donné, aux particularités profondément enracinées ... aux relations subjectives personnelles, aux conceptions idéologiques acceptées, aux situations problématiques existentielles acquises. Elles sont également dues aux expressions caractérielles, à la capacité d'adaptation, aux réflexions individuelles cachées de l'homme, à l'expression des intentions réactionnaires et à la possibilité d'accepter le nouveau statut qui apporte des améliorations. Il est certain que l'homme réagit à tout ce qui croit ou considère qu'il lui nuit, car il est habitué à une situation et il ne peut pas facilement s'en séparer. Il est difficile d'explorer la pensée de l'homme; son

comportement varie, de sorte à ne pas pouvoir prévoir l'intention criminelle du criminel. Ainsi l'action criminelle accroît, quand le terrain est propice ou quand il n'y a pas de réactions. Quelques fois les criminels agissent en essai et attendent les réactions. S'ils constatent qu'il n'y a pas eu de réactions - obstacle à leur action, ils vont plus loin et deviennent des auteurs de crimes en continuité.

Il a été remarqué que certains individus ont acquis une accoutumance au crime et n'ont pas de problèmes de conscience. Les criminels qui s'adonnent aux crimes économiques, aux crimes relatifs au faux en écritures, aux crimes d'escroquerie présentent une résistance psychique forte.

Il est admis que les règles de Droit Pénal International *STRICTO SENSU*, sont considérées comme règles de Droit Interne, étant donné qu'il n'y a pas un Droit Pénal International supérétatique. Cependant le vocable: Droit Pénal International est instauré pour désigner *STRICTO SENSU* le droit des limites locales du pouvoir pénal d'un Etat.

Comme remarque, Vitu, «l'usage du terme est tellement courant, qu'il est difficile de l'abandonner». Puisque le Droit Pénal International, comme il a été défini précédemment, a un caractère d'application unilatérale, il s'ensuit que l'exigence pénale de l'Etat, là où elle existe réellement, il n'est pas possible qu'elle soit écartée par la présence du pouvoir pénal d'un autre Etat. La question se pose dans le cas de concurrence de plusieurs points de rattachement équivalents, de sorte qu'un acte puisse être soumis au pouvoir pénal de plusieurs Etats. Un étranger qui commet un crime, sur le territoire d'un Etat, est soumis non seulement à la loi de cet Etat selon le principe de la territorialité, mais éventuellement aussi au pouvoir pénal de l'Etat dont il est citoyen, sous la condition que les règles de Droit Pénal International de ce dernier connaissent le principe actif de la personnalité. Dans les cas précités les règles de Droit Pénal International de chaque pays ne conduisent pas à l'éviction du conflit en faveur d'un Etat, ni en faveur de cet Etat qui le premier est saisi et juge l'act, car l'exigence pénale de chaque Etat existe de façon autonome. Il en est ainsi parce que chaque Etat a droit et obligation de s'intéresser au maintien de son ordre légal, dans les limites où s'exerce sa souveraineté. Le tribunal de chaque Etat est tenu d'appliquer son Droit Pénal national, en respectant les règles de son Droit Pénal International. Bien sûr, cette rigueur est atténuée par l'application du principe de compilation des peines, qui ont été prononcées. L'article 10 du Code Pénal Hellénique accepte ce principe. Il y a un exemple connu: trois médecins, un Suisse, un Allemand et un Français commettent en Grèce comme co-auteurs, et de commun accord un assassinat et chacun d'eux sera jugé dans son pays. Nous nous trouverons

ainsi devant ceci: le premier le Suisse affronte une peine d'emprisonnement allant de trois jours à trois ans (art. 36 du Code Pénal Helvétique). Le deuxième, l'Allemand affronte une peine allant de six mois à cinq ans (paragraphe 216 du Code Pénal Allemand). Le troisième, le Français affronte la peine prévue pour l'assassinat prémédité, étant donné que le Droit Français ne connaît pas l'assassinat de commun accord. Ainsi, bien que les trois soient coupables au même degré, cependant la peine est diversifiée. Il y a ici une inégalité sérieuse. L'exposé qui précède impose une collaboration commune, afin de poser les bases d'une réglementation unifiée, sur un nombre minimum de questions importantes, dans les pays de l'Union Européenne, dans le but de faire lever les inégalités non justifiées.

Les titres VI du Traité de MAASTRICHT sur la collaboration dans les domaines de la Justice et des autres questions intérieures à l'article K.1, dispose que les Etats membres considèrent les secteurs précités, comme des questions d'intérêt commun ... 6) Collaboration Judiciaire sur les affaires civiles. 7) Collaboration Judiciaire sur les affaires pénales.

Dans ce cycle de collaboration, nous considérons comme sujets de première importance, pour connaître d'une réglementation immédiate, les suivants:

1. Les crimes contre l'environnement. Détermination de sa substance objective. Son contenu doit être:
 - a). Protection du sol terrestre par des mesures nécessaires de sorte que son utilisation ne transforme pas sa forme naturelle.
 - b). Protection de la nappe d'eau terrestre et souterraine.
 - c). Protection de l'atmosphère.
 - d). Protection de la nature et des sites naturels.
 - e). Protection des côtes maritimes et des mers, des rives des fleuves et des fleuves, des lacs et de leurs fonds.
 - f). Réglementation sur les émissions et les résidus.
Prévoir des peines uniformes.

2. Les crimes relatifs aux drogues. Déterminer chacun des délits en particulier, la notion de toxicomanie, la possibilité éventuelle d'un usage licite de certaines drogues légères, le mode de considérer les personnes qui se droguent, les mesures de prévention, les mesures repressives, les mesures de réintégration sociale-professionnelle des personnes qui usent des drogues. Déterminer aussi les limites des peines.

3. Les crimes de violence. Déterminer la notion et le sens de ces crimes. Déterminer la notion et le sens des actes qui portent atteinte à la pudeur. Organiser les peines et des mesures de prévention.
4. Les crimes des mineurs. Déterminer la notion des mineurs, le sens des crimes et le mode d'affronter les crimes des mineurs. Recherche des causes principales des crimes des mineurs. Déterminer des mesures préventives et repressives, en considérant l'immaturation intellectuelle et les besoins particuliers du mineur, ayant en vue les innombrables crimes sérieux des mineurs.
5. Les crimes qui portent atteinte à la santé des tiers par transmission de la maladie - fléau du siècle - de la SIDA. Déterminer les obligations du personnel médical et paramédical. Prévoir la protection des malades et des mesures de prévention. Contrôler systématiquement les porteurs du virus. Entreprendre un effort, permettant de faire face à la transmission de la maladie à échelon international.
 - 5a. Les crimes contre les personnes mineurs, principalement ceux de nature sexuelle. Déterminer des catégories des crimes et prévoir un traitement particulièrement plus sévère des coupables, en supprimant certains avantages pendant l'expiation de la peine, comme par exemple avoir expié une grande partie de leur peine avant de pouvoir demander leur mise en liberté à titre d'essai.
6. Les crimes relatifs à la procréation artificielle. Déterminer la notion de la procréation artificielle; fixer les conditions de fonctionnement des laboratoires chargés d'effectuer la procréation artificielle. Organiser les conditions de prélèvement du sperme et de sa conservation; aussi prévoir les conditions de procréation in vitro et le statut et la condition de la mère porteuse. Déterminer le sens de mère biologique, les obligations d'information des parents.
7. Les crimes relatifs à la contraception et l'interruption de grossesse. Prévoir les cas où l'interruption de grossesse sera autorisée et le cas échéant les sanctions de la violation de ces règles.
8. La protection de la victime et de sa famille et reconnaissance d'un droit de dédommagement par l'Etat dont l'auteur du crime est citoyen, chaque fois que l'auteur n'a pas de capacité économique.
9. Déterminer des catégories de crimes sanctionnés avec une peine consistant au paiement d'une somme d'argent et sans emprisonnement.

10. La protection du consommateur en fixant des règles spéciales pour sa protection.
11. La législation spéciale visant les criminels malades mentaux, de sorte à éviter pour l'avenir, la répétition des actes criminels.

Je vous remercie.

STATHEAS Georges
Conseiller à la Cour de Cassation
Docteur de Droit Pénal de
l'Université d'Athènes.

IRELAND

*

IRLANDE

INTRODUCTION

1. On the basis of Articles K.1 and K.3 of the Maastricht Treaty, important steps have been taken since the coming into force of that Treaty in November, 1993 to advance judicial cooperation in civil and criminal matters as envisaged by Article K.1 of the Treaty. The Justice and Home Affairs Council which met on 29 and 30 November, 1993 approved an action plan and a priority work programme (covering not only judicial cooperation but the general field of justice and home affairs) which it submitted to the European Council on 10 and 11 December, 1993. The European Council endorsed the action plan (subject only to one Member State's specific reservation on a particular matter which need not be considered here) and in particular, in so far as concerns judicial cooperation in *criminal* matters, it agreed to the stepping up of such cooperation, especially on extradition and on action against international organised crime.

2. In common with all the Member States of the Union, Ireland endorses the action plan and is participating actively in its implementation.

CRIMINAL MATTERS

3. The action plan emphasises, in particular, extradition and cooperation in the fight against international organised crime. As regards extradition, I can reaffirm that Ireland fully accepts that it is most important that judicial cooperation should be made effective to the fullest extent compatible with the fundamental principles of Member State's national laws. In this regard the work of Steering Group III, established by the Justice and Home Affairs

Council, includes both the substantive and procedural aspects of this topic. As regards the *substantive* aspects, it is expected that a Bill will shortly be enacted by the Oireachtas (the Irish Parliament) which will provide for the clarification and extension of the range of offences which will not be regarded for the purposes of extradition from Ireland as “political offences”, thus giving full effect to the European Convention on the Suppression of Terrorism. The legislation will also give effect to the requirements relating to extradition in the U.N. Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances and make other changes of a procedural nature.

4. As regards the both the *substantive* and the *procedural* aspects of extradition, I note with satisfaction that it is envisaged, as part of the work of judicial cooperation proposed by the Justice and Home Affairs Council, that magistrates and practitioners in Member States of the Union should make themselves more familiar with each other’s legal systems. This is of particular relevance in the sphere of extradition in my opinion. From the experience in my Office, which is concerned with the bringing before the Irish courts of requests from other countries, for extradition of persons within the Irish jurisdiction, I have a strong impression that there is a considerable need for the authorities in the various Member States (including, where appropriate, magistrates and practitioners) to familiarise themselves with the substantive rules and, especially, the procedures, in other Member States, for dealing with applications for extradition. Much has already been achieved in this respect in the sphere of extradition between Ireland and the United Kingdom but not as regards other Member States. In the context of judicial cooperation within the European Union it should surely be possible to address in a more general fashion this obvious source of potential problems in the sphere of extradition.

5. With regard to *cooperation in the fight against international organised crime*, Ireland fully endorses the need to intensify concerted action between Member States in this area. Extradition is, of course, one of the modalities by which this result can be achieved. Another approach which could, indeed, constitute an alternative to extradition in appropriate circumstances is, as envisaged by the action plan of the Council, the introduction of a common offence regarding international organised crime. This would, it seems, involve the creation by legislation in the Member States of one or more *extra-territorial offences* in the sphere of international organised crime. Of course, measures of this kind require careful elaboration having regard to the different laws and legal systems of the Member States and to the fact that

a criminal trial has always to take place according to the substantive and procedural rules of the country in which the accused is to be tried.

6. As for measures concerning the proceeds of crime, a major Criminal Justice Bill is before the Oireachtas at the moment which, among other things, caters comprehensively for this subject. The Bill, which ought to be enacted in the very near future, provides for extensive international judicial and administrative co-operation in relation to criminal matters, including the enforcement of orders for the confiscation of property acquired as a result of drug trafficking and other offences. The Bill also contains measures for the prevention of money laundering, and provides for the forfeiture of property used or intended to be used in the commission of crime, and the taking and obtaining of evidence in criminal matters. This legislation will enable Ireland to ratify the 1959 Council of Europe Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, the 1990 Council of Europe Convention on Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime, and the 1988 Vienna Drugs Convention.

7. As regards the possibility of intercepting communications and telecommunications, the Interception of Postal Packets and Telecommunications Messages (Regulation) Act, 1993, now governs this subject in Ireland. The procedures of the Act may be invoked, subject to the conditions which it lays down, for the purposes of the criminal investigation of a serious offence (whether apprehended or already committed) as defined by the Act, including the investigation of serious international crime, or in the interests of the security of the State. Under the Act, the authorisation of the interception of communications is a matter for the executive, though the operation of the Act is subject to judicial controls.

CIVIL MATTERS

8. Although the European Council has concentrated on the criminal aspects of judicial cooperation, the action plan also specifically mentions, in the field of judicial cooperation in civil matters, consideration of the possibility of extending the scope of the Brussels Convention on the jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters to family matters and succession, and the establishment of an instrument aimed at simplifying and accelerating procedures for the transfer of documents between Member States.

9. As for the first of these projects, the Irish delegation at the Working Group in question has informed the other delegations of the *possibility* that a constitutional problem for Ireland (arising in particular from the provisions of the Constitution of Ireland concerning the jurisdiction of the national courts) might arise. Of potential relevance in this regard would be whether the project falls within the legal limits of Articles K.1 and K.3 of the Maastricht Treaty; it seems doubtful whether it would be wholly covered by Article 220 of the EC Treaty. In passing, it would seem to be premature to invoke as yet the so-called “bridge” with European Community law which is contained in Article K.9 of the Maastricht Treaty.

10. As for the *second* of the projects, it is recognised that the Hague Convention of 15 November, 1965 on the service abroad of judicial and extra-judicial documents may suffer from some inadequacies, and that there should be an examination of the desirability of a new instrument on this subject to be drawn up between the Member States of the European Union.

Intervention of the Attorney General,
Harold A. WHELEHAN, Senior Counsel

ITALY
*
ITALIE

1. Un discours portant sur les nouvelles perspectives de coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale offertes par le Traité de Maastricht conduit forcément à concentrer l'essentiel de l'attention - pour suivre l'architecture établie par le Traité lui même - sur ce qu'il est convenu d'appeler «troisième pilier» de l'Union Européenne, c'est-à-dire le titre VI du Traité contenant les dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (article «K»).

Il ne semble pas nécessaire de parcourir l'ensemble des dispositions contenues dans cet article.

On pourra plutôt remarquer que le contenu et la formulation - peut être un peu compliqués - de ces dispositions font apparaître à la fois l'aridité et l'immensité des matières qui en sont l'objet ainsi que les exigences de compromis qui ont été forcément à la base non seulement du titre VI mais du Traité de Maastricht tout entier.

On y trouve donc réunies sous le même chapeau des matières qui vont de la politique d'immigration jusqu'à la coopération judiciaire civile en passant par la lutte contre la toxicomanie et la fraude internationale.

De nouveaux instruments, presque inconnus en droit communautaire classique, tels que les «actions communes» et les «positions communes», s'ajoutent à des outils traditionnels du droit international classique tels que les conventions;

La Cour de justice des Communautés européennes, à son tour, peut se trouver compétente pour interpréter les dispositions des dites conventions, ne l'étant pas automatiquement comme on aurait pu peut-être s'y attendre (art. K.3, par. 2, c);

Le Conseil et le COREPER sont compétents, selon les procédures communautaires «classiques», mais on y ajoute un niveau intermédiaire de

plus constitué par le comité composé de hauts fonctionnaires prévu par l'article K.4 et qui, de cet article, prends aussi l'appellation.

Le rôle du Parlement européen, bien que destinataire d'informations par les soins de la Présidence et de la Commission et doté d'un droit de consultation et de recommandation (article K.6), reste en substance en position de forte minorité par rapport aux Etats membres dans toutes les matières objet de la coopération dans les domaines de la Justice.

La Commission ne dispose pas d'un pouvoir d'initiative pour toutes les matières visées à l'article K.1 mais uniquement dans les domaines visés aux points 1) à 6) de l'article, ce qui exclut donc les matières considérées comme les plus «sensibles» telles que la coopération judiciaire pénale et les matières policière et douanière (art. K.3, para. 2. premier tiret).

Last but not least, la «passerelle» prévue par l'article K.9 pour rendre applicable l'article 100 C du Traité instituant la Communauté européenne à des actions relevant des domaines visés à l'article K.1 - ce qui comporterait la «communautarisation» des matières ainsi transférées - n'est pas possible pour les matières pour lesquelles la Commission ne dispose pas d'initiative, c'est-à-dire la coopération répressive et douanière.

2. Toutes les observations qui précèdent ne peuvent pas - bien évidemment - faire perdre de vue tous les importants progrès que la conclusion du Traité de Maastricht a marqué par rapport à la coopération qui caractérisait la situation précédente depuis l'entrée en vigueur de l'Acte Unique européen.

Les Douze auront dorénavant la possibilité de discuter à plein titre au sein du Conseil des matières qui auparavant relevaient uniquement de la coopération intergouvernementale et qui, au sein de celle-là, n'avaient pas la même dignité que les affaires touchant à la politique étrangère (aujourd'hui occupant une place complètement séparée au sein du «deuxième pilier», comportant les dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune).

Une fois que l'efficacité des nouveaux mécanismes aura été vérifiée à la lumière des faits (surtout en ce qui concerne la portée exacte des actions communes, qui devraient, aux termes de l'article J.3 du Traité, «engager les Etats membres dans leurs prises de position et dans la conduite de leur action») il est souhaitable que la coopération, aussi bien dans la matière civile que pénale, puisse trouver un nouvel élan même au delà du chemin et des domaines déjà indiqués par le comité K.4.

3. Le «Programme d'action prioritaire pour l'année 1994 du Conseil de la Justice et de l'Intérieur récemment approuvé par les Ministres de la Justice

à l'occasion du Conseil de l'Union tenu en Novembre 1993 (doc. 10684/93) offre d'intéressants arguments à nos réflexions.

La «libre circulation» de toutes sortes de décisions judiciaires pourrait constituer le trait d'union des actions à entreprendre dans ce domaine.

En matière civile, il semble en effet essentiel que les travaux puissent se concentrer sur les domaines qui touchent le plus directement à la citoyenneté de l'Union et à la vie quotidienne des citoyens de l'Union dans une Europe qui ne connaît plus de frontières douanières mais qui, néanmoins, maintient encore beaucoup d'obstacles à la réalisation complète d'une effective liberté de circulation et d'établissement.

La matière de l'état civil et des certifications, celle de la transmission des actes, de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution sans formalités particulières des décisions judiciaires et administratives, sans limitation de matière (y compris celles relatives au droit de la famille), semblent probablement constituer le meilleur terrain sur lequel pouvoir procéder à des réalisations concrètes qui puissent être immédiatement perçues par les citoyens qui se déplacent dans le territoire des Douze et qui leur donneraient un plus fort sentiment d'appartenance à l'Union.

4. En matière de coopération pénale, le discours n'est pas plus facile, compte tenu des distances (et parfois des méfiances) qui quelquefois semblent encore subsister entre nos douze Etats.

Il n'est pas nécessaire de rappeler encore une fois la nécessité de procéder à la ratification des diverses conventions qui ont déjà été signées dans le cadre de la coopération politique européenne et qui, pour l'instant, semblent encore loin d'une entrée en vigueur, privant ainsi les magistrats nationaux des importants et nouveaux instruments de coopération que celles-ci contiennent tels que la transmission des procédures répressives et le transfert des personnes condamnées.

La matière de l'extradition reste sans doute celle qui demande que des progrès soient accomplis le plus rapidement possible en particulier pour ce qui concerne les possibilités de refus d'extradition et l'amélioration et la simplification des procédures (qui encore aujourd'hui sont non seulement assez lourdes mais semblent aussi caractérisées, dans l'application concrète qui en est parfois donnée par certaines autorités judiciaires, par une certaine défiance vis-à-vis des décisions rendues par tel ou tel autre Etat de l'Union).

Aussi le thème de la lutte contre la criminalité organisée internationale et transnationale demande la plus grande attention de la part des Gouvernements et des autorités judiciaires de nos pays et à ce sujet le premier pas à accomplir pourrait consister - comme cela a été souhaité dans le cadre

de différentes enceintes - à parvenir à une notion commune ou au moins compatible du délit d'organisation criminelle (ou d'association de malfaiteurs) qui puisse effectivement faciliter la coopération internationale et la poursuite des délits commis par de telles organisations d'ores et déjà matériellement constituées à l'échelle européenne.

Au-delà des textes légaux, nos Cours suprêmes, dans l'exercice des pouvoirs d'interprétation de la loi qui leur sont propres, pourraient elles aussi jouer un rôle non négligeable dans la recherche d'une définition qui soit en fin des comptes acceptable de la part des différents systèmes juridiques dans leur ensemble.

5. L'attribution en faveur de la Cour de justice de Luxembourg de nouvelles compétences d'interprétation semble aussi revêtir une importance particulière pour les hautes juridictions que nous représentons.

Comme on l'a déjà rappelé, l'article K.3 du Traité sur l'Union prévoit la possibilité d'attribution à la Cour de justice de la compétence pour interpréter les conventions élaborées dans le cadre du troisième pilier.

Une proposition tendant à attribuer une compétence analogue pour la Convention de Schengen - fortement soutenue, entre autre, par le Parlement européen et par le Parlement italien - est actuellement discutée devant les instances compétentes et les neuf Etats parties à cette convention.

A cet égard, l'accroissement des pouvoirs d'interprétation de la Cour de justice ne devrait nullement être perçu comme comportant un affaiblissement corrélatif du rôle des Cours suprêmes qui se verraient ainsi soustraire le pouvoir de dire le dernier mot sur l'interprétation et l'application que chaque juridiction nationale pourrait donner de ces textes conventionnels.

Au contraire, le pouvoir (voir l'obligation) de soulever une question préjudicielle continuant à être attribuée au juge national, il semble possible d'affirmer que le rôle de ce dernier et l'efficacité de ses décisions ne pourront que se trouver renforcés par le biais de la synergie qui pourra se créer avec les décisions de la Cour de justice assurant, pour sa part, une «nomophilachie» effective au niveau européen, dans la cadre nouveau de l'Union.

C'est dans le dialogue entre nos Cours et avec la Cour de Luxembourg et dans la recherche des synergies entre les différentes richesses de nos systèmes juridiques respectifs, plutôt que dans la défense jalouse de son propre système et dans le repli sur soi-même, que l'Europe judiciaire pourra finalement naître et répondre ainsi aux attentes des ses citoyens.

Antonio BRANCACCIO

Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione

PORTUGAL

1. On peut dire que la coopération judiciaire entre les Etats membres de la Communauté a partagé, d'une certaine manière activement, l'idéal de construction européenne. Dans cette mesure, la coopération entre les Douze est un processus toujours en évolution, qui puise dans les solutions adoptées la capacité de son propre approfondissement.

2. En effet, bien que remontant à la deuxième moitié des années 70 la conclusion de l'Accord de Dublin, en réponse à l'essor du terrorisme qui envahit à cette époque quelques-uns des Etats européens, ce n'est qu'à partir du premier semestre de 1985 que le groupe ad hoc de coopération judiciaire des Communautés européennes en matière civile et pénale développe une activité continue, qui a conduit fondamentalement à l'élaboration de conventions et d'accords internationaux ouverts à la signature lors des réunions des Ministres de la Justice à Bruxelles, 1987, San Sebastián, 1989, Rome, 1990, et Bruxelles, 1991.

3. Entreprise au niveau intergouvernemental, dans le domaine de la coopération politique européenne et en marge du cadre de référence communautaire, cette coopération reconnaît certaines conditions correspondant essentiellement aux principes d'action suivants:

- La complémentarité de l'effort poursuivi dans d'autres enceintes, notamment celle du Conseil de l'Europe, à travers le développement des principes fondamentaux consacrés dans les Conventions adoptées au sein de ces instances, et dont ils essayent de viabiliser et d'intensifier le fonctionnement.

- La facilitation de ce fonctionnement, étant donné que la reconnaissance des affinités particulières et des valeurs communes entre les Douze permet l'adoption d'un cadre juridique plus simple, où aux solutions techniquement plus complexes et élaborées correspondent des solutions qui viabilisent une application plus souple.
- L'optique de l'évolution, dans une perspective dynamique déjà préparatoire de la libre circulation des personnes sur le territoire communautaire, qui apparaît comme référence expresse inspiratrice de solutions présentes dans des textes conventionnels plus récemment adoptés.

C'est dans ce domaine, qui s'affirme avec une plus large autonomie par rapport aux enceintes susmentionnées, que nous trouverons peut-être l'élément de liaison, quelque flou qu'il soit, avec le traitement que la matière s'est vue accorder, à un degré plus intense, au Titre VI du Traité sur l'Union.

4. Examinant maintenant tout particulièrement le versant spécifiquement pénal, un bref tour d'horizon sur le résultat de l'activité dudit groupe de coopération judiciaire nous permettra de mieux apprécier la manière dont ces principes d'action ont été mis en oeuvre.

Quelques-uns des textes conclus dans ce domaine régissent des formes de coopération qui ont fait l'objet de traitement au sein du Conseil de l'Europe. Ce sera le cas pour l'Accord relatif à l'application, entre les Etats membres des Communautés européennes, de la Convention du Conseil de l'Europe sur le Transfert des Personnes Condamnées, du 25 mai 1987, l'Accord relatif à la Transmission des Procédures Répressives, du 6 novembre 1990, et la Convention relative à l'Exécution de Condamnations Pénales Etrangères, du 13 novembre 1991.

4.1. Le premier Accord, qui concerne le transfert des personnes condamnées, a rendu possible (article 1er) l'application de cette Convention du Conseil de l'Europe, de 1983, dans les rapports entre les membres des Communautés européennes, non seulement à titre complémentaire, mais encore pour le cas où cette Convention n'aurait pas été ratifiée par tous les Etats membres. Ainsi, on a permis son application, même dans ces derniers cas, sans qu'il soit besoin de faire appel à des accords bilatéraux entre les Etats membres concernés.

Par ailleurs, cet Accord est venu étendre (article 2) le champ subjectif d'application de la Convention moyennant l'assimilation, à un national d'un

Etat, des ressortissants de tout autre Etat membre, dont le transfèrement semble approprié et dans l'intérêt de la personne en cause, compte tenu de sa résidence habituelle et régulière sur le territoire du premier Etat, afin de lui permettre d'y purger la peine qui lui a été imposée dans le second, dans le but de mieux favoriser sa réinsertion sociale.

4.2. De son côté, l'Accord relatif à la Transmission des Procédures Répressives, reflète l'intérêt de renforcer la coopération judiciaire suivant la perspective de la création d'un espace européen sans frontières internes, dans lequel devra être assurée la libre circulation des personnes aux termes de l'Acte Unique européen.

Ses dispositions préconisent l'établissement d'un cadre juridique souple axé sur la possibilité d'établir la délégation des poursuites dans les autorités compétentes d'un autre Etat membre et développent des principes contenus dans les dispositions de l'article 21 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, signée en 1959, et dans la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, signée en 1971, dans l'optique d'une bonne administration de la justice et de la réduction des conflits de juridictions.

4.3. Plus récemment, la Convention sur l'Exécution des Condamnations Pénales Etrangères, axée sur le modèle de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, de 1970, est venue régler entre les Douze la reconnaissance des effets des jugements répressifs étrangers, tout en englobant les situations ne relevant pas du régime juridique applicable au transfèrement des personnes condamnées.

4.4. Instrument important s'avère également la Convention entre les Etats membres des communautés européennes sur l'application du principe *ne bis in idem*.

Une telle importance relève non seulement du caractère emblématique du texte, qui concerne un principe de premier rang dans le contexte des droits et des sauvegardes fondamentales du procès pénal, mais encore de la teneur de ses dispositions, qui préconisent une application plus étendue du principe à l'échelle internationale.

4.5. Sur un autre plan se situe l'Accord relatif à la Simplification et à la Modernisation des Modes de Transmission des Demandes d'Extradition, du 27 mai 1989, dit Accord télécopie.

Orienté, selon ses propres termes, vers la simplification et l'accélération de procédures, cet Accord est venu préconiser des solutions assez novatrices,

en ce qu'il permet de recourir à des moyens plus expéditifs de transmission des demandes d'extradition, ainsi que des documents à leur appui, notamment la télécopie. Les perspectives ouvertes par ce texte vont encore plus loin, du moment qu'elles peuvent toucher à des aspects substantiels, contribuant, par voie d'accélération des procédures, à une réduction de la durée de la détention, en matière d'extradition, de la personne réclamée.

4.6. La matière de l'extradition a, d'ailleurs, été abordée à plusieurs reprises.

Dans le cadre de la coopération européenne, on peut citer à titre d'exemple, l'appréciation de la période maximale de la détention provisoire jusqu'à la soumission d'une demande formelle d'extradition, et la possibilité de faire appel à une procédure simplifiée d'extradition, ayant pour base le consentement de la personne à extraire.

À l'heure actuelle, l'étude de cette matière se poursuit dans une perspective globale et intégrée, étant analysée la possibilité d'une simplification des conditions et des procédures d'extradition entre les Douze.

Pareille analyse est menée à bout, tel qu'il résulte de la déclaration des Ministres de la Justice à Limette, en novembre 1993, dans le cadre des nouvelles structures créées en vertu du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, par le Groupe Extradition, directement subordonné au Groupe Directeur III, groupe coordinateur de la coopération judiciaire en matière civile et pénale.

De même, l'on poursuit à son tour le renforcement de la coopération judiciaire entre les Etats membres dans le domaine de la criminalité organisée internationale, où se trouvent d'ailleurs des connexions se rattachant aux travaux relatifs à l'extradition.

A cet effet, une étude est en cours visant des questions d'un grand intérêt et d'une portée pratique, à savoir la pondération de la nécessité d'une éventuelle définition commune de crime organisé international - en vue de permettre une coopération plus étroite entre les Etats membres -, la possibilité de consécration dans ce domaine du principe de responsabilité pénale des personnes morales ou la possibilité d'étendre, dans les lois nationales, le crime de blanchiment à des produits de ces types de crime.

En outre, dans le domaine procédural pénal, font l'objet d'analyse des aspects ayant trait à l'exécution de demandes d'entraide judiciaire en ce qui concerne des moyens modernes d'enquête, tels que l'interception de communications et télécommunications, ainsi que la question de la protection des témoins.

A l'heure actuelle, on procède également à l'analyse des rapports entre les Droits Pénaux nationaux et le Droit Communautaire, incidant en particulier sur l'appréciation de mesures favorables à une protection plus efficace des intérêts financiers de la Communauté.

Enfin, on est en train d'étudier des formes possibles de coopération tenant à l'exécution de mesures de déchéance du droit de conduire.

5. Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, il convient de signaler l'établissement de la Convention relative à la suppression de la légalisation des actes dans les Etats membres (Bruxelles, le 25 mai 1987) ainsi que celui de la Convention sur la simplification des procédures relatives au recouvrement des créances alimentaires (Rome, le 6 novembre 1990).

6. Il faudra, en particulier, s'interroger sur l'impact effectif du travail entrepris jusqu'à maintenant, surtout dans la mesure où les conventions adoptées et les réflexions se poursuivant à l'heure actuelle constituent à la lumière du processus évolutif dont nous parlions au début, les assises de l'architecture européenne que Maastricht est venu définir.

D'après les données les plus récentes disponibles, aucune des Conventions n'a encore réuni le nombre de ratifications nécessaires à leur entrée en vigueur au niveau international (la ratification par tous les Etats membres étant requise à cet effet), bien que leur application au niveau bilatéral ait été déclenchée en vertu de dispositions d'application anticipée, dans les rapports entre les Etats membres qui, les ayant déjà ratifiées, ont formulé des déclaration dans ce sens.

En fait, en matière pénale, l'Accord relatif au transfèrement des personnes condamnées a reçu 4 (quatre) ratifications, la Convention sur le principe ne bis in idem 3 (trois) et la Convention sur les modes de transmission de demandes d'extradition 1 (une), s'avérant opportun de reconnaître, à cet égard, l'importance des difficultés d'ordre pratique concernant les moyens techniques qu'il faudra employer et qui sont aujourd'hui périmés. L'Accord relatif à la transmission des procédures répressives compte sur 1 (une) ratification et la Convention sur l'exécution de jugements répressifs étrangers, sur 9 (neuf) signatures.

Les Conventions conclues en matière civile n'ont pas, elles aussi, eu de réussite: la Convention relative à la suppression de la légalisation des actes dans les Etats membres a été ratifiée par trois Etats, pendant que seul un Etat a déposé, jusqu'à présent, l'instrument de ratification de la Convention sur la simplification des procédures relatives au recouvrement de créances alimentaires.

Ce bilan abrégé de la coopération judiciaire nous amènera forcément à réfléchir sur l'efficacité pratique des instruments et des mécanismes introduits pour leur concrétisation, ainsi que sur les risques que nous courons, en faisant coexister avec ce que nous venons d'exposer le vaste espace de liberté de circulation que nous établissons dans l'Europe communautaire.

7. Nous nous trouvons, donc, devant un carrefour que l'avenir de l'Europe nous oblige à résoudre; ayant aboli quelques-unes des frontières qui, tout au long des siècles, ont séparé les peuples de l'Europe et en leur conférant une citoyenneté commune et un vaste droit de circulation à l'intérieur du territoire communautaire, nous maintenons, toutefois, fiers de notre indépendance, quasiment intactes nos «frontières judiciaires».

Personne n'osera contester combien le maintien de cette situation est nuisible pour l'effort de solidarité européenne déployé à l'heure actuelle, combien cela est en contradiction avec les nouveaux liens que les Douze ont envisagé d'établir, lorsqu'ils ont conclu, il y a deux ans, le Traité sur l'Union européenne. La réalisation des objectifs inscrits dans le Traité sur l'Union nous amène à réfléchir sur la nouvelle dynamique qu'il nous faut, dorénavant, imprimer dans des domaines où la coopération entre les Douze s'est avérée, de règle, lente et pénible.

S'il en est autrement, nous courons le risque de mettre, irrémédiablement, en danger l'efficacité pratique des agissements de la Communauté dans de nombreux domaines et la capacité d'apporter une réponse à des phénomènes qui tireront nécessairement profit d'un vaste espace de liberté que, maintenant, l'Europe confère.

Dans ce contexte, il faut bien que la coopération judiciaire en matière pénale, à réaliser entre les Etats membres, constitue dans le cadre de l'Union Européenne, un impératif, dans le sens où bien des domaines d'action, bénéficiant déjà d'une compétence communautaire, devront être accompagnés, pour qu'ils puissent s'avérer efficaces, d'une action concertée entre les Douze, en cette matière. L'adjectif que l'on veuille utiliser afin de qualifier la coopération judiciaire, à la lumière du Traité sur l'Union, ne saurait pourtant faire oublier qu'elle devra être instrumentale à l'égard du but poursuivi et que seulement ainsi l'on pourra comprendre que les Etats membres puissent, par le biais d'un engagement volontaire, accepter que des prérogatives de souveraineté cèdent la place à la construction d'un idéal européen.

À la conception traditionnelle, si longtemps dominante, de l'intangibilité de la souveraineté des Etats dans le domaine judiciaire, nous devons substituer l'idée de la construction d'un véritable «forum judiciaire

européen», créé par volonté expresse et libre des Etats, support propre à garantir l'efficace intégration européenne, qui est déjà une réalité dans bien d'autres domaines.

8. Le Traité sur l'Union européenne nous offre maintenant de nouveaux instruments d'action, à travers lesquels il nous sera possible de continuer à bâtir les fondements d'une effective coopération dans le domaine de la justice.

À l'instrument classique d'établissement de conventions entre les Douze, dont l'efficacité reste encore à démontrer, comme nous avons souligné plus haut, se sont ajoutés des moyens d'action que nous pourrions qualifier, sans trop nous soucier de questions de rigueur, de plus communautaires, en ce sens que des institutions communautaires jusqu'alors quelque peu écartées, en vertu des textes applicables, de la coopération judiciaire réalisée, à caractère multilatéral, entre les Etats membres, sont appelées à jouer un rôle plus important.

Il nous reste encore à évaluer si l'inclusion, par le Titre VI du Traité sur l'Union, de nouveaux acteurs dans les activités de coopération, représente vraiment un changement face au *statu quo* précédent. La Commission, bien qu'associée aux tâches de la coopération judiciaire tel qu'il résulte de l'article K.4., par.2, ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale; au Parlement européen, en dépit de son attitude obstinée à cet égard, trouvant son illustration dans la Résolution qu'il a adoptée, le 20 janvier 1994, sur sa participation dans des accords internationaux du domaine de la justice et des affaires intérieures, seul lui fut réservé le rôle résiduel de récepteur de l'information que le Conseil et la Commission lui transmettent (article K.6); la Cour de Justice, à son tour, s'est vue nier la compétence juridictionnelle qu'elle exerce de plein droit dans les questions communautaires, nonobstant la circonstance qu'elle peut se voir octroyer, dans chaque cas d'espèce, la compétence pour interpréter les conventions établies au sens de l'article K.3 ou pour statuer sur les conflits ayant trait à leur application.

Une attitude prudente doit, de même, s'imposer à l'égard des instruments de la coopération énoncés à l'article K.3, qui viennent s'ajouter au modèle traditionnel des conventions internationales. La possibilité, pour le Conseil, d'arrêter des positions communes, de promouvoir la coopération entre les Etats et d'adopter des actions communes, quelle que soit la valeur juridique à attribuer à ces instruments, reste à être mise à l'épreuve dans la pratique. En effet, une année et demie environ s'est écoulée depuis l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union, sans qu'il eut été possible de voir le profit

à tirer des nouveaux instruments de coopération que le Titre VI renferme, encore que l'on doive déduire la circonstance que seuls deux projets d'action commune aient été présentés jusqu'à ce jour: l'un portant création du centre d'information, de réflexion et d'échange dans le domaine de la coopération judiciaire, l'autre ayant trait à la défense des intérêts financiers des Communautés Européennes.

Une brève référence finale ne saurait être oubliée à l'égard des buts qui président aujourd'hui à la coopération judiciaire. L'article K.1. du Traité sur l'Union, en considérant comme des questions d'intérêt commun la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale, ne fournit aucune trace en ce qui concerne la voie à suivre. Il échet au Conseil, réuni les 29 et 30 novembre 1993 pour la première fois depuis l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union, d'établir le premier programme d'action post Maastricht. Nous constatons que, dans le domaine pénal, ce programme met l'accent sur les questions relevant de l'extradition et de la lutte contre la criminalité organisée internationale, alors que la priorité, en matière civile, est accordée à l'éventuelle extension de la portée de la Convention de Bruxelles au domaine du droit familial et successoral, ainsi qu'à l'élaboration d'une convention visant à simplifier et à accélérer les procédures de transmission des actes entre les Etats membres.

La brève énumération que nous venons de faire nous semble refléter soit une prudence excessive, soit un manque de confiance accentué, dans les potentialités que la coopération judiciaire à réaliser au sens du Titre VI du Traité sur l'Union pourra renfermer. Nous espérons, cependant, que le caractère suffisamment vaste de l'article K.1. viendra permettre dorénavant l'approfondissement de la coopération entretemps réalisée, de sorte que l'on puisse sortir du cadre, jusqu'à présent purement intergouvernemental, créant le levier qui permettra de donner l'impulsion aux pas timides qu'entretemps nous aurons faits.

9. Un facteur déterminant pour que cela puisse avoir lieu réside, à notre avis, dans l'association aux travaux de coopération judiciaire, jusqu'à ce jour menés presque exclusivement par les administrations nationales, des magistrats, qui sont sur le terrain, les entités les mieux habilitées pour s'apercevoir des virtualités que la coopération contient, ainsi que pour alerter sur les difficultés que, dans la pratique, pourront y être associées. Les propositions concrètes que dernièrement nous avons vu surgir, qui passent notamment par l'établissement de rapports directs et privilégiés entre des autorités compétentes, dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale, par la désignation de magistrats de liaison, susceptibles de favoriser

et de promouvoir le contact entre les autorités de deux Etats ou davantage, par la création de réseaux d'information sur le fonctionnement des systèmes judiciaires des Etats membres ou sur leur législation, jurisprudence ou doctrine s'avérant pertinentes en ce qui concerne la coopération judiciaire, tout ceci illustre une préoccupation d'ajouter, à la coopération intergouvernementale réalisée jusqu'à ce jour, une forme simplifiée de coopération pragmatique. Nous croyons que c'est dans cette sorte de coopération que résidera le moteur de l'effort qu'il faut, dorénavant, déployer, de nature à permettre d'approfondir l'interaction entre nos systèmes juridiques et judiciaires.

10. Finalement, mais non pas en dernier lieu, il s'impose de faire une mention obligatoire à la primauté accordée par l'article K.2. aux Droits de l'Homme, par rapport aux activités de coopération judiciaire. L'affirmation toute simple du principe, condition nécessaire à l'ensemble de la coopération entreprise dans le passé, apporte une garantie accrue au respect dû aux droits, libertés et sauvegardes du citoyen européen.

Cunha RODRIGUES,
Procureur général

SPAIN
*
ESPAGNE

I. LA SIGNIFICATION DE LA COOPERATION JUDICIAIRE DANS LE CADRE DU TRAITE DE L'UNION EUROPEENNE

La fin de la division du continent européen ainsi que la nécessité de construire l'Europe de demain sur des bases fermes revêtent un caractère éminemment historique; dans cette perspective et avec le souci de poursuivre le processus de création d'une union des peuples chaque jour plus étroite permettant l'adoption de décisions qui soient le plus proche possible des citoyens, le Traité de l'Union Européenne, conformément au principe de réserve, se fixe pour objectif de faciliter la libre circulation des personnes, tout en garantissant la sûreté et la défense de ses peuples grâce à la mise en place de dispositions concernant la justice et les affaires intérieures.

Par conséquent, l'objectif d'instaurer une coopération étroite dans le cadre de la justice, qui figure à l'article B du Traité, semble être l'un des instruments qui permettra de franchir une nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne dont la première pierre fut la constitution des Communautés. Il est important de souligner que les objectifs de l'Union doivent être atteints conformément aux dispositions du Traité lui-même et dans le respect du principe de réserve, ainsi que le définit l'article 3.B du Traité de la CEE.

En outre, l'Union s'engage formellement à respecter les droits fondamentaux protégés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ainsi que les principes généraux du droit communautaire résultant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.

II. LA MISE EN PLACE DE LA COOPERATION JUDICIAIRE EUROPEENNE

Bien que le titre III de l'Acte Unique Européen, signé au Luxembourg et à La Haye, les 17 et 18 février 1986, et qui porte sur la coopération en matière de politique extérieure, ne constitue pas la base formellement adéquate à l'articulation des actions de coopération juridique, de fait il est devenu le fondement de la mise en oeuvre de celle-ci. La politique juridique ainsi établie a créé progressivement un nouvel espace judiciaire européen compensant l'incompétence matérielle des Communautés en la matière.

L'article 220 du Traité constituant la Communauté Economique Européenne a permis la mise en place de la coopération juridique dans des secteurs bien déterminés et a rendu propice la conclusion de la Convention sur la ratification et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968, ainsi que celle de la Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance réciproque des sociétés et autres personnes morales.

Malgré l'absence de coopération judiciaire dans nombre de Conseils Européens, celui du 6 décembre 1986 qui s'est tenu à Londres a fait référence à la saisie du produit du trafic de stupéfiants ainsi qu'à une action concertée concernant la prévention et la répression du terrorisme, tandis qu'au cours du Conseil de Rhodes, du 23 décembre 1988, l'espace sans frontières a été étroitement rattaché à la coopération intergouvernementale dans la lutte contre le terrorisme, la criminalité internationale et le trafic de stupéfiants.

En général, la technique suivie a été celle adoptée par l'Accord de Dublin de 1979 concernant la répression du terrorisme, lequel, bien que n'étant jamais entré en vigueur, a néanmoins servi de modèle à bon nombre d'accords juridiques signés dans le cadre de la coopération en matière de politique extérieure. La technique consiste en un transfert dans l'espace communautaire de certains accords du Conseil de l'Europe assorti des adaptations d'application nécessaires, ce qui crée ainsi un cercle privilégié de coopération entre les Etats membres de la Communauté Européenne.

La même technique a été appliquée également au système de Schengen, en effet tous les mécanismes de coopération judiciaire en matière pénale, prévus dans l'Accord de 1985 et dans la Convention de 1990, extradition, transfert de condamnés, entraide et transmission de procès, sont appliqués de manière sélective par les différents accords conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe. Quoi qu'il en soit, l'Accord et la Convention de Schengen constituent des traités inter-étatiques de type classique pas à proprement parler communautaires ainsi qu'il en découle: a) de la manière dont ils ont été

adoptés, en conférence inter-gouvernementale, sans intervention des instances communautaires; b) des procédures de révision qu'ils prévoient (art. 141 de la Convention); c) de la possibilité d'adhésion de nouveaux membres, qui ne doivent pas forcément être des Etats communautaires, ainsi que l'énonce l'article 140 de la Convention; d) du dépositaire, le Grand Duché de Luxembourg et non pas les Communautés; e) de l'incompétence de la Cour de Justice pour l'interprétation de leurs dispositions.

L'Acte Unique contient une déclaration politique des Gouvernements des Etats membres sur la libre circulation des personnes, par laquelle ceux-ci s'engagent à coopérer dans la lutte contre le terrorisme, contre la criminalité, les stupéfiants et le trafic d'oeuvres d'art et d'antiquités.

C'est dans ce cadre de coopération juridique que va surgir le Traité de l'Union Européenne qui consacre son titre VI aux «Dispositions relatives à la coopération en matière de justice et des affaires intérieures».

III. LA REGULATION DE LA COOPERATION JUDICIAIRE DE MATIERE CIVILE ET PENALE DANS LE TRAITE DE L'UNION EUROPEENNE

Il a déjà été fait allusion à la signification de la coopération judiciaire dans le Traité de Maastricht, c'est la raison pour laquelle il convient d'examiner maintenant la régulation que le titre VI met en place dans ce domaine.

Le titre VI du Traité de l'Union Européenne fait simplement référence, aux points 6) et 7) de son article K.1, à la coopération judiciaire en matière civile et pénale, et ce dans le cadre des questions que les Etats membres considèrent relever de l'intérêt commun pour la réalisation des fins de l'Union et, en particulier, de la libre circulation des personnes.

Si l'on exclut la reconnaissance et l'exécution des sentences civiles et commerciales déjà régulées par la Convention de Bruxelles de 1968 et par la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, le contenu matériel de cette coopération judiciaire demeure ouvert.

Non seulement en ce qui concerne la coopération en matière civile et pénale, mais de manière générale pour l'ensemble du titre VI, toutes les questions envisagées par l'article K.1 seront traitées dans le respect de la Convention Européenne pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales et de la Convention sur le Statut des Réfugiés, du 28 juillet 1951, en tenant compte de la protection accordée par les Etats membres aux personnes poursuivies pour raisons politiques.

La régulation instaurée par le titre ne s'oppose pas à l'institution ni au développement d'une coopération plus étroite entre deux ou plusieurs Etats membres, dans la mesure où cette coopération ne contrevienne ni ne constitue un obstacle à l'application des dispositions. En outre, elle ne s'applique pas à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres en matière de maintien de l'Ordre Public et de sauvegarde de la sûreté intérieure.

D'un point de vue technico-juridique, les difficultés majeures posées par le titre VI du Traité de l'Union Européenne en ce qui concerne la coopération en matière civile et pénale, outre le problème de l'indétermination de son contenu auquel nous avons déjà fait allusion, sont les suivantes:

- l'exclusion par l'article K.9 de la coopération judiciaire en matière civile et pénale comme cadre d'application de l'article 100 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne, ce qui signifie que l'activité en question ne pourra pas perdre son caractère de coopération afin d'être intégrée dans le contenu normatif du droit communautaire.

- l'exclusion par l'article L du Traité de Maastricht de la compétence de la Cour de Justice des Communautés pour toutes les matières contenues dans le Titre VI, y compris la coopération judiciaire en matière civile et pénale, avec pour seule exception les accords qui pourront être adoptés par le Conseil, conformément à l'alinéa 2.c) de l'article K.3, dont l'adoption est réservée aux Etats Membres, en fonction de leurs normes constitutionnelles respectives. Conformément au dernier alinéa de cet article, ces accords pourront prévoir la compétence de la Cour de Justice pour l'interprétation de leurs dispositions et pour résoudre les litiges relatifs à leur application, dans le respect des modalités qui seront fixées.

IV. LE DEVELOPPEMENT ULTERIEUR DES PREVISIONS DU TRAITE DE L'UNION EUROPEENNE SUR LA COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE CIVILE ET PENALE

1. Le Conseil Européen de Bruxelles des 10 et 11 décembre 1993

L'introduction des conclusions du Conseil Européen tenu à Bruxelles les 10 et 11 décembre 1993, fait mention de l'adoption d'un premier plan d'action, qui devra être renforcé par la suite, étant donnée l'importance capitale de la coopération dans ce secteur pour garantir la sécurité des citoyens. Puis, le Conseil se montre décidé à utiliser à fond les nouvelles possibilités offertes par le Traité de l'Union concernant la justice et les

affaires intérieures, terrains particulièrement sensibles pour la vie quotidienne des citoyens et qui touchent tant la libre circulation des personnes qu'à leur sécurité.

Le Conseil de l'Europe respecte le plan d'action établi par le Conseil. Il convient de souligner que l'Accord se réfère aux aspects suivants:

- l'entrée en fonctionnement immédiate de l'Unité de stupéfiants «Europol» et la conclusion de l'Accord de Europol, avant octobre 1994, tout en portant une attention spéciale dans ce contexte à la protection des informations;
- l'application d'une stratégie globale de lutte contre les stupéfiants, qui comprenne des mesures efficaces contre le blanchiment des bénéfices illicites et la coopération avec des pays tiers engagés dans la poursuite des producteurs de stupéfiants et du commerce international en la matière;
- l'élaboration d'une liste commune de pays tiers dont les ressortissants devront être munis d'un visa leur permettant l'entrée sur le territoire de la Communauté;
- le renforcement de la coopération judiciaire notamment en matière d'extradition et d'actions contre la délinquance internationale organisée;
- l'exploitation des possibilités offertes par une meilleure coordination entre les politiques en matière de justice et d'affaires intérieures et celles concernant les affaires extérieures et la sécurité commune, plus particulièrement pour ce qui est de la réadmission par les pays tiers d'immigrants illégaux.

En matière de politique d'asile, le Conseil Européen estime nécessaire l'existence d'une coopération étroite entre les états membres fondée sur une confiance réciproque.

Le Conseil Européen souligne que le plan d'action n'est qu'une première étape et est sûr que, une fois le Traité de l'Union Européenne entré en vigueur, le Conseil avancera rapidement au moyen de réalisations concrètes, surtout dans la lutte contre le trafic de stupéfiants et la délinquance organisée, dans le but de répondre aux attentes de la société et des citoyens. Pour finir, il invite le Conseil (Justice et Affaires Intérieures) à rédiger un rapport annuel, dont le premier sera élaboré fin 1994, concernant les réalisations opérées.

L'indétermination du contenu de la coopération judiciaire en matière civile et pénale continue. Même si certains secteurs auxquels le Conseil Européen de Bruxelles se réfère peuvent avoir une relation avec la coopération, en réalité le seul contenu concret qu'on lui attribue concerne l'extradition et les actions contre la délinquance internationale organisée.

Cependant l'extradition est une matière déjà incorporée dans la coopération judiciaire. Il suffit de rappeler que l'Accord Européen d'Extradition de 1957 et l'Accord de Schengen de 1990 introduisent certaines innovations comme la prescription du délit octroyée dans l'Etat demandeur, l'incorporation des délits fiscaux, la transformation de la communication entre Ministères de la Justice en une voie normale ou encore le fait de rendre une description du Système d'Information de Schengen équivalente à une demande de détention préventive. L'aspect le plus opératif de l'Accord de 1990 résulte de la procédure d'extradition simplifiée à laquelle se réfère son article 66.

Les actions contre la délinquance internationale organisée, outre le fait d'avoir plus d'implications policières que judiciaires, constituent une étiquette trop vague, qui aborde des aspects de la coopération judiciaire très différents et qu'il est difficile de structurer pour obtenir des progrès concrets.

2. Matières auxquelles la coopération judiciaire en matière civile et pénale pourrait être étendue

Vu le silence du Traité de l'Union Européenne quant au contenu matériel de la coopération judiciaire et les faibles éclaircissements apportés tant par les travaux préparatoires de la Conférence de Maastricht que par les conclusions du Conseil Européen qui s'est tenu à Bruxelles les 10 et 11 décembre 1993, il semble que, faute d'éléments positifs, seul un élément négatif détermine ou délimite l'espace de la coopération judiciaire en matière civile. Cet élément négatif est constitué par le fait que cette coopération, établie le Traité de Maastricht, doit nécessairement se produire sans empiéter sur le domaine couvert par l'article 220 du Traité constitutif de la Communauté Européenne, qui, depuis son origine, n'a pas été modifié et qui réserve la coopération entre les Etats membres à l'espace communautaire afin de garantir aux citoyens:

- la protection des personnes ainsi que la jouissance et la tutelle des droits, dans les conditions reconnues par chaque Etat membre à ses propres ressortissants;
- la suppression de la double contribution au sein de la Communauté;

- la reconnaissance réciproque des sociétés, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert de siège social d'un pays à l'autre, et la possibilité de fusion de sociétés assujetties à des législations nationales différentes;
- et la simplification des formalités auxquelles sont soumises la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires et des sentences arbitrales.

Etant donné que l'Accord de Bruxelles de 1968 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale ne comprend pas le droit de la famille ni le droit des successions, matières qui font l'objet d'un vaste réseau conventionnel bilatéral auquel il a été partiellement dérogé par ledit Accord, un vaste espace s'est ouvert permettant d'orienter et de coordonner la coopération judiciaire. Une initiative de cette nature serait particulièrement intéressante pour l'Espagne dont les relations juridiques avec les pays communautaires pour des matières non comprises dans l'Accord de Bruxelles sont soumises au régime général de l'exéquatur prévu par les articles 951 et suiv. du Code de Procédure Civile, lesquels désignent la Cour Suprême comme juge compétent, ainsi qu'il est prévu à l'article 61.4 de la Loi Organique sur le Pouvoir Judiciaire, du 1er juillet 1985, au lieu du Tribunal de Première Instance correspondant prévu dans le système établi par l'Accord de Bruxelles.

L'alinéa 4) de l'article K.1 du Traité de l'Union Européenne fait expressément référence à la lutte contre la toxicomanie, en la considérant comme l'un des domaines que les Etats membres estiment relever de l'intérêt commun; il est également fait mention de la possibilité d'une coopération judiciaire en matière pénale pour cette même question. Il convient de tenir compte du fait que les Communautés Européennes ont adhéré partiellement à la Convention de Vienne de 1988.

L'alinéa 5) du même article K.1 se réfère à la lutte contre la fraude à l'échelle internationale, à laquelle on peut ajouter les poursuites pénales des Finances Communautaires. Ceci est un secteur qui préoccupe grandement la Commission et qui se heurte à de grosses difficultés techniques. Cependant, il faut tenir compte du fait que l'article 209 A du Traité constitutif de la Communauté Economique Européenne, introduit par l'article G du Traité de Maastricht, adopte la technique dite d'assimilation, qui pousse les Etats membres à adopter des mesures semblables à celles mises en oeuvre pour lutter contre la fraude touchant leurs propres intérêts financiers, en vue de combattre la fraude qui affecte les intérêts financiers de la Communauté. A

cet effet, l'Espagne a introduit certaines modifications dans la Loi Du Budget Général.

Un autre secteur auquel la coopération judiciaire en matière civile et pénale pourrait s'appliquer est celui des traités juridiques conclus dans le cadre de la Coopération Politique Européenne, parmi lesquels il convient de citer:

- l'Accord relatif à l'application de la Convention Européenne pour la répression du terrorisme entre les Etats membres des Communautés Européennes, adopté à Dublin le 4 décembre 1979;
- la Convention entre les Etats membres des Communautés Européennes sur l'application du principe «non bis in idem», établi à Bruxelles le 25 mai 1987;
- l'Accord entre les Etats membres des Communautés Européennes relatif à la simplification et à la modernisation des formes de transmission des demandes d'extradition, conclu à San Sebastian le 26 mai 1989;
- l'Accord entre les Etats membres des Communautés Européennes sur la transmission des procédures en matière pénale, adopté à Rome le 6 novembre 1990;
- et la Convention entre les Etats membres des Communautés Européennes sur l'exécution des condamnations pénales étrangères, signée à Bruxelles le 13 novembre 1991.

Les instruments juridiques élaborés dans le cadre de la Coopération Politique Européenne correspondent au modèle des traités internationaux classiques, étant donné qu'ils sont adoptés au cours d'une conférence intergouvernementale et que le dépositaire en est un Etat membre sous la présidence duquel ils sont signés. En majorité, ils sont conclus en suivant la technique introduite par l'Accord de Dublin de 1979 sur la répression du terrorisme. C'est-à-dire que la méthode consiste à transférer à l'aire communautaire certaines conventions adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe, avec les adaptations nécessaires.

Un autre domaine dans lequel la coopération judiciaire pourrait jouer un rôle important est celui du blanchiment d'argent provenant d'actes illicites, fondamentalement du trafic de stupéfiants et du terrorisme, une fois que la Directive 88/361/CE développant l'article 67 du Traité de la Communauté Européenne, en vue d'imposer la liberté de circulation des capitaux et des paiements au sein de la Communauté, sera entrée en vigueur. En Espagne,

l'application du droit communautaire a représenté la dépenalisation des délits monétaires décrits dans la Loi 40/79, du 10 décembre, sur le Régime Juridique du Contrôle des Changes, et a soulevé à la fin de l'année 1993, conformément à l'article 177 du Traité de la Communauté Européenne, diverses questions préjudicielles par la Juridiction Pénale Centrale. Il convient de tenir compte de la clause contenue dans l'article 4 de la Directive, dont on souhaite qu'elle fasse l'objet d'une application généralisée afin d'éviter certaines conduites punissables en relations avec, principalement, les infractions fiscales, le blanchiment de capitaux issus du trafic de stupéfiants et le trafic de fonds lié au terrorisme.

V. DIFFICULTES DE LA COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE CIVILE ET PENALE, INSTAUREE PAR LE TRAITE DE MAASTRICHT

La première difficulté à laquelle se heurte la coopération judiciaire établie par le Traité de l'Union Européenne est l'indétermination de son contenu, ce qui démontre le manque de planification en la matière, l'absence d'objectifs clairs et de principes de coordination définis. Cependant, il faut souligner que l'article K.5 du Traité de Maastricht invite les Etats membres à maintenir, dans les organisations et au cours des conférences internationales auxquelles ils sont amenés à participer, les positions communes adoptées en application des dispositions du Titre VI.

La deuxième difficulté consiste en ce que, conformément aux dispositions de l'article L du Traité de l'Union Européenne, l'ensemble de la coopération judiciaire en matière civile et pénale échappe à tout contrôle juridictionnel, du fait de l'exclusion expresse de la compétence de la Cour de Justice des Communautés, à la différence des Accords de 1968, sur la reconnaissance réciproque des personnes morales et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, lesquels accords reconnaissent la compétence préjudicielle de la Cour de Justice pour se prononcer sur l'interprétation de leurs dispositions. On ne distingue pas les raisons qui ont pu déterminer un tel changement de position, ce qui ne peut que susciter la profonde perplexité de la Conférence des Présidents des Cours Suprêmes et des Procureurs Généraux.

Cette inquiétude s'étend également au fait que la reconnaissance solennelle de la partie dogmatique de la Convention Européenne pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, figurant aux articles F.2, J.1.2 et K.2 du Traité de Maastricht, demeure elle aussi

exclue de la protection juridictionnelle de la Cour de Justice des Communautés, malgré la référence que fait l'article F.2 aux principes généraux du droit communautaire, ce qui pourrait justifier un certain contrôle de la part de la Cour du Luxembourg sur le respect du contenu dogmatique du Traité de Rome dans le cadre communautaire.

Quoi qu'il en soit, il faut tenir compte de la possibilité établie dans le dernier paragraphe de l'alinéa 2.c) de l'article K.3 de reconnaître la compétence de la Cour de Justice pour interpréter les dispositions des conventions tenues par le Conseil, cette décision relevant des Etats membres conformément à leurs normes constitutionnelles respectives.

La troisième difficulté posée par le Traité de l'Union sur la coopération judiciaire en matière civile et pénale est la non-participation des instances judiciaires qui sont en réalité les mieux placées pour connaître certains aspects de la coopération.

Toutes ces considérations conduisent la Conférence de Lisbonne à une vaste réflexion sur le véritable sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale dans le cadre de l'Union Européenne, afin d'essayer de comprendre quelles sont les conditions et les modalités qui s'imposent et quels sont les objectifs à poursuivre.

Pascual Sala SANCHEZ
Président de la Cour Suprême

La Coopération judiciaire civile et pénale est incorporée au Titre VI du Traité, qui contient les articles K. à K.9, dans lequel sont inclus un ensemble de matières que les Etats membres considèrent d'intérêt commun et sont décrites à l'article K.1:

- 1) La politique d'asile.
- 2) Les normes par lesquelles se régissent la traversée de personnes par les frontières extérieures des Etats membres et la pratique de contrôle sur ces personnes.
- 3) La politique d'immigration et celle relative aux ressortissants d'Etat tiers.
- 4) La lutte contre la toxicomanie.
- 5) La lutte contre la fraude à échelle internationale.
- 6) La coopération douanière.
- 7) La coopération policière pour la prévention et la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogues et autres formes graves de délinquance internationale.

Ces matières déclarées d'*intérêt commun* et incorporées au Titre VI émanent d'actions dispensées dans certains cas, concentrées dans d'autres, suggérées ou adoptées avant l'institutionnalisation de la Coopération politique par l'Acte Unique sans une base habilitante juridique précise mais bien politique. On remarque, comme antécédents historiques, les Rapports de Luxembourg de 1970, Copenhague de 1973 et Londres de 1981 et la Déclaration sur l'Union européenne de 1983 et fondamentalement les

«pratiques progressivement établies entre les Etats membres» auxquelles se réfère l'art. 1 de l'Acte unique européen et en particulier dans la coopération en matière de politique extérieure à laquelle se réfère le Titre III de l'Acte unique.

Dans l'Acte unique, figure une Déclaration politique des gouvernements des Etats membres sur la libre circulation des personnes dans laquelle se trouvent quelques-uns des éléments du Titre VI du Traité de l'Union européenne lorsqu'il est dit que: «*Dans le but de promouvoir la libre circulation des personnes, les Etats membres coopéreront, sous réserve des compétences de la Communauté, en particulier en ce qui concerne l'entrée, la circulation et la résidence des ressortissants des pays tiers. Ils coopéreront de même en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme, la criminalité, la drogue et le trafic d'oeuvres d'arts et d'antiquités*». La déclaration se complète avec une autre de caractère général sur les articles 13 à 19 de l'Acte, réservant le droit des Etats pour adopter les mesures qu'ils estiment nécessaires en matière de contrôle de l'immigration, de même qu'en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme, la criminalité, le trafic de drogues et le trafic d'oeuvres d'art et d'antiquités.

I. Acquis communautaire de la coopération judiciaire

L'acquis communautaire de la Coopération judiciaire dans le cadre de la Coopération politique européenne prévue dans l'Acte unique est constitué par 8 Traités, six de caractère pénal et deux de caractère civil.

Dans l'ordre pénal:

1) L'Accord de Dublin 1979 relatif à l'application de la Convention européenne pour la répression du terrorisme entre les Etats membres des Communautés européennes, de très peu de transcendance,

2) La convention de Donostia/Saint-Sébastien pour la transmission par Télécopieur des demandes d'extradition qui fut ouvert aux signatures pendant la présidence espagnole et qui, bien qu'il ne change pas les grands principes de la Convention européenne d'extradition, incorpore – ex novo – la possibilité que les documents soient transmis par télécopieur avec un système cryptographique,

3) La Convention sur le transfert des condamnés qui s'appuie sur la Convention du Conseil de l'Europe de ce nom et qui maintient les principes fondamentaux de celui-là, comme la nécessité du consentement du condamné, le manque d'un droit subjectif au transfert et l'application d'un système de conversion de la condamnation introduisant, en ce qui concerne la Convention du Conseil de l'Europe, le fait que n'est pas nécessaire la qualité de

ressortissant de l'Etat de purgation de la peine si le transfert est au bénéfice du condamné. En même temps que celles-ci, la Convention sur la transmission de procédures pénales, la Convention sur l'exécution d'arrêts pénaux étrangers et la Convention sur le principe «ne bis in idem.»

Dans le domaine du Droit privé, les conventions qui exposent le dénommé *espace judiciaire européen* sont: la Convention sur la suppression des légalisations de documents dans les pays de l'Union européenne et la Convention sur la simplification des procédures sur le recouvrement de crédits alimentaires.

Dans la majorité des cas, leur caractère le plus remarquable a été la technique utilisée qui a consisté en l'application entre les 12 Etats membres des Conventions ou Accords du Conseil de l'Europe facilitant leur exécution dans un domaine plus réduit.

II. Conclusions

On peut conclure que la collaboration dans le domaine de la Justice se matérialisait déjà dans une action convergente des Etats membres instrumentée avec ladite technique de la coopération qui, soutenue par l'unanimité des décisions, excluait les institutions d'intégration comme sont le Parlement européen et la Commission et maintenait la souveraineté des Etats dans leur expression la plus traditionnelle. Cette coopération, qualifiée comme / intergouvernementale, a été envisagée dans les conventions de l'espace judiciaire européen citées antérieurement.

Le Traité de l'Union européenne ne modifie pas formellement cette situation mais introduit des variations notoires puisqu'entrent dans l'Union des domaines spécialement importants de réserve de pouvoir des Etats, incorporant comme nouveauté non seulement le caractère d'*intérêt commun* de la Coopération judiciaire civile et pénale, c'est-à-dire, l'intégration de cette coopération dans l'Union européenne mais aussi le mécanisme dénommé passerelle instauré dans l'Accord de Dublin de 1979 sur la répression du terrorisme, en vertu duquel, dans les six premiers domaines prévus à l'art. K.1., le Conseil pourra décider par unanimité sa communitarisation en appliquant la voie de l'art. 100 C du Traité CEE réformé.

Les techniques normatives utilisées dans le cadre du Titre VI diffèrent des spécifiquement communautaires aussi bien en ce qui concerne l'élaboration des actes que dans l'expression formelle de ceux-ci. Il n'y a pas, en conséquence, des Réglements et des Directives, des normes traditionnelles du Droit dérivé mais des positions, des conventions et des actions communes.

Du point de vue institutionnel, le Traité de l'Union européenne introduit un nouveau dessin de compétence qui incorpore le Conseil et le Parlement à la Commission chacun d'eux ayant une incidence différente de celle prévue dans l'Acte unique et dans laquelle reste exclus uniquement le Tribunal de Justice. Même s'il ne dispose pas de compétences identiques à celles prévues dans le dénommé premier pilier, la Commission est pleinement associée aux travaux. Le Parlement européen sera informé régulièrement sur les travaux en cours et sera consulté par la Présidence sur les principaux aspects de l'activité relative aux domaines du Titre VI, la Présidence assumant la charge de veiller à ce que l'on tienne compte des opinions du Parlement européen, celui-ci pouvant formuler les questions ou les recommandations au Conseil.

Comme organes singuliers de ce Titre VI, on crée le Comité de Coordination de Hauts Fonctionnaires et l'organe d'information policière EUROPOL. Le comité créé par l'art. K.4 contribue à préparer les travaux du Conseil des Ministres parallèlement au COREPER et a, en plus une fonction consultative autonome en relation directe avec le Conseil. Il constitue le sommet d'un important nombre d'experts groupés en trois Groupes Directeurs: le premier qui aborde les matières d'immigration et d'asile, le second qui étudie les aspects de sécurité et de respect aux lois, la coopération policière et douanière et le troisième dont l'objet de travail est la coopération judiciaire.

Tous les domaines d'action du Titre VI souffrent d'une limitation découlant du principe de subsidiarité dans la mesure où, conformément à l'art. K.1., les actions à développer le sont sous réserve des compétences de la Communauté européenne et elles ne sont possibles que dans la mesure où les objectifs de l'Union peuvent être atteints plus facilement à travers une action commune que par l'action isolée des Etats membres.

La distinction entre la Coopération dans le Droit civil et pénal est importante. Dans le domaine du Droit privé l'initiative se partage entre la Commission et les Etats membres et il y a une place pour le mécanisme de passerelle cité antérieurement. Dans la Coopération judiciaire pénale, l'initiative correspond exclusivement aux Etats, la Commission restant exclue.

III. Perspectives de futur

Les perspectives de futur passent dans le domaine civil par l'adoption prévisible d'une Convention sur la reconnaissance et l'exécution d'arrêts en relation avec les matières non couvertes par la Convention de Bruxelles de 1968.

Dans le domaine pénal, les actions les plus immédiates dans le cadre du Groupe ou du Comité directeur III se centrent dans un modèle uniforme pour des commissions rogatoires pénales et dans une Convention sur l'efficacité extraterritoriale des sanctions de suppression des permis de conduire.

L'Union européenne continue à approfondir le problème de la suppression des fraudes au budget communautaire et dans l'application de l'article 209 A du Traité de l'Union exposant la technique dénommée de l'assimilation en vertu de laquelle les Etats membres se voient obligés à adopter les mêmes mesures pour combattre la fraude affectant les intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils adoptent pour combattre la fraude qui affecte leurs propres intérêts financiers ce qui peut déterminer, par application du principe d'effet direct, la redéfinition de quelques types pénaux dans les Etats membres particulièrement quelques délits économiques et ceux commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions.

Le projet qui se trouve le plus avancé est constitué par la Convention en matière d'extradition qui a sa base dans un document élaboré par l'Espagne et présenté dans la Conférence de Funchal sous la Présidence de la République portugaise.

Finalement les travaux dans le cadre de la criminalité organisée de caractère international qui abordent des aspects qui peuvent incider directement non seulement sur la Partie spéciale mais, aussi, sur les Parties générales des Codes pénaux des Etats de l'Union européenne.

Le développement très rapide que le Traité fait de la coopération civile et pénale offre la possibilité d'un large développement futur vu qu'il n'existe aucune limite matérielle et cela dépend, finalement, de la volonté politique des propres Etats.

Dans cette direction pleine d'espoir s'est exprimée la Commission dans sa Communication au Conseil et au Parlement du 2 juin 1993 dans laquelle elle signalait que «l'entrée en vigueur du Traité de l'Union et spécialement son Titre VI peut être une bonne occasion pour que les Etats renforcent leur coopération judiciaire et donnent un nouvel élan à leurs travaux dans cette matière et elle a anticipé que la Commission offrira tout son appui au processus initié.

Javier Balaguer SANTAMARIA
Procureur du Secrétariat technique
du Ministère public espagnol.

UNITED KINGDOM

*

ROYAUME-UNI

*Introduction**

1. Judicial co-operation in criminal and civil matters at the level of the Twelve did not begin with the Maastricht Treaty. Over a number of years, it had developed in various *fora* where both legal and practical problems affecting relations between the member States could be discussed by experts in the judicial co-operation field and solutions explored. This process of intergovernmental co-operation was carried on for the most part within the framework of international law and therefore outside the framework of the Community Treaties. Each Member State rightly retains and jealously guards its own distinctive criminal and civil legal system, and has opposed the notion of Community competence over the organisation of the courts and administration of justice, rules of evidence and criminal procedures, penalties and remedies. There is nevertheless a long-acknowledged need to co-operate closely with other Member States in order to improve the efficiency and interaction of legal systems.

2. More recently, this co-operation has taken place within the European Political Co-operation framework formalised by the Single European Act of 1986. Those discussions - conducted mainly within the criminal and civil Judicial Co-operation Working Groups - have greatly improved mutual understanding of problems arising in the judicial co-operation field and have led to progress in a number of areas. Sometimes problems which have arisen from practitioners' lack of knowledge or understanding of the legal systems, laws or procedures in other Member States could be resolved by discussion and by the exchange of information and experience. The value of personal contact in such circumstances should not

* Paper by the United Kingdom.

be underestimated. But it was also found that some problems could only be met by the development of conventions or other legal agreements between the Member States. This led to the drafting of a number of such instruments. In some cases (such as the Convention on the Transfer of Sentenced Prisoners) these modified, as among the Twelve, Council of Europe Conventions covering various aspects of international co-operation in criminal or civil matters. Others such as the Telefax Convention (on the simplification of methods of transmitting extradition requests), broke new ground. It has to be acknowledged, however, that whilst many Member States showed considerable enthusiasm for signing the new Conventions as soon as they were opened for signature, there have been relatively few ratifications since then. Monitoring the state of signature and ratification of these and relevant Council of Europe Conventions has for some years been a regular feature of judicial co-operation meetings. However, it was only during the Belgian Presidency in 1993 that a systematic attempt was made to establish the intentions of Member States in regard to future ratification of the most important of these conventions and to identify difficulties which were holding up ratification. A further necessary stage in this process might be to examine, in the light of the reasons given for non-ratification, whether the conventions need to be amended - or indeed whether they continue to be needed at all. Since conventions form the bedrock of international co-operation in criminal and civil matters, it is clearly important to ensure that such conventions are up-to-date and relevant.

3. In parallel with the earlier criminal and civil judicial co-operation work, co-operation between the Member States was developing in other areas within the fields of justice and home affairs, aimed at tackling a range of common problems in the law enforcement area, the fight against illegal immigration and drug trafficking. All these various forms of co-operation, including judicial co-operation, are brought together under a unified framework within the Title VI provisions of the Treaty on European Union. The unified framework maintains the intergovernmental character of the work - a matter to which the United Kingdom attaches great importance. The provisions of Title VI, and the overall structure of the Treaty on European Union, are such as to ensure that no supranational Community law is created as a result of co-operation under Title VI.

4. The new arrangement under Title VI for three senior Steering Groups operating under the Article K4 Committee, with Working Groups established under each of the Steering Groups to deal with specific topics, provides the opportunity for more focused concentration of work on those topics than perhaps was possible in the past. This in turn offers the prospect of faster

progress. In the judicial co-operation field, signs of this can already be seen in the progress being made in the continuing work on extradition, on international organised crime and on fraud against the Community Budget. The new structures also provide the potential for greater flexibility in handling horizontal issues or overlap between subjects.

5. In addition, Title VI retains the wide range of measures traditionally available to international co-operation - for example, the Council can act through joint actions, joint positions and resolutions as well as other intergovernmental instruments. Also available are conventions which the Council can draw up and then recommend to Member States for adoption in accordance with their constitutional arrangements. Joint positions and joint actions need not be of a legally binding character, although in appropriate circumstances they may be. Whether or not they are legally binding will depend on what status the Member States want to give them and the way they are phrased. An early example of a proposed legally binding joint action is to be found in the UK's initiative for a joint action on fraud against the Community Budget.

6. The need for improved judicial co-operation between Member States of the European Union has never been greater. The introduction of the single market encourages growth in trade, traffic and transactions of all kinds but inevitably brings with it growth in *illegal* traffic - in crime, drug trafficking, money laundering etc. As international travel increases, so too do the opportunities for transnational crime. The traditional instruments of co-operation to combat cross-border crime - extradition, mutual legal assistance, etc -, with their traditional safeguards, are having difficulty in keeping pace with developments within the criminal field. The speed with which an EC citizen can move between Member States is by no means matched by the time it can take to extradite a person from one Member State to another. At the same time, the capacity of mutual legal assistance arrangements to deal effectively with international crime depends very much on the ability and will of Member States to co-operate in providing evidence, rather than, for example, relying on reasons for not co-operating, such as banking secrecy. In a Union of countries based on democratic principles and sharing similar perceptions and values of justice, it should be possible, on the basis of the confidence we have in each other's legal systems, to do away with some of the traditional barriers to judicial co-operation and to speed up the process of bringing offenders to trial.

7. That has been the approach of the UK in proposals which it introduced during its Presidency with the aim of speeding up and simplifying extradition

between the Member States. Many of the traditional barriers - or safeguards to extradition were conceived in previous centuries, when extradition was seen primarily as a tool to recover and punish the State's political enemies. It should be seen now rather as one of the most important weapons available to the Member States to deal with people who commit serious offences and then flee the jurisdiction where they committed them, in a bid to escape justice. Quicker, more efficient, procedures are part of the story - and a number of steps have already been taken to improve procedures and other partners' knowledge of them - for example through the issue of an extradition manual which describes the extradition procedures of all the Member States and provides contact points to facilitate rapid communications. But real improvement requires changes in the conditions under which extradition takes place, through removing or reducing the legal impediments which cause extradition requests to fail or cause them to take years to achieve.

8. The important statement on extradition which Justice Ministers agreed at Limelette in September last year, and which was endorsed by the Justice and Home Affairs Council in November, set an agenda of work identifying a number of specific extradition improvements on which it is hoped to reach agreement between the Member States by the end of this year. The aim is to agree upon a convention modifying, as between the Twelve, the European Convention on Extradition. As the Council agreed in March, this is important work which needs to be progressed quickly - but progress will depend on political will.

9. There is no doubt that in order to improve and further refine international co-operation against crime, the sovereign states of the new Europe and elsewhere will need to agree to improve their laws, to align them in key areas to avoid gaps opening up which criminals could exploit, to strengthen their law enforcement and to develop effective forms of joint action for use wherever a crime or a criminal crosses a border. But that does not mean or require harmonisation, for what matters is not the precise wording of national legislation - nor indeed whether it is identical to that of other Member States - but rather whether it is *effective* in facilitating co-operation. Provided the same common end can be achieved, it does not matter if the legal means adopted in the Member States to achieve that end are different. Joint action and co-operation will have to continue to be based on developing and ratifying conventions, treaties and agreements to deal with shared problems in the criminal justice field. Title VI of the Maastricht Treaty provides the means for achieving this.

SUMMARY

RESUME

1. Legal co-operation between the Member States of the European Union shared and followed the ideal of building up Europe. It is therefore a continuously developing process that draws from the solutions adopted the ability to go deeper.

2. Since the beginning, it abided to certain requirements that correspond essentially to the following principles:

- complementarity with the work carried out in other international fora, in particular the Council of Europe and the Hague Conference on Private International Law, by way of developing the fundamental principles embodied in the conventions adopted within such fora;
- deepening and simplifying the instruments of these fora, on the assumption that the recognition of special affinities and common values between the Members of the European Union allows for the adoption of a simplified legal framework within which more complex and elaborated solutions can be replaced with a more flexible approach;
- recognising the evolution of the process of European integration towards the respect of the four freedoms, in particular the freedom of movement of persons in the territory of the Union.

3. Previously, legal co-operation was carried out at inter-governmental level, within European Political Co-operation and outside the framework of the Community. The Maastricht Treaty, through the third pillar of

the new European Union (fields of Justice and Home affairs) reinforced and up-graded it. Under the terms of that Treaty, member States deem that legal co-operation in both civil and criminal matters is a matter of common interest regardless of the reasons underlying co-operation, i.e. cooperation may be carried out for any of the purposes listed in Article B of the Treaty. It appears therefore that there was a real change in the organisation of co-operation since the latter is now envisaged within a common institutional framework, and the measures to be taken are decided upon by the Council of Ministers of Justice and Home Affairs. After closer examination, however, one will see that change is rather limited in its effects.

4. Therefore, the new legal co-operation finds itself in the middle of a crossroads and the future of Europe obliges it to cross it. The main challenges will probably be: (a) a common European citizenship, (b) a new concept of European solidarity with a view to building up a deepened European ideal and (c) the need for the States to set up, upon their clearly expressed and free will, a real “European legal forum”.

5. Legal co-operation will be allowed to pursue on the basis of different means, e.g. the preparation of international conventions, the adoption of common stands, carrying out common action, real deepening of bilateral and multilateral co-operation, bringing national legislation closer. Its immediate aim will be, in civil matters, the legal security of citizens (enlargement of the scope of the Brussels Convention and preparation of an instrument with a view to simplifying and speeding up the procedures for the transmission of documents and service of writs) and, in criminal matters, improvements in respect of extradition and the fight against international organised crime.

6. Reinforcement of legal co-operation presupposes mutual trust and permanent dialogue between judicial institutions of the member States of the European Union; it is not possible unless judges and prosecutors are associated with the work carried out in this field. The Europe of judges and prosecutors is forthcoming: it shall be built only by legal means, together with the judges.

7. Bringing closer judges and prosecutors means i.a.:

- establishing direct and privileged contacts between the competent judicial authorities (e.g. with the help of a European yearbook of judicial authorities, indicating where and how they can be reached, as well as the territory over which they have jurisdiction) notably by using new technologies for processing and disseminating information;
- deepening the existing ways and means of co-operation between such authorities (e.g. by giving a formal status to the meetings of the heads of corps of the supreme courts and organising such meetings more frequently);
- appointing liaison judges and prosecutors that could facilitate and promote contacts between authorities in different States;
- setting up information networks concerning the legal and judicial systems of the European Union, in particular legislation, case-law and doctrine;
- providing prosecutors and judges with initial and in-service training in European Law as well as the law of the other member States of the European Union. A new prosecutor/judge, with community and European training, is necessary in order to take up the challenges of the future.

8. Judicial co-operation must respect the primacy of Human Rights within the framework of the European Convention on Human Rights. Already indispensable in past co-operation, respect for human rights brings about a new dimension and greater guarantees to the protection of the rights liberties and safeguards of the European citizens, with a view to more transparency and to bringing closer citizens and legal institutions.

1. La coopération judiciaire entre les pays membres de l'Union Européenne a partagé et accompagné l'idéal de construction européenne. Il s'agit, donc, d'un processus toujours en évolution qui puise, dans les solutions adoptées, la capacité de son propre approfondissement.

2. Elle a obéi, dès le début, à certaines conditions correspondant essentiellement aux principes d'action suivants:

- complémentarité de l'effort poursuivi dans d'autres enceintes internationales, notamment le Conseil de l'Europe et la Conférence de la Haye de droit international privé, à travers le développement des principes fondamentaux consacrés dans les Conventions adoptées au sein de ces instances.
- approfondissement et simplification des instruments de ces organismes, étant donné que la reconnaissance des affinités particulières et des valeurs communes, entre les membres de l'Union Européenne, permet l'adoption d'un cadre juridique plus simple, où aux solutions techniquement plus complexes et élaborées correspondent des solutions qui viabilisent une application plus souple.
- reconnaissance de l'évolution du processus d'intégration européenne, dans le sens du respect des quatre libertés, notamment la libre circulation des personnes sur le territoire communautaire.

3. Entreprise auparavant au niveau intergouvernemental, dans le domaine de la Coopération Politique Européenne et en marge du cadre de

référence communautaire, cette coopération s'est vu renforcée et haussée, par le traité de Maastricht, au niveau de troisième pilier de la nouvelle Union Européenne (domaines de la Justice et de l'Intérieur). Par ce même traité, les Etats membres ont considéré d'un intérêt commun la coopération juridique en matière civile et pénale, indépendamment de la cause qui donne origine à la coopération, c'est-à-dire, la coopération peut s'effectuer pour la réalisation de tous les buts énumérés dans l'article B du même texte. Il semble, donc, qu'il y a eu un véritable changement quoique, après un examen plus approfondi, plutôt limité dans ses effets, en matière d'organisation de la coopération elle-même, du fait que celle-ci est maintenant envisagée dans un cadre institutionnel commun, et les mesures à entreprendre sont décidées par le Conseil des Ministres de la Justice et de l'Intérieur.

4. La nouvelle coopération judiciaire se trouve, donc, devant un carrefour que l'avenir de l'Europe oblige à croiser et dont les principaux défis seront probablement: une citoyenneté commune européenne, une nouvelle notion de solidarité européenne en vue de la construction d'un idéal européen approfondi, le besoin de création d'un véritable "forum judiciaire européen", créé par volonté expresse et libre des Etats.

5. La coopération judiciaire pourra continuer à se déployer à l'aide de différents instruments: préparation de Conventions internationales, définition de positions communes, adoption d'actions communes, approfondissement réel de la coopération bilatérale et multilatérale entre les Etats, rapprochement des législations nationales. Elle aura pour buts immédiats, en matière civile, la sécurité juridique du citoyen (extension du champ d'application de la Convention de Bruxelles et élaboration d'un instrument visant à simplifier et à accélérer les procédures de transmission d'actes) et, en matière pénale, l'amélioration des conditions d'extradition et la lutte contre la criminalité organisée internationale.

6. Le renforcement de la coopération judiciaire présuppose la confiance mutuelle et le dialogue permanent entre les institutions judiciaires des pays membres de l'Union Européenne et n'est possible que par l'association des magistrats aux travaux menés dans ce domaine. L'Europe des magistrats est là et elle ne se construira que par le droit et avec les juges.

7. Un tel rapprochement des magistrats passe notamment par:

- l'établissement de rapports directs et privilégiés entre les autorités judiciaires compétentes (v. g. à l'aide d'un annuaire européen de ces autorités, qui indiquerait leurs références et l'étendue territoriale de leur compétence), notamment à l'aide des nouvelles technologies de traitement et diffusion de l'information;
- l'approfondissement des voies de coopération existantes entre ces autorités (v. g. en institutionnalisant les réunions des chefs de corps des cours suprêmes à des intervalles plus rapprochés);
- la désignation de magistrats de liaison, susceptibles de favoriser et de promouvoir le contact entre les autorités de différents Etats;
- la création de réseaux d'information sur le fonctionnement des systèmes juridiques et judiciaires de l'Union Européenne, notamment sur leur législation, jurisprudence ou doctrine;
- la formation initiale et continue des magistrats en matière de droit européen et du droit des autres pays membres de l'Union Européenne. Un nouveau magistrat, de formation communautaire et européenne, s'impose pour répondre aux défis de l'avenir.

8. La coopération judiciaire, finalement, devra respecter la primauté accordée aux droits de l'homme et être exercée dans le cadre de la Convention européenne sur ces mêmes droits. Condition nécessaire, déjà, à l'ensemble de la coopération entreprise dans le passé, ce respect apporte une dimension nouvelle et une garantie accrue à la protection des droits, libertés et sauvegardes du citoyen européen, dans un souci de transparence et de rapprochement de celui-ci par les institutions chargées de dire le droit.

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

RUI MANUEL MOURA RAMOS
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**A CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO:
O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO NA CODIFICAÇÃO
INTERNACIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO***

* Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado – San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991.
Publicação autorizada pelos Editores, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos RAMON CARANDE.

Sumário

1. ANTECEDENTES. 2. A PRIMEIRA FASE DAS CONFERÊNCIAS DA HAIA. 3. A PARTICIPAÇÃO DE PORTUGAL NESTA ETAPA. 4. O PERÍODO ENTRE AS DUAS GUERRAS MUNDIAIS E O INÊXITO DOS ESFORÇOS NELE DESENVOLVIDOS. 5. A ACTIVIDADE DA CONFERÊNCIA DA HAIA DURANTE A SEGUNDA FASE, POSTERIOR À RESPECTIVA INSTITUCIONALIZAÇÃO. 6. PORTUGAL E OS TRABALHOS E REALIZAÇÕES DA CONFERÊNCIA DA HAIA, NA SUA SEGUNDA FASE. 7. A DINÂMICA DA CONFERÊNCIA, A SUA "CIRCUNSTÂNCIA" E AS PERSPECTIVAS DA SUA ACÇÃO FUTURA: BREVE ESBOÇO.

1. Antecedentes

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, a organização intergovernamental de todos conhecida pelo seu trabalho na unificação progressiva das regras deste ramo do direito, mergulha as suas raízes no movimento uniformizador desenvolvido em torno da nossa disciplina que teve em Mancini o seu principal impulsionador. Foi com efeito este autor que em 1861 propôs ao Governo italiano que examinasse os meios mais convenientes para diminuir ou fazer desaparecer as controvérsias a que davam lugar os conflitos de leis a aplicar às pessoas, aos bens e aos actos jurídicos. E que, face ao inêxito dos passos que se seguiram, retomaria dois anos depois a iniciativa, agora através de uma proposta à Câmara dos Deputados, em que sugeria a revisão geral dos tratados, designadamente dos que se referiam à garantia dos direitos civis nacionais no estrangeiro. Na sequência desta

insistência de (e de uma outra de 1866), o Governo italiano encarregá-lo-ia inclusivamente de estabelecer contactos com alguns dos seus homólogos europeus (o francês, o alemão e o belga) em ordem à possível fixação de regras comuns quanto, nomeadamente, à condição dos estrangeiros, ao alcance e à garantia dos seus direitos e ao respectivo exercício, em particular no que tange à lei aplicável ao estado, à capacidade, à propriedade, às sucessões e aos actos jurídicos.

Se a instabilidade política europeia da época não permitiria que os esforços de Mancini viessem a ser bem sucedidos, ela seria contudo insuficiente para lhe travar a determinação. E é assim que o vemos propor ao Instituto de Direito Internacional, logo na sessão fundacional de 1973, que se tornassem obrigatórias para todos os Estados civilizados, sob a forma de tratados, certas regras uniformes que assegurassem a decisão, também uniforme, dos conflitos de leis. Sensível a uma tal necessidade, o Instituto criaria desde logo uma comissão para estudar o problema e formular os princípios que pudessem servir de base à codificação do DIP. E. Mancini, que integrava a comissão, obteria de pronto o apoio, para tal tarefa, do Governo e da Câmara italianos.

A Comissão do Instituto apresentaria em 1874, na sessão de Genebra, o relatório de Mancini e Asser cujas conclusões reforçavam as ideias do primeiro e propunham que os tratados a elaborar para a codificação do DIP assentassem em projectos do Instituto e fossem depois discutidos em conferências diplomáticas. Metodologia que, no que toca ao último dos passos referidos (a convocação da conferência diplomática) fora entretanto ensaiada pelo Governo holandês que nesse sentido se dirigira oficialmente aos demais Estados europeus.

Se esta como outra iniciativa congénere (agora de 1877, e do Governo italiano) não dariam porém quaisquer frutos, caberia de novo a Mancini, entretanto nomeado Ministro italiano dos estrangeiros, retomar em 1881 os seus esforços iniciais, agora em nome do Governo italiano, para a celebração de uma conferência de direito internacional privado, a exemplo do que entretanto ocorrera na América Latina¹. As negociações pareciam correr da melhor forma e a ordem dos trabalhos seria estabelecida, na sequência de uma sugestão de Twiss (presidente da conferência da Associação para a reforma e a codificação do direito internacional, realizada em Milão em 1883), em torno da questão da execução das sentenças estrangeiras (sobre que Mancini

1. Para uma síntese dos passos entretanto dados neste sentido na América Latina, cf. a obra de T. de Maekelt, "General Rules of Private International Law in The Americas. New Approach", *R. des C.*, t. 177 (1982-IV), p. 195 e s., especialmente p. 221 e s.

elaboraria um primeiro projecto), sem que de todo se abandonasse o quadro de objectivos mais gerais inicialmente delineado. Apesar do apoio expresso de vinte e dois Estados (europeus e latino-americanos), que em alguns casos chegariam a nomear as respectivas delegações, a conferência não viria porém, por razões técnicas, a ser convocada, perdendo-se assim a oportunidade de levar a cabo o desiderato que os persistentes esforços de Mancini haviam prosseguido.

Mas a semente estava lançada. E o êxito que fora negado a Mancini lográ-lo-á Asser, que em fins de 1891 propõe ao Governo holandês que tome a iniciativa de uma conferência internacional sobre a codificação do DIP. No ano seguinte, o Governo holandês inicia de facto as negociações com os demais Estados, a quem submete um memorando justificativo da convocação da conferência, e um projecto de programa, na forma de questionário, contendo os princípios gerais relativos ao estado e capacidade das pessoas, bens e direitos reais, substância e forma dos actos jurídicos e direitos da família. Negociações que seriam de facto coroadas de êxito permitindo a convocação em 1893 da primeira das conferências da Haia de Direito Internacional Privado.

2. A primeira fase das Conferências da Haia

A primeira Conferência da Haia reuniria, assim, entre 12 e 27 de Setembro de 1893, treze Estados europeus, vindo a aprovar, no fim dos seus trabalhos, regras uniformes sobre o casamento, a comunicação de actos judiciais e extrajudiciais, as cartas rogatórias e as sucessões, que constariam do protocolo final, e que assim eram sujeitas à aprovação dos Governos nela representados.

Dando seguimento a um voto formulado pelos delegados presentes, o Governo holandês convocaria depois para o ano seguinte a segunda Conferência da Haia que, para além das matérias cujo debate se iniciara naquela primeira ocasião (casamento, sucessões e processo), se deveria ainda debruçar sobre as questões da tutela e da falência – o que aconteceria no período que mediou entre 26 de Junho e 13 de Julho, agora com a presença de quinze países.

A parte das conclusões referente ao processo civil seria depois autonomizada, constituindo o objecto de um primeiro projecto de Convenção que o Governo holandês comunicaria em seguida aos demais Estados que haviam participado nos trabalhos. E que, assinado a 14 de Novembro de 1896 por 8 Estados, se transformaria na Convenção sobre processo civil que recolheria entretanto a adesão dos demais, de tal modo que, depositadas as

ratificações respectivas a 27 de Abril de 1899, viria a entrar em vigor na ordem internacional a 25 de Maio desse ano.

Entretanto, e em ordem a falicitari a prossecução dos trabalhos assim iniciados e a possibilitar a convocação de uma terceira conferência, o Governo holandês, num passo que seria em breve seguido por outros Estados, criaria uma Comissão especial com aquele objectivo. Sob a direcção de Asser a Comissão reviu as conclusões das conferências anteriores que se afiguravam susceptíveis de ser objecto de uma aprovação definitiva, organizando assim um projecto de programa de trabalhos em torno das matérias que haviam constituído já objecto de debate nas sessões anteriores: casamento, tutela de menores, sucessões, testamentos e doações *mortis causa*. Comunicado aos Governos que até então se tinham mostrado interessados, o projecto, acompanhado das observações a seu propósito recebidas dos Estados, seria depois apresentado como documento base de trabalho à terceira Conferência, que se reuniria de novo na Haia, entre 25 de Maio e 18 de Junho de 1900.

Do protocolo final desta reunião constavam quatro projectos de Convenção — Conflitos de leis em matéria de casamento (condições de validade); e Conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas, de tutela de menores, e de sucessões, testamentos e doações *mortis causa*. E nele figurava ainda o voto de que o Governo holandês comunicasse aos demais Estados as conclusões dos trabalhos realizados sobre os efeitos do divórcio e de separação de pessoas, a tutela de maiores e a falência e a expedição de certificados. Isto de modo a que os Governos se pudessem pronunciar sobre eles em termos de poderem constituir objecto de aprovação em ulterior conferência. Igualmente se propunha o estudo posterior da competência dos tribunais em matéria de sucessões, testamentos e doações *mortis causa*.

Os três projectos inicialmente referidos² seriam assinados na Haia em 12 de Junho de 1902, por 12 Estados, dando origem às convenções sobre os conflitos de leis em matéria de casamento, os conflitos de leis e jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas e a tutela de menores. Texto cuja ratificação rápida por parte de sete dos Estados envolvidos permitiria que o depósito respectivo se verificasse a 1 de Junho de 1904, entrando as Convenções em vigor em 1 de Agosto do mesmo ano entre esses Estados.

A fim de completar a discussão sobre os demais temas objecto dos trabalhos da terceira Conferência, o Governo holandês organizaria o projecto

2. Uma vez que o quarto, relativo às sucessões, testamentos e doações não recolheria o necessário consenso.

de programa de uma quarta Conferência, prevista para 1903, no qual incluiria a revisão da Convenção sobre processo civil, o projecto sobre as sucessões votado na sessão precedente e as regras relativas aos efeitos dos casamentos sobre a pessoa da mulher e os bens dos cônjuges, os efeitos do divórcio e da separação de pessoas e a tutela de maiores. E enviaria, no seguimento da prática estabelecida, os textos em causa aos Estados membros na expectativa das observações que sobre estes entendessem formular.

A quarta Conferência decorreria de 16 de Maio a 7 de Junho de 1904 e os seus resultados saldar-se-iam pela redacção de cinco projectos de Convenção – um relativo ao processo civil, que substituíra o texto inicial de 1896³; outro sobre os conflitos de leis em matéria de sucessões e testamentos; um outro sobre os conflitos de leis relativos aos efeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos cônjuges nas relações pessoais e sobre os respectivos bens; ainda um outro sobre a interdição e medidas de protecção similares; e, finalmente, outro sobre a fálência. E, como acontecera nas ocasiões anteriores, incentivava-se o Governo holandês a que se encarregasse de transformar em convenção os textos aprovados e prosseguisse o trabalho de convocação de futuras conferências.

Na sequência deste voto e dos esforços do Governo holandês, seriam assinadas a 17 de Julho de 1905 quatro novas convenções: uma sobre o processo civil, substituindo os textos de 1896 e 1897; outra relativa aos efeitos do casamento; a terceira, referente à interdição e medidas de protecção análogas; e, finalmente, a última, sobre os conflitos de leis em matéria de sucessões e de testamentos. Delas, apenas as três primeiras entrariam em vigor na ordem internacional, respectivamente a 27 de Abril de 1909 (depositadas as ratificações a 24 do mesmo mês), quanto à relativa ao processo civil, e a 23 de Agosto de 1912, no que se refere às convenções sobre os efeitos do casamento e a interdição e medidas análogas de protecção (cujos instrumentos de ratificação haviam sido depositados a 24 de Junho do mesmo ano).

3. A participação de Portugal nesta etapa

Portugal participaria plenamente nesta primeira fase dos trabalhos das conferências da Haia. O Governo português é um dos vinte e dois Estados que haviam manifestado o seu desejo de participar na primeira conferência projectada sobre a execução das sentenças estrangeiras, que, prevista para

3. Também foi aprovado um protocolo adicional que completava aquele texto e que assinado a 22 de Maio de 1987 com ele entraria em vigor.

1885, acabaria por não se realizar. E fez-se representar em todas as quatro conferências, ratificando o conjunto das convenções delas saídas⁴ e assinando inclusivamente a Convenção de 1905 sobre as sucessões, que no entanto não chegaria jamais a entrar em vigor na ordem internacional⁵.

E muito embora a delegação portuguesa às quatro referidas conferências não integrasse qualquer nome da internacionalística portuguesa⁶, o certo é que foi profunda a atenção que aos textos delas saídos dedicou a nossa doutrina. Para além da publicação de compilações várias de instrumentos convencionais em que eles são incluídos⁷, deve salientar-se o trabalho que Machado Vilela, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, lhes devotou, quer no seu extenso *Estudo sobre as Convenções da Haya de direito internacional privado*⁸, quer nas longas análises inseridas a propósito do

4. No que se refere à Convenção sobre o processo civil, de 1886, e ao protocolo adicional de 1897, a aprovação (Carta de lei de 7 de Julho de 1898) e a ratificação portuguesas (Carta régia de 28 de Julho de 1889, publicada no *Diário do Governo*, n.º 116, de 4 de Maio de 1898) antecedem mesmo a sua entrada em vigor no plano internacional. Quanto às demais, diferentemente, a ratificação portuguesa segue de perto a transformação destes textos em regras de direito internacional público. É assim que as três Convenções de 1902 (conflitos de leis em matéria de casamento; conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas; e tutela de menores) são aprovadas por Carta de lei de 20 de Dezembro de 1906 e ratificadas por Carta régia de 7 de Fevereiro de 1907 que, depositada a 2 de Março seguinte, se acha publicada no *Diário do Governo*, n.º 62, de 18 de Março de 1907. A Convenção de 1905 relativa ao processo civil, aprovada por lei de 17 de Outubro de 1908, seria ratificada por Carta régia de 31 de Março de 1909 e encontra-se publicada no *Diário do Governo*, n.º 96, de 8 de Maio de 1909. Finalmente, as Convenções sobre os conflitos de leis relativos aos efeitos do casamento e à interdição e providências de protecção análogas, aprovadas por lei de 17 de Setembro de 1908, foram ratificadas por Carta de confirmação e ratificação de 12 de Julho de 1912, publicada no *Diário do Governo*, n.º 175, de 27 de Julho de 1912.
5. Em Portugal, seria aprovada por lei de 17 de Setembro de 1908, mas não chegaria a ser ratificada, pois que um dos seus artigos (o 8.º) previa que este acto coincidiria com o da ratificação da futura convenção relativa à competência e ao processo em matéria de sucessões e de testamentos – que não chegaria a ser aprovada.
6. Os representantes portugueses foram, com efeito, o Barão de Sendal (encarregado de negócios de Portugal na Haia), na primeira conferência, o Conde de Tovar (Ministro de Portugal na Haia), na segunda, e o Conde de Selir (enviado extraordinário e Ministro Plenipotenciário de Portugal na Haia), na terceira e na quarta.
7. Machado Vilela, *Tratados Colectivos sobre Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1913, Imprensa da Universidade, p. 39 e 89 e Caeiro da Matta, *Direito Internacional Privado, I - Tratados Normativos*, Lisboa, s/data, Sociedade Editora Portugal-Brasil.
8. Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ao longo de quase sete anos – do n.º 1805, de 9 de Outubro de 1909 (ano 42.º) ao n.º 2030, de 29 de Junho de 1916 (ano 49.º).

regime neles contido no seu *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado*⁹.

Os textos em questão permaneceriam longamente no nosso sistema jurídico, onde aliás ainda se encontram em vigor, com excepção da Convenção de 1905 sobre o processo civil¹⁰, se bem que a sua aplicação seja cada vez mais diminuta, uma vez que o seu campo de aplicação no espaço se encontra limitado às situações em que intervenham nacionais de outros Estados contratantes. E o número destes tem vindo a diminuir, ou por denúncia ou por a sua vigência não ter sido restabelecida entre alguns Estados na sequência dos tratados de paz que puseram termo ao primeiro conflito mundial¹¹.

4. O período entre as duas guerras mundiais e o inêxito dos esforços nele desenvolvidos

Os esforços de unificação internacional da nossa disciplina a que as Conferências da Haia tão promissoriamente haviam metido ombros não conduziram tão cedo, no entanto, a outros êxitos. É assim que não chegaria a verificar-se a prevista convocação da quinta Conferência, que deveria tratar da competência e do processo em matéria de sucessões e testamentos (assim como do protocolo adicional à convenção sobre a lei aplicável às sucessões que enumeraria as leis de cada Estado de natureza imperativa ou proibitiva

-
9. Cujo Livro I (Princípios Gerais) é de 1921, sendo o Livro II (Aplicações) de 1922; ambos editados em Coimbra, pela Coimbra Editora. Cf. sobretudo as páginas 267 a 315 (para a análise da Convenção de 1905 sobre o processo civil), 341 a 427 (onde se estuda a Convenção de 1902, sobre os conflitos de leis em matéria de casamento), 486 a 532 (referentes à Convenção de 1905, sobre os conflitos de leis relativas aos efeitos do casamento), 556 a 597 (onde se comenta a Convenção de 1902 relativa ao divórcio e à separação de pessoas), 673 a 706 (a propósito da Convenção de 1902 sobre a tutela de menores) e 716 a 753 (sobre a Convenção de 1905 relativa à interdição e providências análogas) do Livro II, em que estes desenvolvimentos ultrapassam em muito o estudo que é dedicado ao direito pátrio comum. Isto sem esquecer a desenvolvida notícia (p. 64 a 80 do Livro I) que o Autor nos oferece sobre a origem e evolução das Conferências da Haia.
10. Substituída entre nós pela Convenção da Haia de 1 de Março de 1954 referente ao processo civil, nos termos do artigo 29.º deste instrumento convencional (*vid. infra*, n.º 4).
11. Entre nós, cf. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª edição, Coimbra, 1982, Almedina, p. 396, nota 1, e 409, nota 1, e Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, 1973, Universidade de Coimbra, polic., p. 29-30; e, para a situação actual destes textos na nossa ordem jurídica, a compilação de Ferrer Correia-Ferreira Pinto, *Direito Internacional Privado, Leis e Projectos de leis. Convenções Internacionais*, Coimbra, 1988, Almedina, p. 246 e s., 303 e s., 306 e s. 311 e s.

cuja aplicação deveria ser sempre ressalvada), dos efeitos do divórcio e da separação e dos efeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos. E, por outro lado, a eclosão do primeiro conflito mundial, suspenderia a aplicação de alguns dos textos citados entre os beligerantes – sem que os tratados de paz que puseram termo às hostilidades tenham, como dissemos, restabelecido integralmente entre aqueles a respectiva vigência¹².

Mas o Governo holandês retomaria a iniciativa logo em 1921, dirigindo aos restantes Estados envolvidos questionários sobre os diversos temas que tinham ficado em agenda (sucessões e competência em matéria sucessória; efeitos do divórcio e separação; efeitos do casamento sobre a pessoa dos filhos) bem como ainda sobre outros – falência, execução de sentenças estrangeiras e processo civil. E lograria conduzir aqueles Estados à conclusão de protocolos adicionais às Convenções de 1902 e 1905 (os protocolos de 28 de Novembro de 1923 e de 4 de Julho de 1924) que transformariam estes instrumentos em Convenções abertas, no sentido de que a respectiva adesão passava a ser permitida a outros Estados que não aqueles que as haviam assinado.

No seguimento do impulso e da actuação do Governo holandês, seria ainda convocada, entre 12 de Outubro e 7 de Novembro de 1925, uma quinta conferência, que, pondo de parte projectos mais ambiciosos, se limitaria a aprovar dois projectos de Convenção – um sobre a falência e outro sobre o reconhecimento e execução das decisões judiciais¹³. Mas, presentes a uma nova – a sexta conferência, em 1928, estes textos não lograriam o necessário consenso, não vindo a ser assinados.

5. A actividade da Conferência da Haia durante a sua segunda fase, posterior à respectiva institucionalização.

As incertezas e perturbações que durante a década de 30 pesaram sobre o continente europeu fizeram passar para segundo plano a continuação dos trabalhos de unificação a que as conferências da Haia se haviam devotado. E o conflito que se seguiria, como a etapa de reconstrução vivida na segunda metade dos anos 40, também não propiciaria que outros passos fossem dados naquela direcção.

12. Cf. os dados respectivos em Machado Vilela, *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*, cit., Livro I, p. 74, nota 1, e 77, notas 1 a 3.

13. Cf. os respectivos textos em Caeiro da Matta, *Direito Internacional Privado. I – Tratados Normativos*, cit., p. 113-117.

A retoma dos trabalhos da Haia vem assim a ter lugar com a sétima conferência, que reuniria de 7 a 31 de Outubro de 1951. O passo mais importante dado nessa altura traduzir-se-ia na institucionalização da Conferência, que passaria então a ser uma organização internacional com uma actividade e um *abstracto* pessoal (o *Bureau Permanent*) próprios e um corpo de regras então aprovado (o Estatuto da Conferência) que disciplinaria a sua actuação.

Com a institucionalização, a actividade da Conferência da Haia entraria numa nova fase, marcada por uma maior intensidade dos seus trabalhos que levaria a que nos quarenta anos desde então decorridos fossem aprovadas, nas 10 sessões ordinárias e nas duas sessões extraordinárias realizadas, trinta novas Convenções¹⁴. Convenções que nalguns casos prosseguiram na senda das matérias objecto de atenção durante a primeira fase, mas que não se ficariam por aí, alargando decisivamente o universo temático sobre que a actividade da Conferência passou a incidir.

No primeiro caso, encontra-se desde logo a Convenção da Haia de 1 de Março de 1954, sobre o processo civil, que, nos termos do seu artigo 29.º, substituiria nas relações entre os Estados que a ela se vinculassem¹⁵, a Convenção de 1905 sobre o mesmo tema; mas mesmo uma parte do clausulado daquele instrumento (os artigos 17.º a 26.º, relativos à *cautio judicatum solvi*, à assistência judiciária gratuita, à passagem gratuita de certidões relativas ao estado civil e à prisão por dívidas) se tornará mais tarde caduco, nos mesmos termos, pois os temas em questão são de novo regulados, e de forma a prejudicar a disciplina anterior, pela Convenção de 25 de Outubro de 1980, sobre o acesso internacional à justiça (neste sentido o seu artigo 22.º). Por seu lado, a Convenção de 5 de Outubro de 1961, sobre a competência das autoridades e a lei aplicável em matéria de protecção de menores teria idêntico efeito, nos termos do seu artigo 18.º, em relação à Convenção de 1902 sobre a tutela de menores. E, finalmente, a Convenção de 14 de Março de 1978, sobre a celebração e o reconhecimento da validade dos casamentos, visa fazer o mesmo¹⁶ quanto à Convenção de 1902 sobre os conflitos de leis em matéria de casamento, segundo o seu artigo 22.º

14. Além do Estatuto, que entraria em vigor a 15 de Julho de 1955, e de um Protocolo Adicional a uma das convenções nesse período igualmente aprovadas – o Protocolo Adicional de 1971 à Conferência da Haia de 1970 sobre o reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial.

15. O que só não aconteceria com a Islândia que não ratificou este texto, continuando assim ligada pelo texto de 1905.

16. Dizemos visa porque esta convenção, que só recentemente entrou em vigor, se limita, por enquanto, a vincular a Austrália, o Luxemburgo e a Holanda.

Mas as situações que acabámos de referir são afinal marginais, pois que a regra foi a celebração e aprovação de Convenções sobre matérias em que os trabalhos da primeira fase se não tinham aventurado. É assim que, no domínio do processo civil, a Conferência obteria um êxito assinalável, em domínios como o da supressão da exigência da legalização dos actos públicos estrangeiros (Convenção de 5 de Outubro de 1961), da citação e notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial (Convenção de 15 de Novembro de 1965) e da obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil e comercial (Convenção de 18 de Março de 1970). O mesmo aconteceria com o reconhecimento e a execução das decisões judiciais estrangeiras, sobretudo em questões pertinentes ao estatuto pessoal, e aos casos em que se tratavam problemas bem delimitados e precisos. Foi o que sucedeu, designadamente, com o reconhecimento das decisões em matéria de prestação de alimentos a menores (Convenção de 15 de Abril de 1958, que um outro instrumento mais geral, a Convenção de 2 de Outubro de 1973 sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas às obrigações alimentares viria, nos termos do seu artigo 29.º, a substituir entre os Estados contratantes), e dos divórcios e separações (Convenção de 1 de Junho de 1970). Algo de diferente sucedeu quando a Conferência abordou este tema do reconhecimento e execução das decisões em geral, com a Convenção e o Protocolo Adicional de 1 de Fevereiro de 1971, ainda que a ineficácia a que estes textos foram votados se possa um pouco explicar pela aprovação, que os precedeu, da Convenção de Bruxelas de 1968, entre os países membros do Mercado Comum, que, mais compreensiva e exigente, faria perder algum interesse àqueles textos. E também de algum modo a dois outros que a Conferência do mesmo modo elaboraria e que não chegariam sequer a entrar em vigor – as Convenções de 15 de Abril de 1958 e de 25 de Novembro de 1965, respectivamente, sobre a competência do foro contratual em caso de venda internacional de objectos mobiliários corpóreos¹⁷ e sobre os acordos de eleição do foro¹⁸.

17. Muito embora o insucesso deste instrumento se deva ainda ao fraco eco que obteria um outro – a Convenção de 15 de Junho de 1955 sobre a lei aplicável à venda de carácter internacional de objectos mobiliários corpóreos – de que ele, como aliás um terceiro que também jamais viria a entrar em vigor (a Convenção de 15 de Abril de 1958 sobre a lei aplicável à transferência de propriedade em caso de venda internacional de objectos mobiliários corpóreos) constituiria a natural continuação.

18. As razões do inêxito desta convenção são um pouco as que determinariam o insucesso a Convenção e Protocolo Adicional de 1971 sobre o reconhecimento das sentenças estrangeiras – ou seja, a aprovação da Convenção de Bruxelas entre os países da Comunidade e a perda do interesse destes Estados por aquele primeiro instrumento.

Para além do processo civil, a Conferência prosseguiria a obra empreendida no início do século, no domínio do conflito de leis em matéria de relações familiares. O sector dos menores seria aí objecto de um particular interesse. Assim, e para além da Convenção já referida sobre a protecção de menores, a Conferência ocupar-se-ia da lei aplicável à prestação de alimentos a menores (Convenção de 24 de Outubro de 1956, substituída depois, e sempre só nas relações entre Estados contratantes, como vimos acontecer a propósito do reconhecimento e execução de decisões a este respeito, pela Convenção mais geral, de 2 de Outubro de 1973, sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, dados os termos do artigo 18.º deste instrumento), a adopção (Convenção de 15 de Novembro de 1965 sobre a competência das autoridades, a lei aplicável e o reconhecimento das decisões em matéria de adopção) e os aspectos civis do rapto internacional de crianças (Convenção de 25 de Outubro de 1980). Ainda no domínio das relações familiares, e para além do já referido passo em sede de celebração do casamento, a Conferência aprovaria ainda um texto sobre a lei aplicável ao regime matrimonial (Convenção de 14 de Março de 1978), que no entanto não lograria, até ao presente, recolher o número de ratificações necessário à sua entrada em vigor.

Também numa outra área a que não fora estranha a preocupação das conferências iniciais – a do direito das sucessões – a Conferência desenvolveria esforços que lograriam diferentes resultados. Assim o sucesso constituído pelo texto sobre os conflitos de leis em matéria de forma das disposições testamentárias (Convenção de 5 de Outubro de 1961) contrasta com o fraco eco até agora obtido quer pela Convenção (de 2 de Outubro de 1973) sobre a administração internacional das sucessões, quer pela mais recente iniciativa da Conferência – a Convenção (de 1 de Agosto de 1989) sobre a lei aplicável às sucessões por morte¹⁹.

Mas o período do pós-guerra assiste também ao que poderíamos designar por reorientação do objecto temático sobre que a actividade da unificação do direito internacional privado vinha incidindo, reorientação que se traduz numa crescente atenção ao direito patrimonial, e não já apenas sobre o direito das pessoas, que constituía quase exclusivamente a área nuclear durante a primeira fase dos trabalhos da Conferência. É assim que um assinalado interesse se faz sentir no domínio do direito das obrigações.

Posta de parte a ideia de tratar conjuntamente todo o domínio das obrigações contratuais²⁰, a Conferência ocupar-se-ia da regulamentação

19. Nenhum destes textos lograria ainda entrar em vigor.

20. Um caminho que viria a ser prosseguido, como se sabe, com êxito, no plano comunitário, e que levaria à aprovação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, em vigor hoje entre dez dos Estados da Comunidade Europeia.

conflitual específica de vários contratos. Compreensivelmente, face à sua maior importância, começaria pela compra e venda a que, além das três convenções dos anos cinquenta acima referidas, dedicaria mais recentemente uma outra, a Convenção de 22 de Dezembro de 1986 sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias²¹. E trataria depois, sem maior sucesso²², da representação (Convenção de 14 de Março de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de mediação e à representação).

Já no sector das obrigações extracontratuais, a actuação da Conferência, na mesma linha de se dedicar apenas a categorias particulares de delitos em lugar de se preocupar com toda a área no seu conjunto, conduziria a melhores frutos: foi o que aconteceu com o domínio da lei aplicável quer no que toca à matéria dos acidentes de circulação rodoviária (Convenção de 4 de Maio de 1971), quer quanto à responsabilidade por produtos (Convenção de 2 de Outubro de 1973)²³.

Enfim, a Convenção não hesitaria em tratar outros temas da maior dificuldade, pelo diferente posicionamento a seu respeito mantido pelos vários sistemas jurídicos, como é o caso do *trust*. E aqui afigura-se que com algum êxito, uma vez que o instrumento respectivo (a Convenção de 1 de Julho de 1985 sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento), se bem que recente, se acha já em vigor. Um sucesso que todavia escaparia aos dois outros textos aprovados pela Conferência nesta área: um sobre a *famosíssima quaestio* da parte geral, o problema do reenvio (Convenção para regular os conflitos entre a lei nacional e a lei do domicílio, de 15 de Julho de 1955), o outro sobre o estatuto das pessoas colectivas (Convenção de 1 de Junho de 1956 sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, associações e fundações estrangeiras²⁴, nenhum dos quais viria por seu turno a entrar em vigor.

21. Que ainda se não se encontra em vigor, mas que visa, futuramente (cf. o seu artigo 28.º), substituir a Convenção de 1955.

22. O instrumento não entrou ainda em vigor na ordem internacional.

23. Os textos referidos vinculam de facto na actualidade um número não negligenciável de Estados.

24. Recorde-se que igual sorte atingiria a Convenção Comunitária de 29 de Fevereiro de 1968 sobre o reconhecimento mútuo das sociedades e das pessoas colectivas, mau grado o artigo 220.º do Tratado de Roma fazer impender sobre os Estados membros a obrigatoriedade da respectiva celebração (2.º travessão).

6. Portugal e os trabalhos e realizações da Conferência da Haia, na sua segunda fase

Durante as quatro décadas por que se prolongou esta segunda fase da vida da Conferência, a participação portuguesa manter-se-ia por igual. Assim, Portugal esteve presente nas 10 sessões ordinárias entretanto realizadas²⁵ mas também nas duas sessões extraordinárias²⁶, bem como em numerosas comissões especiais que prepararam as anteriores.

Contrariamente ao que sucedera na primeira fase, a representação portuguesa foi agora assegurada sobretudo por internacionalistas ou por outros especialistas das matérias em análise. É assim que o Doutor Vasco Tabora Ferreira⁽²⁷⁾ representaria o País nas 7.ª, 8.ª, 9.ª e 10.ª sessões da Conferência, bem como na sessão extraordinária de 1966, sendo designadamente o autor do relatório explicativo da Convenção de 1965 relativa à citação e à notificação no estrangeiro dos actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial. A partir da 12.ª sessão (e com excepção da 13.ª, onde a representação nacional seria assegurada por magistrados²⁸) a condução da delegação portuguesa tem cabido fundamentalmente à Professora Isabel de Magalhães Collaço (nas 14.ª, 15.ª e 16.ª e na sessão extraordinária de 1985). Mas outros internacionalistas como o Professor Baptista Machado, numa Comissão Especial preparativa da 11.ª sessão e nós próprios, na sessão extraordinária de 1985 e na 16.ª sessão e nas Comissões especiais que as antecederam), civilistas (o Professor Pereira Coelho) e comercialistas (o Professor Raul Ventura na 15.ª sessão) integrariam igualmente a representação portuguesa.

Mas a importância dada por Portugal aos trabalhos realizados na Haia, mais que pelas delegações que o representaram, mede-se, ao que cremos, pelo

25. A 7.ª, de 7 a 31 de Outubro de 1951; a 8.ª, de 3 a 24 de Outubro de 1956; a 9.ª, de 5 a 26 de Outubro de 1960; a 10.ª, de 7 a 28 de Outubro de 1964; a 11.ª, de 7 a 26 de Outubro de 1968; a 12.ª, de 2 a 21 de Outubro de 1972; a 13.ª, de 4 a 23 de Outubro de 1976; a 14.ª de 6 a 25 de Outubro de 1980; a 15.ª, de 8 a 20 de Outubro de 1984; e a 16.ª, de 3 a 20 de Outubro de 1988.

26. A que, reunida de 13 a 26 de Outubro, aprovaria os projectos de Convenção (e de Protocolo Adicional) sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial; e a de 1985; que entre 14 e 30 de Outubro, aprovaria o projecto de convenção sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

27. Autor, entre outros trabalhos, de um curso na Academia da Haia intitulado "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal", *R. des C.*, t. 89 (1956-I), p. 605 e s.

28. Os juizes conselheiros Pinheiro Farinha e Abel Delgado.

grau de recepção no nosso sistema jurídico dos instrumentos aí produzidos. E a esse propósito o papel de Portugal para a consolidação da obra da Conferência da Haia é dos mais relevantes.

Assim, e no que toca ao processo civil, atente-se em que de todos os textos aprovados pela Conferência da Haia que vieram a entrar em vigor na ordem internacional apenas a um (a Convenção de 25 de Outubro de 1980, sobre o acesso internacional à justiça) o nosso país se não encontra vinculado, todos os demais tendo entretanto sido inseridos no nosso sistema jurídico²⁹. E a situação é semelhante no domínio do direito dos menores e da família, onde, salvo no que toca à Convenção de 1965 relativa à competência das autoridades, à lei aplicável e ao reconhecimento das decisões em matéria de adopção³⁰ e à Convenção de 1978 sobre a celebração e o reconhecimento da vali-

29. A Convenção de 1954 relativa ao processo civil, desde 31 de Agosto de 1967 (cf. o texto português no Decreto-Lei n.º 47047, de 14 de Julho de 1966 – *Diário do Governo*, I série, n.º 162, desta data). A Convenção de 1958 relativa ao reconhecimento e execução de decisões em matéria de prestação de alimentos a menores, desde 24 de Fevereiro de 1974 (vide o texto português em anexo ao Decreto-Lei n.º 264/71, de 3 de Junho – *Diário do Governo*, I Série, n.º 130, desta data). A Convenção de 1961 relativa à supressão da exigência da legalização dos actos públicos estrangeiros, desde 4 de Fevereiro de 1969 (texto no Decreto-Lei n.º 48450, de 24 de Junho de 1968 – *Diário do Governo*, I Série, n.º 148, desta data). A Convenção de 1965 relativa à citação e à notificação no estrangeiro dos actos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial, desde 25 de Fevereiro de 1974 (texto no Decreto-Lei n.º 210/71, de 18 de Maio de 1971 – *Diário do Governo*, I Série, n.º 116, desta data). A Convenção e o Protocolo Adicional de 1971 sobre o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial, desde 20 de Agosto de 1983 (texto no Decreto n.º 13/83, de 24 de Fevereiro – *Diário da República*, I Série, n.º 45, desta data), mau grado ser praticamente inoperante, uma vez não haver sido celebrado nenhum dos acordos complementares previstos no seu artigo 24.º. A Convenção de 1970 sobre o reconhecimento dos divórcios e separações de pessoas, desde 9 de Julho de 1985 (texto na Resolução da Assembleia da República, n.º 2/84, de 4 de Outubro – *Diário da República*, I Série, n.º 275, de 27 de Novembro de 1984). A convenção de 1970 sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil e comercial, desde 11 de Maio de 1975 (texto no Decreto n.º 764/74, de 30 de Dezembro de 1974 – *Diário do Governo*, I Série, n.º 302, 2.º Suplemento, desta data). E, finalmente, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de decisões relativas a obrigações alimentares, desde 1 de Agosto de 1976 (texto no Decreto n.º 338/75, de 2 de Julho de 1975 – *Diário da República*, I Série, n.º 150, Suplemento, desta data).

30. Mas atente-se em que a própria Conferência considera este texto como insuficiente para a disciplina da realidade que pretende cobrir, tendo até iniciado os trabalhos (que se deverão concluir em 1993, no centenário da Conferência) em ordem à elaboração de um instrumento que o substitua e ultrapasse – a futura Convenção sobre a cooperação internacional e a protecção dos menores em matéria de adopção internacional.

dade dos casamentos³¹, também todos os demais textos convencionais que integram o *corpus* da ordem internacional são hoje aplicáveis em Portugal³².

No domínio do direito sucessório, a situação já é no entanto diferente, uma vez que nenhum dos instrumentos aprovados na Haia se encontra em vigor na nossa ordem jurídica, muito embora Portugal haja ratificado a Convenção de 1973 sobre a administração internacional das sucessões^{33,34} e assinado³⁵ a Convenção de 1961 sobre os conflitos de leis em matéria de forma das disposições testamentárias. Igual distanciamento se verifica no domínio das obrigações contratuais, onde Portugal ratificaria a Convenção de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de mediação e à representação³⁶, que não está em vigor na ordem internacional, sem porém manifestar qual-quer atitude positiva a propósito dos vários textos referentes ao contrato de compra e venda internacional. E também, por fim, a propósito das obrigações extracontratuais, uma vez que Portugal apenas assinaria, sem os ratificar, os dois textos convencionais produzidos pela Conferência que logriam até ao presente criar neste domínio normas de direito internacional^{37,38}.

-
31. Note-se, contudo, que Portugal assinou esta Convenção, embora não a haja ratificado. E que faria o mesmo em relação à Convenção de 1978 sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais, que ainda não entrou igualmente em vigor na ordem internacional.
32. A Convenção de 1956 sobre a lei aplicável em matéria de prestação de alimentos a menores, desde 3 de Fevereiro de 1969 (veja-se o texto no Decreto-Lei n.º 48 495, de 22 de Julho de 1968 – *Diário do Governo*, I Série, n.º 172, desta data). A convenção de 1961 relativa à Competência das Autoridades e à lei aplicável em matéria de protecção de menores, desde 4 de Fevereiro de 1969 (texto no Decreto-Lei n.º 48 494, de 22 de Julho de 1968 – *Diário do Governo*, I Série, n.º 172, desta data). A Convenção de 1973 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, desde 1 de Outubro de 1977 (texto no Decreto n.º 339/75, de 2 de Julho de 1975 – *Diário do Governo*, I Série, n.º 150, Suplemento, desta data). E, por último, a Convenção de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças, desde 1 de Dezembro de 1983 (texto no Decreto do Governo n.º 33/83, de 11 de Maio – *Diário da República*, I Série, n.º 108, desta data).
33. Cf. o texto no Decreto n.º 734/75, de 23 de Dezembro de 1975 – *Diário do Governo*, I Série, n.º 295, desta data.
34. Que, porém, como vimos, não lograria ainda obter o número de ratificações necessárias à entrada em vigor.
35. Sem porém a ratificar.
36. Cf. o texto no Decreto n.º 101/79, de 18 de Setembro de 1979 – *Diário da República*, I Série, n.º 216, desta data.
37. Referimo-nos à Convenção de 1971 sobre a lei aplicável aos acidentes da circulação rodoviária e à Convenção de 1973 sobre a lei aplicável à responsabilidade por produtos.
38. Quanto aos restantes textos que se não encontram em vigor a posição portuguesa é igualmente silenciosa.

Pode assim concluir-se que a penetração do "direito da Haia" na ordem jurídica portuguesa se manifesta pois sobretudo em matéria de processo civil e de direito dos menores e da família, ou seja, naqueles domínios onde está sobretudo em causa a institucionalização de mecanismos de cooperação internacional entre autoridades³⁹ ou o estabelecimento de regras de conflitos para aspectos particulares em que se evidencia a necessidade de protecção do fraco – como ocorre no domínio das obrigações alimentares⁴⁰. Mas atente-se em que este último *leit-motiv* não levaria Portugal a ratificar textos onde ele encontra também afloramentos, como ocorre nos que tratam da lei aplicável em matéria de obrigações extracontratuais. O que poderá ficar a dever-se à circunstância da aprovação das convenções em questão ter sido posterior à codificação portuguesa em matéria de direito de conflitos, facto este que teria aumentado a rigidez do nosso sistema⁴¹.

Para além de revelar uma política convencional que se é firme em dois sectores não é isenta nalguns outros domínios de algumas perplexidades, importa não esquecer que se não esgota nela o espaço de interferência mútua entre a ordem jurídica portuguesa e o "direito da Haia". É assim que muitos outros pontos de contacto se podem na verdade encontrar entre os dois

39. Sobre os progressos verificados nesta sede, vide G. Droz, "Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye". *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, Litec, p. 129 e s.

40. Sobre os vários sectores em que, no domínio do direito internacional privado, se põe o problema de protecção do fraco, cf. o que escrevemos no nosso *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, Almedina, p. 728 e s.

41. É certo que se poderá dizer o mesmo, a propósito da Convenção de 1973 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, que Portugal no entanto ratificaria apesar de ser posterior ao Código Civil de 1966. Mas aí sempre se alegará que este instrumento é apenas o prolongamento de um outro (a Convenção de 1956 sobre a lei aplicável em matéria de prestação de alimentos a menores, que já havia sido ratificado). De qualquer modo, e em sentido contrário ao sugerido no texto, sempre se poderá dizer que todos os processos de vinculação internacional aos textos aprovados na Haia a que nos referimos são posteriores à entrada em vigor da codificação portuguesa de DIP de 1966. E o certo é que, ainda que a (compreensível em abstracto) explicação que sugerimos fosse procedente, sempre haveria que explicar porque razão ratificou Portugal a Convenção de 1973 sobre a administração internacional das sucessões e a Convenção de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de mediação e à representação e assinou a Convenção de 1978 sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais, que se distanciam muito mais da matriz do sistema conflitual português nas áreas a que se reportam do que as Convenções em matéria de responsabilidade extracontratual citadas no texto e a Convenção de 1961 sobre os conflitos de leis em matéria de forma das disposições testamentárias. (Tenha-se porém presente que estas últimas foram todas assinadas, se bem que não ratificadas, por Portugal).

sistemas. Desde logo o uso da conexão residência habitual, que se imporia crescentemente nos trabalhos da Conferência no âmbito do estatuto pessoal⁴² e que o direito internacional privado português consagraria por igual, ainda que tão-só a título subsidiário⁴³ ou por vezes alternativo – no que respeita em princípio às situações a reconhecer⁴⁴. Mas não é só na formulação das regras de conflitos, entendida estritamente, como operação que se esgota na escolha da conexão, que notamos tais atinências. Elas estendem-se ao próprio modelo da regra de conflitos utilizado, que também no nosso direito (como nas Convenções da Haia) aparece em dados casos mais a designar uma conexão material (em vista da promoção de um resultado identificado e desejado pelo legislador⁴⁵) do que a preencher uma função puramente localizadora. E mesmo quando a regra de conflitos continua fiel a essa função, como ocorre entre nós em matéria delitual⁴⁶, também a tendência presente nas Convenções da Haia, nessa matéria, para o desmembramento da categoria e a adopção de uma ideia de especialização do critério conflitual⁴⁷ seria de algum modo acolhida, com referência a soluções que fazem apelo a ideias próximas das que inspiram o princípio da acessoriedade ou a *center of gravity approach*⁴⁸. Enfim, certas tendências metodológicas de resolução dos problemas do direito internacional privado que têm encontrado algum eco num ou outro instrumento aprovado pela Conferência⁴⁹ não

42. Cf., por exemplo, o art.º 2.º da Convenção de 1961 sobre a competência das autoridades e a lei aplicável em matéria de protecção de menores, o artigo 4.º da Convenção de 1973 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares e o artigo primeiro da Convenção de 1956 sobre a lei aplicável à prestação de alimentos a menores.

43. Cf. os artigos 52.º, n.º 2, 56.º, n.º 2, 57.º, n.º 1, e 60.º n.º 2, do Código Civil Português.

44. Cf. o artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil Português.

45. Como acontece, entre nós, nos artigos 36.º, n.º 2, e 65.º, n.º 1, do Código Civil e ocorre, entre outras, nas Convenções de 1961 sobre os conflitos de leis em matéria de forma das disposições testamentárias (artigo 1.º), na Convenção de 1973 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares (artigos 4.º e 6.º) e na Convenção de 1956 sobre a lei aplicável à prestação de alimentos a menores (artigos 1.º a 3.º).

46. Vide o artigo 45.º do nosso Código Civil.

47. Cf. o artigo 4.º da Convenção de 1971 sobre a lei aplicável aos acidentes da circulação rodoviária e os artigos 4.º a 7.º da Convenção de 1973 sobre a lei aplicável à responsabilidade por produtos.

48. Sobre o ponto, Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, cit., p. 377, nota 19, e 401, nota 48.

49. Falamos na metodologia de coordenação entre os dois momentos de determinação do foro ou autoridade competente e da lei aplicável (coincidência *forum-ius*) presente, por exemplo, na Convenção de 1961 sobre a competência das autoridades e a lei aplicável em matéria de protecção de menores, na Convenção de 1965 sobre a competência das autoridades, a lei aplicável e o reconhecimento das decisões em matéria de adopção e na Convenção de 1973 sobre a administração internacional das sucessões.

deixariam, apesar de não se reflectirem no direito português, de ser objecto de discussão pela nossa doutrina⁵⁰.

7. A dinâmica da Conferência, a sua "circunstância" e as perspectivas da sua acção futura: breve esboço

Das considerações precedentes resulta a vestidão da obra empreendida pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, desde 1951, o relevo da participação portuguesa nos seus trabalhos e os reflexos que por isso se fizeram sentir no sistema português de direito internacional privado. Uma obra que urge prosseguir, alargando-a a domínios até agora menos explorados, conquanto se não esqueça que se vai alterando incessantemente o quadro em que ela tem vindo a desenvolver-se.

Na verdade, é bem certo que a Conferência deixou de ser, pouco depois da sua institucionalização, o que era na primeira fase: um pequeno grupo de estados europeus, afinal com posições assaz próximas nos domínios objecto da unificação, e em que por isso a originalidade do trabalho realizado residia sobretudo nos sistemas de cooperação internacional que nelas se haviam podido instituir⁵¹. A crescente participação dos Estados cujos sistemas jurídicos se baseavam na *common law* viria quebrar a unidade pré-existente, quer no que diz respeito, por exemplo, à competência geralmente reconhecida à lei nacional no domínio do estatuto pessoal, quer, agora com reflexos que sobretudo se fazem sentir fora deste domínio, quanto ao papel do juiz na modelação da decisão quanto à lei aplicável, isto é, quanto à rigidez ou flexibilidade das conexões escolhidas. O que conduziria a soluções que relevam de alguma transacção a este propósito, como sucede, para citar apenas exemplos recentes, com a Convenção de 1989 sobre a lei aplicável às sucessões e a Convenção de 1986 sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

Mas não foi só a introdução da diferença, ao nível da matriz orientadora dos sistemas jurídicos nacionais respectivos⁵² que tornaria mais difícil o trabalho da Conferência. A abertura dos seus trabalhos a Estados não

50. Cf. o nosso trabalho *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, cit., p. 154 e s.

51. Neste sentido, G. Droz, "La Conférence de La Haye de Droit International Privé en 1980: Evolution et Perspectives", R. des C., t. 1968 (1968-III), p. 127 e s., p. 139.

52. Diferença que vai bem mais longe do que em texto se refere. Saliente-se que nos trabalhos da Conferência passaram a participar Estados como o Japão, a China, a Coreia e diversos países cujos sistemas até há pouco eram classificados de socialistas.

membros⁵³ introduziria uma complexidade adicional, não já do foro técnico, mas decorrente antes dos diferentes objectivos que cada Estado (ou grupo de estados), à partida em posição diferente, visa alcançar com o estabelecimento das regras convencionais. E se essa abertura foi pontual, ainda que perfeitamente justificada pelos temas em análise, o certo é que a problemática que a ela vem associada corre o risco de perdurar, dado o alargamento do círculo dos membros da Conferência que se tem verificado⁵⁴ e que se pode perspetivar que continuará num futuro próximo.

Se estes dados condicionam sem sombra de dúvida a actividade da Conferência, um outro importa não esquecer que de algum modo igualmente a determina, ainda que se não apresente agora como endógeno, ligado à forma como o seu actuar se desenvolve, sendo antes de natureza exógena. Pensamos na circunstância da Conferência da Haia não deter hoje o monopólio no que à unificação do direito internacional privado se refere. É certo que nunca o deteria totalmente, pois que as organizações pan-americanas que perseguem o mesmo fim sempre com ela coexistiram, tendo-a até precedido. Mas, de qualquer modo, o facto é que os países americanos têm de igual modo assento na Conferência, pelo que esta aparecia assim como o *forum* universal por excelência da codificação internacional da nossa disciplina.

Não é porém este ponto que queríamos frisar, ao referir que a posição da Conferência não era hoje de monopólio, na sua área de actuação própria. Pretendíamos aludir antes a um outro dado da realidade ligado à crescente institucionalização e vertebração da sociedade internacional – a criação de espaços regionais que de algum modo a entidade americana terá prenunciado. Na verdade, o desenvolvimento dos fenómenos de cooperação e integração internacional logrou constituir instituições internacionais de diversa dimensão, densidade e escopo, em cujos objectivos a unificação do direito ocupa um lugar, ainda que variável de caso para caso. Falamos do Conselho da Europa, da Comunidade Europeia, da Organização dos Estados Americanos, mas porque não amanhã de outras instâncias como o Mercosul. Ora, como o demonstra o exemplo da Comunidade Europeia^{55,56}, a unificação do direito

53. Primeiro realizada com a sessão extraordinária de 1985, que aprovaria a Convenção sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, e prosseguida actualmente enquanto decorrem os trabalhos preparatórios da futura Convenção sobre a cooperação internacional e a protecção dos menores em matéria de adopção internacional.

54. Trinta e seis, na actualidade.

55. Estamos a pensar na Convenção de Bruxelas de 1968 sobre a competência judiciária e o reconhecimento das sentenças estrangeiras e a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável aos contratos – peças fundamentais do que se poderia chamar um direito

necessária a processos de integração atinge também a unificação do direito internacional privado – e não é pois de estranhar que organizações regionais de carácter geral⁵⁷ vão crescentemente assumindo e exercendo competências no domínio da criação de regras uniformes na nossa disciplina.

O que terá a consequência, que atrás se sublinhou de passagem, de os Estados membros dessas organizações tenderem preferencialmente a chegar a acordo sobre o conteúdo das regras uniformes a estabelecer, entre si mais do que com os restantes –, uma vez que com maior facilidade obterão patamares de consenso mais aprofundado.

Se a isto juntarmos a especialização obtida por algumas instâncias, como a CNUDCI e a CIEC (Comissão Internacional do Estado Civil), em matérias particulares (o comércio internacional e o estado das pessoas) onde os problemas de direito internacional privado naturalmente se suscitam, então compreenderemos facilmente a invasão da área tradicional de actuação da Conferência por outras entidades⁵⁸ e a dificuldade de esta se reposicionar neste contexto, definindo o núcleo de questões de que lhe caberá essencialmente ocupar-se.

internacional privado comunitário, no sentido de comum aos Estados membros da Comunidade. A este propósito vide, por último, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht* (herausgegeben von Christian Von Bar), Köln, 1991. Carl Heymanns Verlag.

56. E do, quanto ainda nascituro, Espaço Económico Europeu, vide a Convenção (paralela) de Lugano de 1988 sobre a competência judiciária e o reconhecimento das sentenças estrangeiras.
57. Como de resto aconteceu igualmente com as organizações internacionais. Veja-se o caso das Nações Unidas, quer no que se refere ao seu papel directo (nessa sede se aprovou a Convenção de Nova Iorque de 1956 sobre a cobrança de alimentos no estrangeiro), quer sobretudo no que tange ao trabalho desenvolvido pela CNUDCI (Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional), de que destacaríamos a Convenção de Viena de 1980 sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias, a Lei-Modelo de 1985 sobre a Arbitragem Comercial e Internacional (sobre estes dois textos, cf. M. A. Bento Soares-R. M. Moura Ramos, *Contratos Internacionais*. Coimbra, 1986, Almedina, p. 1 e s. e 315 e s.) e a Convenção de Nova Iorque de 1988 sobre a letra de câmbio e a livrança internacionais. Cf., a seu propósito, P. Volken, "Das UNO-Übereinkommen vom 9. Dezember 1988 über internationale Wechsel", *Schweizerische Zeitschrift für wirtschaftsrecht*, 3/90 p. 100 e s. e G. Parra Aranguren, "La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales (1988)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n.º 41 (1988), p. 11 e s.
58. Atente-se, por exemplo, para além da Convenção de Nova Iorque de 1956 sobre a cobrança de alimentos no estrangeiro, na Convenção de Munique de 1980 sobre a lei aplicável aos nomes próprios e apelidos, aprovada no seio da C.I.E.C.

Mas as considerações que acabamos de alinhar, se recordam um problema e um risco⁵⁹ apontam também em simultâneo os limites do último e a saída para o primeiro. É que um conjunto de questões há, no âmbito da nossa disciplina, que, situando-se no puro plano do direito internacional privado, entendido este no seu mais amplo significado⁶⁰, se colocam no âmbito da sociedade internacional vista no seu conjunto. Para elas (como é o caso da adopção internacional, por exemplo), uma regulação uniforme provinda de um dado espaço regional sempre seria insuficiente, uma vez que a sua consideração e enfoque implica necessariamente que se saia para fora desse território. Então, a concertação necessária ao estabelecimento de regras comuns (quer se limitem estas ao estabelecimento de mecanismos de cooperação, ou vão mais longe, até à designação em termos uniformes da autoridade ou da lei competentes e à garantia do reconhecimento e execução das decisões assim proferidas) terá de fazer-se num plano mais universal. Que dificilmente poderá ser outro, pela sua vocação, que não o da Conferência, aberta então aos Estados não membros, como tem acontecido nas situações recentes que assim apareceram configuradas.

E o mesmo acontecerá a propósito dos problemas postos pela coexistência das leis nacionais que se não repercutam de forma específica na índole e objectivos próprios dos espaços regionais unificados e que a vocação particular de outras instâncias não alcance como parece ser o caso de matérias recentemente tratadas pela Conferência como o *trust* e o seu reconhecimento ou a regulação das sucessões por morte.

É pelos caminhos assim delineados, que deverá continuar a afirmar-se, ao que cremos, a actuação, tão rica de tradições e resultados da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em ordem à progressiva solidificação

59. O do conflito ou ao menos o da conjugação de vários instrumentos provenientes de diferentes instâncias e destinados em última análise a solucionar o mesmo problema (ou, quanto muito, distintos, todavia não estanques, perfis desse problema). Veja-se o que se passa, por exemplo, com a Convenção da Haia de 1961 sobre a competência das autoridades e a lei aplicável em matéria de protecção de menores e a Convenção do Luxemburgo de 1980, sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores (aprovada no âmbito do Conselho da Europa) e a Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças.

60. De regulamentação das situações jurídico-privadas afectadas pela diversidade dos sistemas jurídicos.

da "comunidade jurídica do género humano" de que falava Jitta⁶¹. Caminhos cujo traçado não parece ser diferente daquele que presidiu à definição do seu programa de acção ao longo da última década.

61. No seu *La rénovation du droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain. Exposé systématique*. La Haye, 1919, Martinus Nijhoff.

RUI MANUEL MOURA RAMOS
Professor in Faculty of Law of the University of Coimbra

**THE IMPACT OF THE HAGUE CONVENTIONS
ON PORTUGUESE
PRIVATE INTERNATIONAL LAW***

* Publicado em *Netherlands International Law Review*, 1993, vol. XL, n.º 1.
Publicação autorizada pelos Editores, Martinus Nijhoff Publishers, de Londres.



1. PORTUGAL AND THE FIRST PERIOD OF THE HAGUE CONVENTIONS

Portugal is one of the European countries that has been involved since the earliest time with the work of the Hague Conferences. Moreover, its participation in activities concerning the unification of private international law rules started even before the first conference in 1893. When the Italian Government, under the influence of Mancini, then its Minister for Foreign Affairs, tried to summon, in 1885, an international conference on the recognition of foreign judgments, Portugal was one of the twenty-two European and Latin-American countries that supported the idea. As is well known, this conference never took place, but the idea of the unification of private international law rules did not die and, under the proposal of Asser, the Dutch Government convoked in 1893 the first Hague Conference on Private International Law. Portugal was once again one of the twelve States that met for this purpose in The Hague between the 12th and 27th September.

The interest of my country in the unification of private international law rules has not diminished since then. Portugal took part in four conferences that preceded the First World War, ratified all the conventions that were elaborated by these assemblies¹ and also signed the Convention

1. The Convention on Civil Procedure of 1886 and the Additional Protocol of 1897 were approved (7 July 1898) and ratified (28 July 1898) even before they entered into force internationally on 25 May 1899. As for the three Conventions of 1902 (on conflict of laws concerning marriage, conflict of laws and jurisdictions relating to divorce, legal separations and guardianship of minors), they were all approved on 20 September 1906 and ratified on 7 February 1907. The Convention on Civil Procedure of 1905, which

of 1905 concerning succession, which, however, never entered into force internationally. Furthermore, great attention has been devoted to these texts by Portuguese writers² and their influence on Portuguese law has continued; in fact, all these instruments³ have binding force in Portugal, even if their rules are not of a universal character (they are only applicable in situation concerning nationals of one Contracting State, or when they lead to the application of the legal order of one of these States). Finally, Portugal was also represented at the sixth and seventh Conferences of 1925 and 1928, where bankruptcy and recognition and enforcement of judicial decisions were unsuccessfully handled. The texts issued by these sessions have been published in Portuguese law books⁴.

2. FURTHER PORTUGUESE PARTICIPATION

The second period of the Conference's lifetime which began after the Second World War, in 1951, was characterized by institutionalisation and the creation of the Permanent Bureau. Portugal maintained the same interest in activities at The Hague and also participated in all the sessions during this time. The Hague's instruments were substantially incorporated into Portuguese law.

The record of Portuguese participation at the Hague Conventions during this second period fell into distinct patterns according to the different subjects handled by the Conference. Concerning civil procedure, the aim of the Conference was mainly the institutionalisation of international cooperation among different State Authorities. All except one of the instruments approved by the Conference that have entered into force internationally,

replaced the two texts of 1896 and 1897, was approved on 17 October 1908 and ratified on 31 March 1909 (also before its entry into force which occurred on 27 April 1909). Finally, the other Conventions that came into force internationally (effects of marriage and interdiction and other similar measures of protection) were also approved on 17 September 1908, but ratification only took place on 12 July 1912.

2. Essentially by Prof. M. Vilela, who besides having written a long commentary on these conventions ("Estudo sobre as Convenções de Haya de Direito Internacional Privado", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, no. 1805, 9 October 1909 - no. 2030, 29 June 1916) introduced their analysis in university courses (*Tratado Elementar de Direito Internacional Privado* (1921-1922)).
3. Except the Convention on civil procedure. It was later replaced by the one of 1954 on the same subject.
4. C. da Mata, *Direito Internacional Privado I - Tratados Normativos*.

have been introduced into Portuguese law⁵. The exception is the Convention of 25 October 1980 on international access to justice. The situation seems to be very similar in the fields of minors and family law, where, apart from the Convention of 1965 on jurisdiction, applicable law and recognition of decrees relating to adoption⁶ and the Convention of 1978 on the celebration and recognition of the validity of marriages⁷, all the Hague instruments that came into force internationally, are part of Portuguese law⁸.

However, if we consider the Conference's other fields of activity, we see that the great majority of the instruments approved by the Conference and which obtained the requisite number of ratifications to become internationally binding, have not been ratified by Portugal. In matters of succession, Portugal has signed but not ratified the Convention of 1961 on the conflict of laws relating to the form of testamentary dispositions. It ratified the Convention of 1973 concerning the international administration of the

-
5. The Convention of 1954 on Civil Procedure was ratified in 1967; the Convention of 1958 on Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations in Respect of Children in 1974; the Convention of 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents in 1969; the Convention of 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil and Commercial Matters in 1974; the Convention and its Additional Protocol of 1971 on Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters in 1983; the Convention of 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations in 1985; the Convention of 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters in 1975; and the Convention of 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations in 1976.
 6. Nevertheless we know that this instrument has not been considered successful by the Conference itself. Another is being prepared to replace it – the Convention on international cooperation and protection of children in respect to intercountry adoption, whose preliminary draft (drawn up by a special commission in February 1992) is scheduled to be discussed and approved at the 17th Session in 1993.
 7. Portugal signed this instrument, although the ratification has not followed the first step of the international acceptance of this text. And the same occurred with the Convention of 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, which came into force on 1 September 1992.
 8. The Convention of 1956 on the Law Applicable to Maintenance Obligations in Respect of Children and the Convention of 1961 Concerning the Power Authorities and the Law Applicable to Protection of Minors were ratified in 1969. The Convention of 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations was ratified in 1977, and the Convention of 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction in 1983.

estates of deceased persons⁹, but this has not yet come into force. The same happened in those new fields where the Conference has developed its work since 1951, mainly concerning obligations. As for contractual obligations, Portugal has limited itself to the ratification of the Convention of 1978 on the law applicable to agency¹⁰, but not the various instruments approved in the area of sales contracts¹¹. Concerning delictual obligations, although Portugal has signed the Convention of 1971 on the law applicable to traffic accidents and the Convention of 1973 on the law applicable to product liability, the fact remains that they have not been ratified. Finally, we can find the same Portuguese lack of interest in instruments that refer to the other issues also included in the work done by the Conference during this second period – the Convention of 1985 on the law applicable to trusts and their recognition¹², the Convention of 1955 on regulation of conflicts between national law and law of domicile and the Convention of 1956 on the recognition of legal personality of foreign companies, associations and foundations.

It is difficult to draw a conclusion from the policy followed by Portugal relating to the Hague Conventions. However, the statement can certainly be made that the ratification has mainly occurred where either there is room to establish mechanisms of international operation (i.e., in the field of civil procedure at the international level), or where the necessity of protection of disadvantaged persons (e.g., minors) is at stake. In fact this last consideration did not lead Portugal to ratify the instruments concluded by the Conference in the area of delictual liability. But here the reason was probably the fact that the model of conflict rules adopted in the Portuguese codification of 1966 is quite distinct from the one followed in these conventions. And if the issue is Portuguese codification, we may say that it does not seem that its adoption in 1966 would have introduced a new element of rigidity in the conflict of laws system. In fact it is true that in the matter of private law (and we must keep in mind that the codification of

9. The Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons remains in this subject as the only instrument in which Portugal has not yet shown any interest.

10. That came into force on 1 October 1992. The Portuguese ratification took place in 1982.

11. The Convention of 1955 on the Law Applicable to International Sales of Goods, the Conventions of 1958 on applicable law on transfer of ownership and on jurisdiction of the contractual forum concerning the international sale of goods and the Convention of 1986 (whose aim is to replace the one of 1955) on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods.

12. Already in force.

private international law rules in Portugal has not reached the field of jurisdiction or of recognition and enforcement of foreign decisions) all the Portuguese ratifications took place after the entry into force of the Civil Code of 1966, which contains the new system of conflict rules.

3. SIMILARITIES BETWEEN THE PORTUGUESE CONFLICTS SYSTEM AND THE HAGUE CONVENTIONS

The interplay of the Portuguese conflicts system and the Hague Conventions cannot only be seen from the point of view of the reception of the latter by the former. It goes a lot deeper and we must consider similarly a certain number of affinities between the two systems – the Portuguese and the one that has been progressively built at The Hague. These affinities can be observed in the construction of the conflict rules, if we consider the scope and the model that shapes its development, and, on the other hand, when the question is the choice of a connecting factor.

These similarities which go far beyond the sphere of instruments that have been introduced in Portuguese law, show that the two systems belong to a common conception shared by the majority of European legal regimes, where the scope and the function of conflict of laws rules are seen in a similar way.

Furthermore, we want briefly to draw attention to some of the similarities that can be observed while considering the way both sets of rules are organized.

3.1. The dominant character of the jurisdiction – selecting method and the presence of the result – selective approach in Portuguese law

The paradigm of the conflict-of-law rule of the Portuguese system was developed under the influence of Savigny in the nineteenth century: it is an indirect rule that, while choosing the applicable law, makes reference to the legal order, which is most strongly linked to a determined juridical question. And if the adhesion of Portuguese system to this point cannot be questioned, it is also true that this jurisdiction-selecting method is no longer the only available procedure concerning conflict questions in Portuguese law. In fact, the result-selective approach, once put forward by Cavers, is not absent from our system. We can see it particularly in the area of contracts and wills, where the law guarantees formal validity of these acts through alternative connec-

tions¹³, pointing to one of several laws, with the purpose of favouring such a result. The same trend can actually be seen as well in regard to the essential validity of acts, in the case of recognition of acts concerning personal matters celebrated abroad. Even if the applicable law in Portugal is the law of nationality, Article 31(2) of the Civil Code obliges not only the recognition of acts that have previously been done abroad according to the national law of the concerned person, but also of those that have been celebrated in accordance with the law of habitual residence, in the State of the habitual residence and whenever that law is considered applicable.

These *favor validitatis* and *favor recognitionis* connecting factors are clearly the expression of a choice of law which is no longer guided by pure considerations of a spatial or territorial character but, on the contrary, is based on grounds of substance. It is also clear that the presence of a rationale unfamiliar to the Savigny approach is not limited to these solutions. It occurs also in the area of incapacity, where Portuguese law¹⁴, along with the great majority of conflict of laws systems, follows the idea that a contract that has been made in Portugal by a foreigner, with no capacity according to his national law, could not be invalidated on the basis of absence of capacity of the concerned party if the Portuguese law, if applicable, accorded him capacity. The aim, as outlined above¹⁵, is the protection of those who act in the world of transactions, i.e., of international trade in general. This means either limiting the substantial scope of applications of the rule¹⁶, or the generalisation (it is better to say, the bilatellarisation) of the rule, no matter where the place of contracting¹⁷.

This concern with the results of the application of the conflict-of-law rules, that is to say, the intention of solving the problem of the choice of law in terms that go beyond the pure localisation approach (the proximity principle referred to by Lagarde)¹⁸, is very clear in the matter of adoption.

13. See Arts. 36(2) and 65(1) of the Civil Code (hereinafter CC).

14. Art. 28(1) CC.

15. For a fuller analysis of this matter, see the work of M.N. Jobard-Bachelier, «L'apparence en droit international privé». Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé, LGDJ (1984), p. 111.

16. According to Art. 28(2) that rule is not applied, *inter alia*, when the other party is aware of the lack of capacity, in family and succession matters, and in acts related to the disposition of immovables located abroad.

17. See Art. 28(3).

18. In "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé", 196 Hague Recueil (1986:I), p. 11.

The Portuguese conflict rule connects this institution in international relations with the national law of the adoptant¹⁹ (or of the adoptive parents, if they are married)²⁰. But it is also stated that adoption cannot be decreed if not permitted by the law that governs relationships between the adoptive child and the biological parents²¹. This cumulative application of the two laws²² is justified by the necessity of avoiding limping adoptions²³, which will not be recognized by the law of the child or of its biological family. It clearly shows that the only intent of substantive nature introduced in the Portuguese conflict-of-laws system is not the one that arises through the idea of favouring the validity of transactions. If area of adoption, on the contrary, there is a clear conflict of laws policy of a substantial nature which exceeds the need of localisation expressed in the rule.

The situation is even clearer in the matter of delictual liability²⁴. Following the classical rule of *locus delicti commissi*, the Portuguese system refers to the place of conduct²⁵. But it is also stated²⁶ that in case this law does not consider the defendant liable and the opposite result would be reached by application of the law of the place of harm, this will become the applicable law, provided that the defendant had anticipated the occurrence of the damage there as a consequence of his action or omission. The intention is clear in the sense of protecting the plaintiff, and the presence of

19. Art. 60(1) C.C.

20. Art. 60(2) C.C.

21. Art. 60(4) C.C.

22. That includes also the national law of the adoptive child in the field of consent where the consent of the adoptive child is required by this law (Art. 61(1) CC). The solution is the same, if the requirement of consent is made by a law that governs relations of a familial or guardianship nature – in this case the consent needed would be given by the person to whom the child is linked in that relationship (Art. 61(2) CC).

23. Stressing particularly the importance of this subject, see K. Lipstein, "Adoption in Private International Law: Reflections on the Scope and the Limits of a Convention". 12 ICLQ (1963) p. 835. And for the analysis of Portuguese conflict-of-laws regulation in this field, see R. M. Moura Ramos, "L'Adoption Internationale", *XXIIème Congrès International de Droit Comparé* (1990), p. 5.

24. Even clearer because the referred policy consideration in matters of adoption is also a conflictual nature, in the sense that it aims at juridical security. It would be, anyway, a conflictual policy that intends the pursuit of an inclusive interest – using the terminology of L.L. McDougal III, "Choice of Law: Prologue to a Viable Interest – Analysis Theory", 51 Tulane LR (1977) pp. 207, 216. Concerning the *interest approach*, see in Portuguese doctrine, R. M. Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (1990), p. 592.

25. Art. 45(1) CC.

26. Art. 45(2) CC.

this goal does not leave any doubt about the existence of a substantive trend in Portuguese private international law. We can easily verify the similarities with the general thrust of the Hague Conventions, mainly in what concerns the protection of persons, as is the case in maintenance obligations (Arts. 1, 2 and 3 of the Convention of 1956 on the law applicable to maintenance obligations in respect of children and Arts. 4, 5 and 6 of the Convention of 1973 on the law applicable to maintenance obligations) and product liability (Art. 5 of the Convention of 1973).

3.2. The role of party autonomy in the Portuguese conflicts system and in the Hague Conventions

In addition to the influence of the concept of material justice, we can see other similarities between the Portuguese and the Hague conflict of laws systems concerning the purpose of the conflicts rule. Indeed, it also appears in both sets of rules that the quest for the best significant connection is not (apart from the search for material justice) the sole rationale behind the conflicts rule, even if it is the dominant one²⁷ – the will of the parties, party autonomy, also has an important role in this matter.

This happens of course in the field of contracts, where party autonomy plays the main role in the Hague Conventions²⁸ as well as in Portuguese law²⁹. But it is well known that the acceptance of the *professio juris* in the Hague Convention was extended to other issues such as matrimonial property regimes³⁰, trusts³¹ and succession³². Indeed, we can see that, with the perfectly

27. See also in this sense Lagarde, loc. cit. n. 18, p. 32. And for a recent review of the functions of the *professio juris* see, in Dutch literature, the interesting study of E. Mostermans, "Party Autonomy: Why and When?", in *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe* (1990), p. 123.

28. Art. 2 of the Convention of 1955 on the Law Applicable to International Sales of Goods, Art. 5 of the Convention of 1978 on the Law Applicable to Agency and Art. 7 of the Convention of 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods.

29. See Art. 41 CC and Art. 4 of the Commercial Code. Party autonomy, which in the first disposition is the relevant connecting factor concerning substance and effects of contractual obligations, still extends its range to questions of formal validity (Art. 36(1)) and to the issues concerning the existence and material validity of the consent of the parties as to the choice of applicable law (Art. 35(1)). For a survey of conflict of laws on contractual matters in the Portuguese doctrine, see Moura Ramos, op. cit., n.º 24, p. 421, particularly on labour contracts, p. 721.

30. See Art. 3 of the Convention of 1978 on this subject.

31. Art. 6 of the Convention of 1985.

32. Arts. 5, 6 and 11 of the Convention of 1989 on succession.

understandable exception concerning trusts³³, the Portuguese legal system has followed the same lines for one or two decades. Thus, in the matter of matrimonial property, when the applicable law³⁴ would be a foreign law, it is possible for the spouses, providing one of them has habitual residence in Portugal, to choose between one of the regulated regimes of the regulated regimes of the Portuguese Civil Code³⁵; although the possibility of choice is very limited, the same principle is recognized. In the case of succession the testator is given the possibility to refer either expressly, or in implied terms, to any other law regarding construction and interpretation of wills³⁶.

This does not mean that the scope of party autonomy is similar in Portugal and in the Hague Conventions. It is clearly different in the case of succession and matrimonial regimes, where the *professio juris* has a much larger area of application in the Hague Conventions than in Portuguese law. It is also true of contractual matters, because party autonomy in Portugal is limited – the party's choice can only be effective in relation to a law whose application would be in compliance with a serious interest of the parties, or in connection with one of the elements of the case that ought to be considered in matters of private international law³⁷, whereas in the Hague Conventions of 1978 (agency – Art. 5) and of 1986 (sales contracts – Art. 7)³⁸ party autonomy is unrestricted³⁹. It is not without interest, however, that such resemblances can be found between both systems.

3.3. Openness and rigidity in the Portuguese system and in the Hague Conventions

Considering the conflict-of-laws rule more technically (i.e., how to choose the applicable law) there are various options. The issue we want to

33. Because of the absence of this category in the Portuguese legal order (as well as in the other civil law systems).

34. According to Art. 53(1) and (2) CC, this will be the law of common nationality of spouses at the time of the celebration of the marriage; the law of common habitual residence at that moment, if there is no common nationality; and the law of the first matrimonial residence, in case they have no common residence.

35. Art. 53(3).

36. Art. 64(a) CC. In the absence of any reference of this kind these matters are subject to the personal law (the law of nationality – Art. 31(1)) of the *de cuius* at the time of the designation.

37. Art. 41(2) CC.

38. Along with the Rome Convention of 1980 on Conflict of Laws in Contractual Matters (Art. 3(1)) and in accordance with the prevalent doctrine in the field of commercial contracts. See Moura Ramos, *op. cit.*, n. 24, p. 428.

39. Art. 7.

outline here is related to the degree of openness or rigidity of the conflict rules. By rigidity we mean the absence of judicial activity in shaping the connecting factor, when all the task is, in this sense, done by the legislature. On the other hand, if the conflicts rule is not hard and fast, and if the legislature limits itself to an open-ended rule, leaving the fulfilment of the chosen criteria to the judge – we have an open-textured conflicts rule.

It must be clearly stated, in the light of this distinction, that the model of the Portuguese system in the first one. They are all hard and fast rules, and judicial creativity is not particularly evident in the elaboration of the connecting factor. The only exceptions are provided in Articles 52(2) and 60(2), where in matters of interspouse relationships and adoption by a couple⁴⁰, respectively, reference is made to the law that shows the stronger connection, whenever the spouses have neither a common nationality, nor a common habitual residence. But this is clearly an exceptional solution, a *consilium desperationis*, intended to avoid situations in which it is impossible for the legislator to find a common and non-discriminatory criterion in relation to the spouses. Furthermore, in the Portuguese system, there are none of the escape clauses which are common in several legal systems⁴¹.

The Hague Conventions present a very different picture. They refer sometimes to the most significant relationship, thus leaving to the judge the important role of selecting the connecting factor, in case there is, from the point of view of the authors of the Convention, a *constat d'échec*, in finding a satisfactory solution⁴². The escape clause is also present in the Hague texts⁴³; it is a way of giving the judge the possibility of putting aside the connecting factor chosen by the legislator where it does not lead to the strongest connected law. Finally, it should not be forgotten, that in cases where the parties had not chosen the applicable law, the Hague Conventions⁴⁴ leave to the judge the choice of the most closely connected law,

40. And also where one of the spouses adopts the child of the other.

41. On this question, see mainly C. Dubler, *Les clauses d'exception en droit international privé* (1983), and in the Portuguese doctrine, Moura Ramos, *op. cit.*, n. 24, p. 373.

42. See for instance Art. 15(2)(b) *in fine* and 15(4)(a) *in fine* of the Convention of 1989 on succession to the estates of deceased persons.

43. See Art. 8(3) of the Convention of 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods and Art. 3(2) second phrase, and 3 *in fine*, of the Convention of 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons.

44. For example, Art. 7 of the Convention of 1985 on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition. The same happens also in other international instruments, such as Art. 4 of the Rome Convention on Conflict of Laws in Contractual Matters.

although in principle he is given some presumptions with the aim of clarifying this concept⁴⁵.

This disparity should not be considered as a great one, bearing in mind that the appearance of open conflict rules in Hague Conventions is a fact of the eighties⁴⁶, while the Portuguese codification dates from the sixties, a time when rigid conflict rules were still dominant in private international law texts.

3.4. Broad categories and the trend towards specialisation

Another point that deserves to be mentioned is related to the scope of the conflict rules adopted in both systems: the Portuguese and the one resulting from the Hague texts. It might be said that in principle the scope of Portuguese rules is broader, that there is less room for specialisation in this codification. According to the tradition that prevailed during the elaboration of the Portuguese Civil Code, the conflict rules were addressed to the large and wide categories of private law (contracts, torts, capacity, juridical persons, unjust enrichment, marriage, filiation, matrimonial property regimes, interspouse relationships, adoption, succession, guardianship, and so on). It is also known that within the Hague Conference a trend has been developed to approach more specific subjects, like trusts, traffic accidents, product liability, sales or agency contracts, instead of dealing with larger concepts, namely the institutions of private law.

It does not mean, however, that the Conference gave up the idea of handling conflict of laws in the main chapters of private law – the Convention of 1989 on succession is a denial of such an assumption. But the fact remains that the Conference is aware of the difficulty of treating such distinct issues as traffic accidents, unfair competition or product liability in the same way, because they have been from the beginning different kinds of torts. This is also true of matters of a contractual nature, namely sales, agency, labour and so on.

This trend towards specialisation in conflict rules is less evident in the Portuguese system; nevertheless in the field of obligations, there is a long-standing division among contractual, delictual and quasi-contractual (including *negotiorum gestio* and unjust enrichment) liability. There is in contrast no such differentiation between the several types of contracts and

45. See the second part of Art. 7 of the Hague Convention on trusts and Art. 4(2) of the Rome Convention, *ibid.*

46. As also happens with codifications on national level.

torts. This results in problems over the choice of connecting factor in some of the above cases.

Such a situation is not corrected through the existence of an escape clause, as we have already mentioned above^{47,48}. It is made worse through the adoption of certain clearly obsolete connecting factors, like the *locus celebrationis* in contractual matters⁴⁹.

There is some room for specialisation of conflict rules in the Portuguese codification. The Civil Code contains a detailed regulation, concerning several relationships such as family matters and succession, but the greatest need for change is in the area of obligations, even if it is true that there is a tendency towards a division of the applicable law in the field of contracts. In fact the issue of capacity is here ruled by the law of the nationality of the parties involved (Arts. 25 and 31(1) of the Civil Code); the substance and effects of obligations are governed by the law of autonomy or, if the parties have not chosen any law, generally by the *lex loci contractus* (Arts. 41 and 42); questions of form can be dealt with either in that law or in the *lex loci actus* (Art. 36); and the transfer of ownership takes place according to the *lex rei sitae* (Art. 46). Thus, what happens here is a case of *dépeçage* of the contract by the law itself, but it concerns all contracts,

47. *Supra*, section 3.3.

48. This does not exclude the existence of certain mechanisms that intend to correct, in certain situations, the conflictual choice made by the legislator, in cases where it would be considered inconvenient. This happens in the previously mentioned Art. 28(1) where a deviation from the operation of the general rule of Art. 25 is foreseen, in order to suit the interest of facilitating international transactions (*supra*, section 2.1). This is also the case in Art. 31(2) (*supra*, section 3.1): the need to promote stability and continuity in the juridical life of persons, leads the law to the recognition of personal *status* acquired according to the law of habitual residence of the concerned persons, in spite of the fact that, regarding the law of nationality (the applicable law in personal matters: Art. 31(1) CC) such situations would be void; see Moura Ramos, *op. cit.* n. 24, pp. 204-207 and 693, fn. 679. Finally, another example is provided by Art. 45(3) CC, which, in matters of delictual liability, contains a deviation from the general rule – *locus delicti*, seen as the place of the conduct and, in some circumstances (*supra*, section 3.1), the place of harm – when the defendant and plaintiff are of common nationality or have the same habitual residence having been occasionally (temporarily) abroad. In this case, the common national law (or the law of habitual common residence) will be the applicable law, notwithstanding the law of the local State, which must be applied to everyone: this could be considered as an application of the centre-of-gravity approach. With this rule a very similar result will be achieved to the one that would be a consequence of the proper law doctrine. See Moura Ramos, *op. cit.*, n. 24, p. 377.

But the common characteristic of this solution is the fact that the correction of the solution, which had been primarily put by the conflicts rule, is made by the legislator himself and not (as happens in the case of the escape clause) by the judge.

49. Art. 42(2) *in fine* CC.

irrespective of those of a specific nature. The situation could be improved through the accession to the Hague Conventions of 1971 (traffic accidents) and 1973 (products liability)⁵⁰, in respect of delictual liability, and to the Rome Convention of 1980⁵¹, on contracts.

3.5. Main differences regarding the connecting factors

Unfortunately, it is not possible in this work to draw up a catalogue of the several connecting factors that are present in the Portuguese codification and in the Hague Conventions, in order to make a comparison of the relative importance they have in both systems. Thus, we will limit ourselves to the outline of one or two points, without touching on the field of jurisdiction and enforcement of decrees and of jurisdictional matters in general, where, as already mentioned, the Hague solutions are widely accepted in the Portuguese legal order.

Concerning choice of law issues, the first subject that must be mentioned, is the broad scope covered by the idea of personal status (*statut personnel*) in the Portuguese codification. It embraces capacity, status, family matters and succession⁵². This leads to the situation where matters of patrimonial character like succession, matrimonial property regimes and gifts (inside the family) are handled within the personal law. This is a choice that to the some extent goes against the trend towards differentiation developed within Hague Conventions and leads to distinct solutions chiefly concerning matrimonial property.

Portugal also retains the law of nationality as the personal law (Art. 31(1) of the Civil Code), thereby diverging from the growing importance that habitual residence has received, as a connecting factor, in the Hague Conventions. Indeed, it is known that the balance between these two connecting factors in the realm of personal matters gives more and more benefit to habitual residence than to nationality⁵³. Such a difference would appear to lead to strong disparities between the two systems, apart from those that result from the broad scope the notion of personal law receives in the Portugal legal order. In fact, these differences have not prevented Portugal from acceding to all the conventions concerning minors and family

50. Already signed by Portugal. *supra*, section 2.

51. Whose Adhesion Convention was signed in May 1922 in Funchal.

52. Art. 25 CC.

53. An illustration of this trend can be seen in Art. 3 of the Convention of 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons, where habitual residence receives broader recognition as a connecting factor in this matter than nationality.

law that are already in force⁵⁴. Even in matters not covered by the Hague Conventions, it is necessary to bear in mind the great importance which is given to the law of habitual residence in Portugal, concerning recognition of situations created abroad⁵⁵. The exclusive realm of nationality law is in fact limited to those situations constituted in Portugal and to those created abroad through simple operation of law – a conclusion that approaches Portuguese codification and Hague Conventions concerning the relevance of habitual residence.

Leaving personal matters⁵⁶ aside, let us return to contracts and torts and consider various points relative to them⁵⁷. Lack of flexibility is the most significant feature (and the strongest difference in the solutions adopted in the Hague texts) of the Portuguese solutions in this area. It must be added, concerning contracts, that the old-fashioned *locus contractus* rule and any consideration of the differentiation existing between the several types of contracts have disappeared from the Hague Conventions. In the matter of torts the rigidity as well as the lack of specialisation appear in the Portuguese conflicts criteria – either concerning the rule or in the scope given to the exception. These characteristics are also signs of distance from the work accomplished by the Hague Conference in this field.

4. CONCLUSION

As a final remark, we can say that the Portuguese participation in the efforts to harmonise private international law rules has established strong acceptance of "the law of The Hague" in its legal order. This acceptance is absolute in respect of the conventions that were concluded in the first period, but is also an important factor when considering the texts which were approved after the institutionalisation of the Conference in the first half of the 1950s. Concerning this latter period, the degree of adhesion in family and procedural issues is very significant, although a different result has been achieved in the field of obligations.

54. With the only exception being the Convention of 1965 in adoption (whose replacement by another instrument is scheduled) and the Convention of 1978 on the celebration of marriages, which only obtained international binding force in 1991.

55. See Art. 31(2) CC, and *supra*, section 3.1 and section 3.4, n. 48.

56. As they are conceived in the Portuguese legal order. See *supra*.

57. Questions of ownership have not been in general the target of the work of the Conference (except concerning matrimonial property regimes) and there is actually no need for such an effort in the light of the significant uniformity of views, which exists on the *lex situs* role.

Furthermore, the interrelation between both conflict-of-laws systems – the one contained in the Portuguese Civil Code⁵⁸ of 1966, and the other formed by the set of Conventions approved every four years at the Hague since 1951 – has been sustained by doctrinal work in Portugal⁵⁹ and has led even beyond the matters covered by the texts integrated in the legal order of my country, to great similarity between these sets of rules. This similarity is found in the objectives and models of the conflict-of-laws rules common to both systems and leads to a certain degree of uniformity concerning the chosen connecting factors.

Despite the aforesaid differences, it seems that these similarities are the result of the path which the several countries assembled in The Hague took together concerning conflict of laws. They are also evidence that a common core of values, principles and methods, generally recognized and widely accepted, are present in the Portuguese legal order for solving private law situations at the international level.

58. Concerning conflict of laws, a small revision of this text on grounds of unconstitutionality took place in 1978 and limited itself to the following items: replacement of the husband's nationality as at connecting factor, in Arts. 52(2) *in fine* (interspouses' relationships) and 60(2) *in fine* (adoption by married couples) by reference to the law presenting the closest relationship with the situation; and the suppression of the conflict rules concerning illegitimate filiation and legitimation. About this question in the Portuguese doctrine, see, in general, Moura Ramos, "Portugal. Droit de famille. Dispositions intéressant le Droit international privé", 67 Rev. crit. (1978) no. 3, p. 598; and *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações* (1980). After this date some other changes occurred in Portuguese private international law. For a short review of the fundamental ones, see, Moura Ramos, "Aspects récents du droit international privé au Portugal", 77 Rev. crit. (1988) no. 3, p. 473.

59. See essentially the work of Vilela, cited in *supra*, n. 4. Other writers also paid attention to the results achieved at The Hague, either regarding some specific features of these texts (Moura Ramos, *op. cit.*, n. 24, p. 154) or concerning one particular approved instrument by the Conference: L. Pinheiro, *A venda com reserva de propriedade em direito internacional privado* (1991).

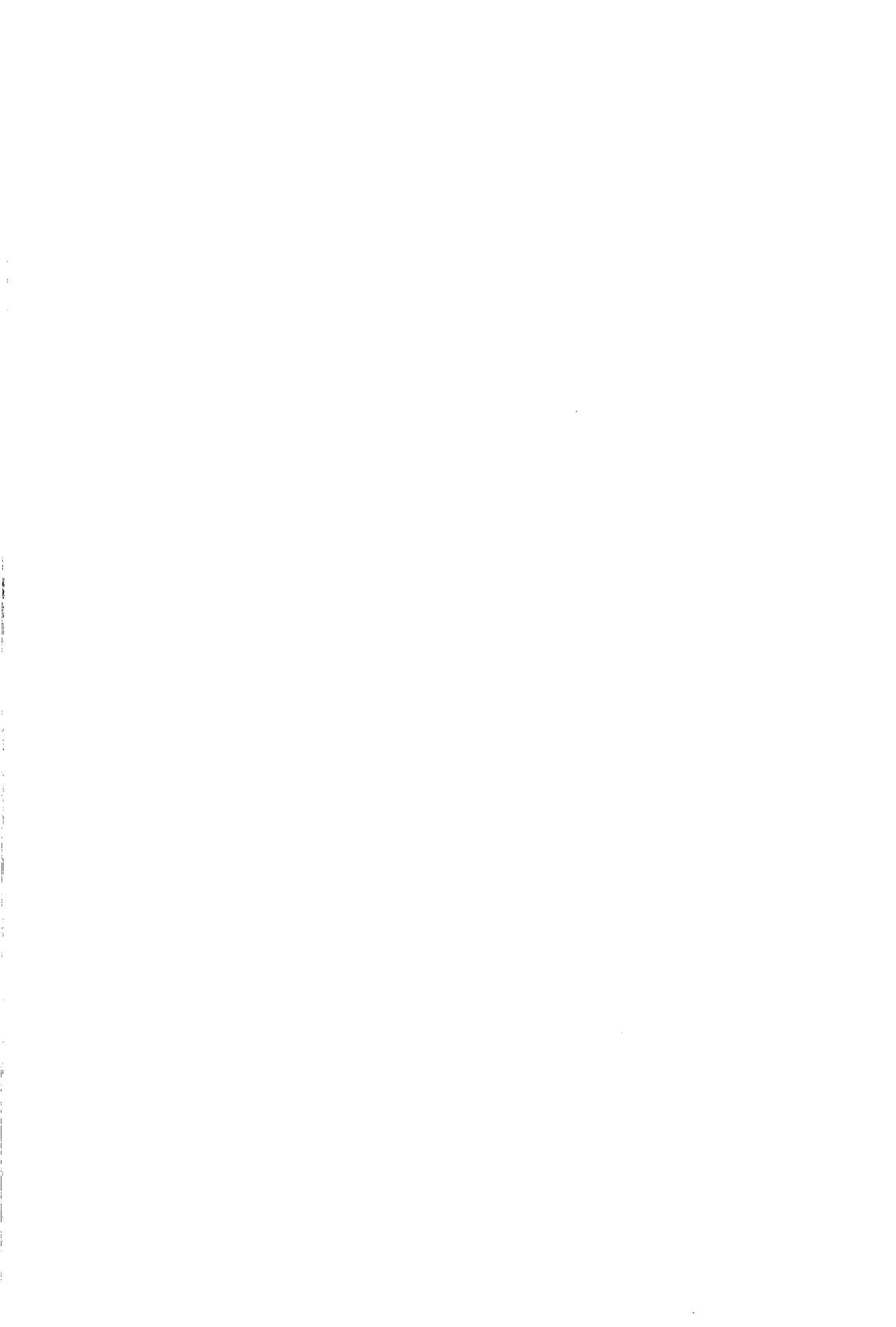


DOCUMENTAÇÃO



ACCESS TO ADMINISTRATIVE DOCUMENTS
(Law No. 65/93, of 26th August)*

* Hereinafter "this law".



Access to administrative documents

Under the terms of Article 164, sub-paragraph d), Article 168, paragraph 1, sub-paragraphs b), d) and v), and Article 169, paragraph 3 of the Constitution, the Assembly of the Republic rules as follows:

CHAPTER I General provisions

Article 1 *Open administration*

Access to administrative documents by the citizens shall be ensured by the Public Administration according to the principles of publicity, transparency, equality, justice and impartiality.

Article 2 *Aim*

1. This law regulates the access to documents that relate to the activities of the entities mentioned in Article 3.

2. The exercise by the citizens of their right to be informed by the Administration of the progress of proceedings in which they have a direct

interest, as well as their right to be informed of the final decisions taken thereupon, are regulated by separate legislation.

Article 3

Scope

The documents mentioned in Article 2 are documents which originate within or are held by organs of either the State or the autonomous regions that perform administrative functions, by organs of either public institutes or public associations, organs of the local authorities, organs of associations or federations of local authorities, as well as other entities that exercise public authority according to the law.

Article 4

Administrative documents

1. For the purposes of this law:
 - (a) administrative document shall mean any support of information, either graphic, sound, visual or computerised, or any record of another nature, elaborated or held by the Public Administration, including files, reports, studies, opinions, minutes, official records, circulars, circular letters, internal orders, internal normative decisions, instructions and guidelines for the interpretation of the law or setting the framework for an activity, as well as other pieces of information;
 - (b) named document shall mean any support for information that contains personal data;
 - (c) personal data shall mean any information concerning an identified or identifiable natural person, and containing assessments, or judgments of value, or covered by the clause of respect for private life.
2. For the purposes of this law, the following shall not be deemed to be administrative documents:
 - (a) personal notes, sketches or other records of a similar nature;
 - (b) documents that do not concern administrative activities, in particular documents concerning the meetings of the Council of Ministers and Secretaries of State, or the preparation of such meetings.

Article 5
Internal and external security

1. Documents containing information the access to which is considered to create a risk for or be harmful to the State's internal or external security shall be classified according to special legislation and for a strictly necessary period of time, either as documents the access to which is prohibited or as documents the access to which is subject to authorization.

2. After having been declassified, or once the period of time provided for their classification has expired, the documents mentioned in the preceding paragraph may be freely consulted under the terms of this law.

Article 6
Secret of justice

Access to documents concerning matters covered by the secret de justice is regulated by special legislation.

Article 7
Right of access

1. Everyone shall have the right of access to information by way of access to non-named administrative documents.

2. The right of access to named documents shall be limited to the person to whom the data refer, as well as to third parties who prove that they have a direct and personal interest under the terms set out in the following Article.

3. The right of access to administrative documents includes both the right to obtain reproductions of the documents and the right to be informed of the existence and the contents thereof.

4. Where administrative documents are kept in archives, this shall not preclude the exercise at any time of the right of access to such documents.

5. Access to documents that are instrumental either in proceedings which are undecided or in the preparation of a decision shall be postponed until the decision has been taken or until the proceedings have been discontinued or until one year after their being prepared.

6. Access to administrative or other enquiries shall be permitted only after the deadline for disciplinary proceedings has expired.

7. Access to documents within the domain of notaries or public registers, documents concerning civil status or criminal records, documents concerning automatically processed personal data, as well as documents kept in historical archives is regulated in special legislation.

Article 8

Access to named documents

1. Exercise of the right of access to personal data contained in administrative documents shall be subject to the provisions of the special law concerning automated processing of personal data, with modifications as appropriate.

2. Information of a medical nature shall only be communicated to the person concerned through a medical doctor appointed by that person.

3. Any claim of a direct and personal interest under the provisions of Article 7, paragraph 2, shall not be accepted if it is not accompanied by a favourable opinion of the Committee of Access to Administrative Documents requested by the person who wishes to enjoy the right of access.

4. Access of third parties to personal data may also be authorised:

(a) upon written authorization of the person to whom the data concerns;

(b) subject to a favourable opinion as provided for in paragraph 3, where the purpose of communication of the data is to safeguard the legitimate interests of the person to whom the data concerns and that person cannot give his authorization.

5. Documents containing personal data may also be communicated to third parties, depending on the nature of the documents, where it is possible for the administration to expunge all such data without having to rebuild the document and where there is no risk of easy identification.

Article 9

Correction of personal data

1. Exercise of the right to bring corrections, to complete or to delete inaccurate, insufficient or excessive personal data shall be subject to the

provisions of the legislation concerning automated processing of personal data, with modifications as appropriate.

2. Only the corrected version of personal data may be used or communicated.

Article 10

Illegal use of information

1. It is forbidden to use information without having due respect for copyrights or patent rights; it is also forbidden to reproduce, diffuse or use documents or information therein in such a way as to amount to unfair competition.

2. Personal data communicated to third parties shall not be used for purposes other than those under which access was authorised, and shall otherwise entail liability for losses and damages under the terms laid down in the law.

Article 11

Publication of documents

1. The Public Administration shall publish through adequate means:

- (a) any documents, including internal normative decisions, circulars and guidelines, that contain structures for the administrative activity;
- (b) the reference of any documents containing an interpretation of enacted laws or a description of an administrative procedure, including in that reference *inter alia* the title and date of the documents, the subject and the originator thereof, as well as the place where the documents may be consulted.

2. Publication of documents and references of documents shall be made at least once every six months and in such a way as to encourage regular access by interested parties.

CHAPTER II

Exercise of the right of access

Article 12

Form of access

1. Documents may be acceded to by way of:
 - (a) on the spot, free of charge consultation;
 - (b) reproduction through photocopy or any other technical means including visual or sound means;
 - (c) certified copies issued by the administration.

2. Reproduction pursuant to paragraph 1(b) shall be in one copy and subject to payment by the requesting person of an amount strictly corresponding to the financial costs of both the materials used and the service rendered; a decree-law or a regional legislative decree, as appropriate, will fix the amount of the costs.

3. Computerised documents shall be transmitted in a way that is intelligible to any person and corresponds rigorously to the contents of the register, without prejudice to the option provided for in paragraph 1(b).

4. Where there is a risk that reproduction as provided for in paragraph 1 will harm the documents, the interested person, at his expense, shall be entitled to promote manual copy of the document, or its reproduction, in any other non-damaging way.

Article 13

Form of request

Requests for access to documents must be made in writing and contain all references necessary for identifying the document, as well as the name, the address and the signature of the interested person.

Article 14

Responsibility for providing access

In each ministerial department, regional department, local authority, institute and public association there shall be an entity responsible for the implementation of the provisions of this law.

Article 15

Reply from the administration

1. The entity to whom a request for access to a document was made, shall within a period of ten days:

- (a) communicate the date, place and mode in which the document may either be consulted or reproduced, or a certified copy thereof may be obtained; or
- (b) set out, pursuant both to the provisions of Article 268, paragraph 2, of the Constitution, and the provisions of this law, the reasons why total or partial access to the document is refused; or
- (c) notify that the document is not within its possession and, where it knows of its whereabouts, point out the entity that possesses the document, or pass the request on to the latter and so inform the interested person; or
- (d) forward to the requesting person a copy of the request addressed to the Committee of Access to Administrative Documents for the latter to assess the possibility of access to the information contained in the document sought.

2. Where it has doubts about the possibility of access to the information contained in the document sought, the requested entity may request an opinion from the Committee of Access to Administrative Documents, with a copy being sent to the interested person; that opinion shall be delivered within a period of 20 days.

3. If the administration has not replied within 35 days, this shall be deemed an implicit decision rejecting the request.

4. The interested person shall be entitled to submit to the Committee of Access to Administrative Documents a complaint against any explicit or implicit rejection of his request or against any decision that limits the exercise of the right of access.

Article 16

Complaint

1. Complaints must be submitted to the Committee of Access to Administrative Documents within 10 days.

2. The Committee of Access to Administrative Documents shall produce a report assessing the situation within 30 days and forward it, along with its conclusions, both to the entity involved and the person concerned.

3. Having received the report mentioned in the preceding paragraph, the entity that refused the request shall within 15 days communicate its final decision to the person concerned; failure to do so shall be deemed an implicit decision rejecting the complaint.

Article 17

Appeal

The person concerned shall be entitled to appeal before the courts against any final decision on his complaint, under the terms of the legislation concerning the administrative or fiscal courts and pursuant to the procedural rules, adapted as appropriate, that apply to the procedure concerning intimation to consult documents or obtain certified copies.

CHAPTER III

On the Committee of Access to Administrative Documents

Article 18

The Committee

1. The Committee of Access to Administrative Documents (CADA) is hereby created; it shall be entrusted with watching over the implementation of the provisions of this law.

2. The CADA shall be a public independent entity attached to the Assembly of the Republic and having its own technical and administrative support services.

Article 19

Membership of CADA

1. Membership of the CADA shall be as follows :

- a) one judge member of the Supreme Administrative Court, appointed by the Supreme Council of the Administrative and Fiscal Courts, who shall be the Chairman;

- b) two members of the Assembly of the Republic elected by the latter, one nominated by the parliamentary group of the largest party supporting the government, and the other nominated by the parliamentary group of the largest party in opposition;
- c) one law professor appointed by the President of the Assembly of the Republic;
- d) two persons of high standing appointed by the government;
- e) one representative of each of the Autonomous Regions, respectively appointed by the Governments of the Autonomous Regions;
- f) one person of high standing appointed by the National Association of Portuguese Municipalities;
- g) one advocate appointed by the Bar Association;
- h) one member of the National Committee for the Protection of Computerised Personal Data appointed by the latter.

2. Any member may at his initiative be replaced by an alternate appointed by the same entity that appointed him.

3. The term of office of members, which is renewable, shall last for two years; however it shall reach an end when a member ceases to perform the functions which led to his appointment.

4. The chairman shall receive the salary and enjoy the benefits to which he is entitled in his capacity as member of the Supreme Administrative Court.

5. All members, except the Chairman may keep their other functions.

6. The legal texts regulating the implementation of this law shall determine the rights and benefits of the members.

7. Entities having an interest in matters being discussed in a meeting of the CADA may attend that meeting without the right to vote.

Article 20

Powers

1. The CADA shall have powers to:

- a) adopt its internal rules;
- b) examine any complaint submitted to it;
- c) give opinions on the access to named documents, pursuant to Article 8, paragraph 3;
- d) decide on the system of classification of documents;
- e) give opinions on the implementation of this law, as well as the preparation and implementation of legislation in related matters, at the request of the government, the Assembly of the Republic or the administration;
- f) prepare an annual report on the implementation of this law and on its activity, to be forwarded both to the Assembly of the Republic, for publication and examination, and the Prime Minister.

2. The provisions of Articles 8 and 9 shall not obstruct complaints to the CADA where the right of access is refused.

3. The internal rules of the CADA shall be published in the *Diário da República*, 2nd. series.

4. Opinions shall be drafted either by a member of the CADA or by a member of its staff, appointed by the Chairman under the terms set out in the internal rules.

5. The opinions shall be published under the terms set out in the internal rules.

Article 21

Co-operation of the administration

It shall be the duty of the members of the staff of the public administration to co-operate with the CADA; otherwise, their disciplinary liability shall be engaged.

CHAPTER IV
Final and transitional provisions

Article 22

Information concerning the environment

Documents concerning the environment shall be acceded to under the terms of this law within the scope and the meaning derived from Directive No. 90/313/EEC, of 7 June.

Article 23

Establishment of the CADA

The members of the CADA shall be appointed within a period of 30 days from the entry into force of the legal texts regulating the implementation of this law; they shall take up office before the President of the Assembly of the Republic within 10 days of the publication of their names in the *Diário da República*, 1st. series.

Article 24

Implementation

The government shall adopt within 90 days legal texts regulating the implementation of this law.

(Translation by Cândido CUNHA)

ÍNDICE



DIREITO COMUNITÁRIO

CONFERENCE OF THE CHIEF JUSTICES OF THE SUPREME
COURTS AND ATTORNEY-GENERALS OF THE MEMBER
STATES OF THE COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION

*

CONFERENCE DES PRESIDENTS DES COURS SUPREMES
DE JUSTICE ET PROCUREURS GENERAUX DES PAYS
DE L'UNION EUROPEENNE

– Opening speeches * Discours d'ouverture 9

I

JUSTICE AND MASS MEDIA * LA JUSTICE ET LES MASS MEDIA	41
– Belgium * Belgique	43
– Denmark * Danemark	61
– France	67
– Germany * Allemagne	73
– Greece * Grèce	85
– Ireland * Irlande	91
– Italy * Italie	99
– Luxemburg * Luxembourg	105
– Portugal	113
– Spain * Espagne	125
– United Kingdom * Royaume-Uni	141
Summary * Résumé	163

II

SELECTIVE FUNCTION OF THE APPEALS LODGED BEFORE THE SUPREME COURTS * LA FONCTION DE SELECTION DES RECOURS PAR LES COURS SUPREMES	177
– Belgium * Belgique	179
– Denmark * Danmark	191
– France	199
– Germany * Allemagne	221
– Ireland * Irlande	233
– Italy * Italie	239
– Luxemburg * Luxembourg	243
– The Netherlands * Pays Bas	249
– Portugal	257
– Spain * Espagne	271
– United Kingdom * Royaume-Uni	279
– Court of Justice of the European Communities Cour de Justice des Communautés Européennes	291
Summary * Résumé	325

III

THE ROLE OF THE INVESTIGATION JUDGE AND THE PUBLIC PROSECUTOR IN CRIMINAL PROCEEDINGS: REFORM TRENDS IN EUROPE * LES FONCTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION ET DU PARQUET DANS LA PROCEDURE PENALE: TENDANCES DE REFORME EN EUROPE	335
– Belgium * Belgique	337
– Denmark * Danemark	379
– France	387
– Germany * Allemagne	393
– Ireland * Irlande	405
– Italy * Italie	413
– Luxemburg * Luxembourg	421
– The Netherlands * Pays Bas	437
– Spain * Espagne	447
– United Kingdom * Royaume-Uni	463
Summary * Résumé	479

IV

NEW PERSPECTIVES OFFERED BY THE MAASTRICHT TREATY IN THE FIELD OF JUDICIAL CO-OPERATION IN CRIMINAL AND CIVIL MATTERS * LES NOUVELLES PERSPECTIVES DE COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE CIVILE ET EN MATIERE PENALE OFFERTES PAR LE TRAITE DE MAASTRICHT	493
– Belgium * Belgique	495
– Denmark * Danemark	521
– France	529
– Germany * Allemagne	535
– Greece * Grèce	549
– Ireland * Irlande	557
– Italy * Italie	563
– Portugal	569
– Spain * Espagne	581
– United Kingdom * Royaume-Uni	599
Summary * Résumé	605

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

– A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do Direito Internacional Privado	617
<i>Rui Manuel Moura Ramos</i>	
– The influence of the Hague Conference on private international law: The impact of the Hague Conventions on Portuguese private international law	641
<i>Rui Manuel Moura Ramos</i>	

DOCUMENTAÇÃO

– Access to administrative documents (Law No. 65/93, of 26th August)	661
---	-----

A correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
All correspondence concerning this Review should be addressed to
La correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

RUA DO VALE DE PEREIRO, 2, 4.º – 1250 LISBOA – PORTUGAL
Tel. 388 11 41 – Telex 42 701 PROCUR P
Fax 387 13 60
